

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

RAFAEL GUSMÃO RODRIGUES DE ANDRADE

**ABUSO DE PODER DE CONTROLE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:
O CASO ELETROBRAS**

DISTRITO FEDERAL

2021

RAFAEL GUSMÃO RODRIGUES DE ANDRADE

**ABUSO DE PODER DE CONTROLE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:
O CASO ELETROBRAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação em Direito Profissional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, desenvolvida sob orientação da Professora Doutora Monica Sapucaia Machado.

DISTRITO FEDERAL

2021

RAFAEL GUSMÃO RODRIGUES DE ANDRADE

**ABUSO DE PODER DE CONTROLE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA:
O CASO ELETROBRAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação em Direito Profissional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, desenvolvida sob orientação da Professora Doutora Monica Sapucaia Machado.

Data da defesa: 15/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Monica Sapucaia Machado
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Profa. Dra. Marília Sampaio
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Francisco Ramalho Ortigão Farias
Universidade Federal Fluminense - UFF

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Luiz Carlos de Andrade, que me inspirou para realização do curso de Direito, e Isabel Cristina Rodrigues de Andrade, pela dedicação e carinho que me fortaleceu e me permitiu chegar até aqui.

Agradeço à professora Monica Sapucaia, cuja orientação me ensinou a difícil tarefa de realizar pesquisa, e também por suas sugestões de abordagem do tema que enriqueceram em muito os rumos inicialmente pensados para a dissertação.

Agradeço à professora Paula Zambelli Salgado Brasil pela disponibilidade e boa vontade de compartilhar seu conhecimento e experiência.

Agradeço à professora Marília Sampaio e ao professor Francisco Ortigão por me darem o prazer de me acompanhar neste momento em que dou meus primeiros passos como pesquisador.

Agradeço ao corpo docente do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento - IDP, que se mostraram sempre comprometidos com os problemas brasileiros, que se refletiram em um ensino voltado às temáticas que provocaram a mim e a meus colegas a reflexões valiosas.

Agradeço a Faculdade Nacional de Direito – UFRJ por ter me acolhido ainda bem jovem e me dado os primeiros ensinamentos jurídicos que hoje me trazem até esta dissertação.

Agradeço à Elisa, minha filha, que ainda criança se mostrou interessada neste meu trabalho.

Este trabalho é dedicado à Elisa, minha filha, fonte de inspiração do trabalho realizado aqui e sempre.

RESUMO

As sociedades de economia mista são parte de um complexo arranjo de entidades que compõe o Estado por meio da Administração Pública indireta, possuindo características, finalidades e procedimentos que lhe são próprios e necessários para a consecução do seu desiderato. O presente estudo analisa os aspectos desta modalidade de empresa estatal, relacionados com a dinâmica jurídica que permeiam a relação destas pessoas jurídicas e seu acionista controlador, notadamente por meio da delimitação dos limites ao exercício do poder de controle pelos acionistas estatais evidenciando o conflito entre os interesses entre os acionistas minoritários (entabulados como interesses sociais) os interesses do controlador. A hipótese desta dissertação é a de que em situação determinadas é facultado, ao acionista controlador estatal, dar primazia ao interesse público em detrimento dos interesses sociais, desde que o sacrifício do interesse social seja proporcional ao fim que se pretenda atingir, fim esse limitado ao atingimento de um interesse público específico e relacionado com a razão de constituição da empresa estatal. Para tanto, adota com base teórica principal os estudos de Direito Administrativo e Econômico, para apresentar o regime jurídico aplicável às empresas estatais sob a égide do objeto social destas entidades, para então realizar um estudo de caso sobre o voto da União na assembleia geral de acionistas da Eletrobrás que resultou em processo sancionador por abuso do direito de voto.

Palavras-chave: empresa estatal; interesse público; poder de controle; limites.

ABSTRACT

Mixed capital companies are part of a complex arrangement of entities that make up the State through “Indirect Public Administration”, and they have characteristics, purposes and procedures that are specific to it and necessary for the achievement of its desideratum. This study analyzes the aspects of this modality of state-owned enterprises, about the legal dynamics through the relationship of these legal entities and their controlling shareholder, notably through the delimitation of its limits to the exercise of the power of control by the state shareholders, highlighting the conflict between the interests among minority shareholders (established as social interests) and the interests of the controller. The hypothesis of this dissertation is that, in certain situations, the state controlling shareholder is entitled to give primacy to the public interest to the detriment of the social interests, but only if provided with the sacrifice of the social interest is proportional to the purpose that it is intended to achieve, an end limited to the achievement of a specific public interest and related to the reason for the constitution of the state-owned enterprise. For this purpose, it adopts Administrative and Economic Law studies as its main theoretical basis, to present the legal regime system applicable to state-owned companies under the aegis of the corporate purpose of these entities, to then carry out a case study about the vote of Federal Union's at the Eletrobras's assembly, which started a process about control power abuse.

Key words: state-owned company – public interests – power of control – limits

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	7
ABSTRACT	8
LISTA DE SIGLAS	10
INTRODUÇÃO	11
1 EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS NO CONTEXTO NEOLIBERAL	14
1.1 - A DINÂMICA ECONÔMICA E O PAPEL DO ESTADO FACE ÀS PRESSÕES E INSURGÊNCIAS	21
1.2 A ORDEM JURÍDICA NO BRASIL: PARADIGMAS, MODELOS E INSTITUIÇÕES NO CAPITALISMO PERIFÉRICO	29
1.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS PÚBLICAS NO CONTEXTO NEOLIBERAL	33
2 ABUSO DO PODER DE CONTROLE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	38
2.1 AS EMPRESAS ESTATAIS NA ORDEM (ECONÔMICA E JURÍDICA) BRASILEIRA	39
2.2 INTERESSE SOCIAL À LUZ DO DIREITO SOCIETÁRIO	49
2.3 O ABUSO DE PODER DE CONTROLE: ANÁLISE DAS (DIS)TENSÕES ENTRE INTERESSE SOCIAL E INTERESSE PÚBLICO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	58
3. AS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÃO PÚBLICA E O ABUSO DO PODER DE CONTROLE: ESTUDO DE CASO DA ELETROBRÁS	67
3.1 SOBRE O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA ELETROBRAS	67
3.2. DO JULGAMENTO PROMOVIDO PELA CVM PARA O CASO ELETROBRÁS	71
3.3 DO JULGAMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO DA UNIÃO AO CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CRSFN: DECISÃO FINAL E ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO	75
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	87

LISTA DE SIGLAS

ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
BNH	Banco Nacional de Habitação
CEO	Chief Executive Officer – Presidente Executivo
CF	Constituição Federal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CRSFN	Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
EUA	Estados Unidos da América
MP	Medida Provisória
SEP	Superintendência de Relações com Empresas

INTRODUÇÃO

O texto constitucional distingue entre empresas estatais que desempenham atividade econômica em sentido estrito e as que prestam serviços públicos. Apesar de haver tal dicotomia, manteve-se no ordenamento jurídico a opção de o Estado valer-se de sociedades empresárias como opção entre as formas jurídicas disponíveis à Administração Pública para a consecução de seus fins, especialmente como instrumentos econômicos.

Tais entes pertencentes à Administração Pública indireta desafiam a busca do entendimento de seu regime jurídico, que traz em si um conflito imanente entre a vocação de auferir lucros para distribuir entre os sócios próprio de uma sociedade e o interesse público a ser perseguido pela Administração Pública.

Somado a isso, no decurso do tempo, tanto a sociedade quanto o Estado atravessaram diversos contextos diferenciados, que ocasionaram transformações nos conceitos, elementos, pressupostos e inclusive finalidades tanto do Estado, como como ocorreu com as empresas estatais face às mudanças dos projetos de desenvolvimento desenhado nos textos constitucionais.

Nesse contexto, a presente dissertação tem como objetivo analisar os aspectos relacionados às empresas estatais, de modo a melhor entender a dinâmica das relações destas pessoas jurídicas que integram a administração pública indireta com seu acionista controlador, notadamente por meio da delimitação dos limites ao exercício do poder de controle pelos acionistas estatais em sociedades de economia mista, onde o conflito entre os interesses dos acionistas minoritários e o do controlador se mostra mais evidente.

Nesse aspecto, debruça-se no trabalho sobre o seguinte problema: qual o limite do poder de controle do acionista estatal nas sociedades de economia mistas brasileiras?

Coloca-se como hipótese dessa pesquisa o fato de que o Estado utiliza-se de empresas estatais para, por meio de sociedades titulares da empresa, como atividade econômica exercida profissionalmente e de forma organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, alcançar os fins pretendidos para alcançar o interesse público, ou seja, o exercício da atividade econômica tal como entendido pela teoria da empresa se afigurou a forma mais adequada para o Estado veicular o interesse público que legitimou ou legitima a criação de uma empresa estatal, devido à liberdade decorrente do regime das sociedades empresárias. Nesse sentido, ao acionista controlador é facultado dar primazia ao

interesse público em detrimento dos interesses sociais em situação determinadas, desde que o sacrifício do interesse social seja proporcional ao fim que se pretenda atingir, fim esse limitado ao atingimento de um interesse público específico e relacionado com a razão de constituição da empresa estatal.

Procedeu-se, portanto, a uma seleção e leitura crítico-reflexiva sobre o tema proposto, procurando realizar uma reelaboração pessoal das informações extraídas das leituras. O método utilizado será inicialmente desenvolvido por meio de revisão bibliográfica para, em seguida, realizar um estudo de caso.

A pesquisa tratará das tensões mais pujantes entre uma ordem jurídica estruturada sob uma ótica de Estado de bem-estar e as pressões por transformação da economia neoliberal, e quais as consequências para as instituições, entidades e também para a interpretação normativa realizada pelos poderes públicos e pelas das agências reguladoras. Em seguida, buscará arcabouço na doutrina de Direito Público que dão suporte a utilização da forma jurídica de empresas estatais, bem como se valerá da teoria da empresa e doutrina sobre sociedades anônimas e sua espécie sociedade de economia mista, na moldura posta pela Lei nº 6.404/76, mas também face ao novo marco legal das empresas estatais, Lei nº 13.303/2016. Para, então, proceder a um estudo de caso sobre o processo decisório da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN. a respeito das renovações das concessões públicas realizadas pela Eletrobrás.

Intencionando uma exposição adequada do estudo, a dissertação foi estruturada em três capítulos.

Assim, no primeiro Capítulo, buscou-se contextualizar as empresas estatais dentro do estado atual de organização do capitalismo, no modelo neoliberal. Para tanto, fez-se uma abordagem histórica do movimento realizado nas sociedades ocidentais do Estado de bem-estar para o Estado de perfil neoliberal, para a seguir propor uma abordagem de interpretação da Constituição Econômica e, após, discutir a forma como se verificaram o movimento pendular dos pensamentos econômicos no Estado brasileiro e no direito administrativo.

No Capítulo 2, foi avaliado o papel das empresas estatais e seu quadro normativo, considerando o interesse público por elas veiculado, para, após uma apreciação das concepções sobre interesse social, discutir a relação entre esses interesses no âmbito das

sociedades de economia mista, de forma a se procurar entender os limites do abuso de poder de controle do acionista estatal nessas sociedades.

O capítulo 3 traz uma contextualização histórico da Eletrobrás, trazendo à baila as questões sobre a renovação das concessões do serviço de energia elétrica, que culminará na avaliação do caso concreto relacionado à assembleia geral de acionistas da Eletrobrás que deliberou sobre a renovação das concessões das empresas do grupo econômico da Eletrobrás, na qual a decisão pela renovação implicava a renúncia a direitos potencialmente existentes em face da União. Tal deliberação assemblear foi submetida à Comissão de Valores Mobiliários – CVM que penalizou a União, sob o argumento de ter havido abuso do direito de voto, decisão essa que foi objeto de recurso por parte da União, e, em decisão final, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, deu provimento ao recurso da União, por reputar legítima o voto proferido pela União.

No que tange às Conclusões, será realizada uma retrospectiva tópica, temática, acerca dos assuntos abordados, com a menção das constatações a que se chegar.

1 EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS NO CONTEXTO NEOLIBERAL

Antes de adentrar à análise do papel das empresas estatais brasileiras da atualidade, contrapondo a realidade aos desideratos propostos no texto constitucional de 1988, cabe fazer uma exposição da ascensão do neoliberalismo como uma teoria social ou uma ideologia, de modo a se verificar os influxos dessa ascensão nos países capitalistas em geral, na ordem jurídica, no direito administrativo brasileiro, no direito econômico e, por conseguinte, na construção teórica em que se insere as empresas estatais.

Para tanto, faz-se uma breve análise da teoria social disseminada nos países ocidentais capitalistas, qual seja, o keynesianismo, de forma a se evidenciar a transformação do papel Estado e sua forma de funcionamento na abordagem econômica.

Pode-se colocar a prevalência do keynesianismo enquanto teoria dominante a partir do advento do Acordo de Bretton Woods, com seu uso na reforma do sistema monetário internacional. Pretendia-se, com esse Acordo, evitar-se as condições catastróficas que puseram em xeque o poder capitalista na crise dos anos 1930, bem como impedir o ressurgimento das rivalidades geopolíticas que conduziram os países à II Guerra Mundial (HARVEY, 2014, p. 49). Tal Acordo foi planejado e negociado pelos Estados Unidos e a Grã-Bretanha durante a II Guerra Mundial e, por um lado, foi fruto de uma visão comum sobre a forma que o sistema monetário internacional deveria ter; e, por outro, de preocupações distintas dos dois países (BORDO, 2007. p. 31).

Nesse contexto, a perspectiva dos Estados Unidos era de um país que emergiu da guerra como o país mais forte e de maior pujança econômica do mundo. Desse modo, sua tendência era ser um país credor. O Governo Roosevelt¹ dava grande importância a diminuir as vantagens comerciais da Grã-Bretanha, especialmente a preferência comercial formulada em Ottawa, em 1931, bem como os acordos bilaterais em que a Grã-Bretanha era signatária.

¹ Joe BAKAN traz a observação de que houve um plano de deposição do Governo Roosevelt em razão do New Deal. À época, alguns líderes da elite econômica estadunidense estavam de acordo com a política posta pelo Governo Roosevelt de fortalecer o poder estatal em face das grandes corporações e bancos. Por outro turno, líderes corporativos e representantes da capital financeiro consideravam que estas políticas enfraqueciam o capitalismo daquele país, o que levou à união de alguns para tramar uma forma de enfraquecimento ou deposição do Governo Roosevelt, plano que levaria à criação de um novo cargo na estrutura de governo, a de Secretário Geral, uma espécie de assistente do presidente, que seria ocupado por um general reformado do Corpo de Fuzileiros Navais dos Estados Unidos, Smedley Darlington Butler, quem teria o poder de fato do governo, segundo o plano, e pressionaria o presidente Roosevelt à mudar sua posição. Caso se recusasse, as Forças Armadas o deporiam. (BAKAN, 2005, p. 85-95)

Diferentemente, a Grã-Bretanha havia visto enfraquecer seu poder durante a guerra, tendo se endividado em grande medida com os países da Commonwealth, e, em menor medida, com os Estados Unidos. Sua expectativa era ser devedor nessa ordem monetária internacional. Além disso, a ela interessava que os Estados Unidos não repetissem a política deflacionária de 1930.

Apesar dos problemas e objetivos distintos, ambos os países comungavam do propósito de gozar de liberdade para perseguir uma política doméstica de pleno emprego sem precisarem se restringir num cuidado excessivo com suas balanças comerciais.

No contexto das negociações diplomáticas, os membros do Tesouro Britânico, liderados por John Maynard Keynes, e os membros estadunidenses, liderados por Harry Dexter White, desenharam dois planos para o sistema monetário internacional do pós-guerra. A discussão entre ambos resultou num plano comum publicado em 1943, plano esse que guiou a Conferência de Bretton Woods e resultou nos Artigos do Acordo do Fundo Monetário Internacional, que incorporou parte dos planos dos economistas Keynes e White, embora os interesses estadunidenses tenham predominado (BORDO, 2007, p. 32).

Resultou como principais os objetivos do FMI o de promover uma cooperação monetária internacional; facilitar a manutenção do pleno emprego e rápido crescimento dos países; manter estáveis as taxas de câmbio, evitando desvalorizações concorrenciais entre os países; prover recursos para conter o desequilíbrio da balança comercial sem medidas drásticas e, por fim, diminuir o desequilíbrio das balanças comerciais, bem como encurtar os períodos que porventura elas ocorrerem.

Como resultado das negociações postas no desenho desse Acordo, restou uma disciplina em que o FMI terminou tendo menos poder de interferir nas políticas econômicas domésticas do que seus arquitetos almejavam. Contudo, foi provido de um forte poder de influência no sistema monetário internacional (BORDO, 2007, p. 35).

No mesmo contexto, o Plano Marshall proveu a Europa Ocidental de US\$ 13 bilhões (em empréstimos e garantias) entre 1948 e 1952. Ademais, O Ato de Cooperação Econômica de 1948, criado pelo Plano Marshall para ajudar as economias europeias a crescerem, restabeleceu a capacidade de exportação desses países e, permitindo a estabilidade econômica, preservou sua estabilidade política (BORDO, 2007, p. 35).

Ao período inaugurado com essas iniciativas, David Harvey identifica características comuns nos Estados que se assentaram nesta linha do pensamento econômico que o autor denomina de “liberalismo embutido”. Entre as formas de Estados todos tinham em comum a aceitação que ele deveria

concentrar-se no pleno emprego, no crescimento econômico e no bem-estar de seus cidadãos, e de que o poder do Estado deveria ser livremente distribuído ao lado dos processos de mercado – ou, se necessário, intervindo ou mesmo substituindo tais processos – para alcançar esses fins, e políticas fiscais e monetárias em geral caracterizadas como “keynesianas” (HARVEY, 2008. p. 20-21).

García-Pelayo (1977, p. 17) aponta o problema que advinha da distinção entre Estado e sociedade da perspectiva histórica acima colocada. Para García-Pelayo, a sociedade é sustentada pelas relações de propriedade, cujo livre exercício do domínio das coisas conduzia à dominação de pessoas, tenderia à servidão e à miséria física e moral da personalidade. Essa situação seria o desdobramento natural do transcurso livre das relações econômicas e sociais.

Para esse autor, as consequências dessa distinção eram contrárias à necessária estabilidade do Estado, cuja força deriva do nível moral e material de seus cidadãos. Essa instabilidade resultante seria uma ameaça ao Estado por propiciar a revolução social decorrente da consciência das classes oprimidas de sua situação social, diante dos efeitos deletérios de uma liberdade desordenada.

Para García-Pelayo (1977, p. 20), a transformação que resulta no Estado Social se dá pelo enfrentamento desta situação pela teoria econômica formulada por Keynes, que tornava possível chegar, por meios democráticos, a um aumento da capacidade aquisitiva das massas e conseqüente aumento da produção, de modo que, quando o Estado assumia função de orientação do processo econômico sem necessidade de adquirir a propriedade privada dos meios de produção, ele poderia induzi-lo em direção à obtenção do pleno emprego e, por conseguinte, à estabilidade do próprio Estado.

Esse liberalismo embutido levou a altas taxas de crescimento econômicos nos países capitalistas mais desenvolvidos (HARVEY, 2008, p. 21), mas sem maiores compromissos com as possíveis repercussões em países ainda em desenvolvimento, embora muitos deles tenham alcançado índices inéditos, como é o caso do milagre econômico brasileiro.

Contudo, a partir do final dos anos 1960 e boa parte dos anos da década seguinte, os países que se beneficiaram com este perfil intervencionista de Estado se depararam com um quadro de estagflação, com crises fiscais em vários países. O câmbio fixo se mostrava inadequado para o fluxo de capital; os dólares estadunidenses depositados em bancos europeus escapavam do controle daquele país, o que ocasionou no abandono da taxa de câmbio fixa, do ouro como base metálica da moeda e a flutuação das taxas de juros. Esse estado de coisas resultou numa polarização do debate entre os que apoiavam a socialdemocracia e planejamento estatal, de um lado; e os que apoiavam o poder corporativo

e as liberdades de mercado, de outro, com a ascensão do segundo grupo em meados da década de 70 (HARVEY, 2008, p. 22).

Foi neste contexto que o pensamento neoliberal emergiu como antídoto e se colocou como uma abordagem predominantemente aceita como política econômica estatal, embora esse modelo estatal seja contemporâneo ao período do 'liberalismo embutido'.

O neoliberalismo econômico acentua a supremacia do mercado como mecanismo de alocação de recursos, distribuição de bens, serviços e rendas, remunerador dos empenhos e engenhos inclusive. Nesse imaginário, o mercado é matriz da riqueza, da eficiência e da justiça.

Sobre essa questão, Pierre Rosanvallon (1997, p. 47-83) ensina que a passagem do Estado de bem-estar para um Estado com pressupostos neoliberais carrega consigo três elementos: o primeiro deles é uma crise fiscal, que partir da década de 1960 (na França) ocorre um período de recessão com queda da produtividade e lucratividade, causando um problema de natureza fiscal, situação que veio a se agravar com o choque do petróleo de 1973/1974 e de 1978/1979. Este quadro se agrava com o crescimento demográfico decorrente de uma combinação de baixa fertilidade, com o envelhecimento da população que irá gerar taxas de dependências onerosas, aumentando os gastos com aposentadoria e saúde. Também, muitas das políticas públicas emergenciais do pós-guerra tornam-se políticas públicas permanentes, por exemplo, o auxílio-desemprego, que tenderia a desaparecer quando se atingisse o pleno emprego, o que não ocorreu.

Assim, quanto mais prestação pública, mais despesa, e mais defasagem entre as receitas e as despesas, pois o crescimento das despesas é mais rápido que a capacidade de arrecadação, surgindo um problema de natureza fiscal. Mas lembra o pensador francês que, em todos os casos de crise fiscal, soluções financeiras teóricas existem, por isso, para ele, é em termos sociológicos e políticos que é preciso abordar os problemas atuais do Estado Social (ROSANVALLON, 1997, p. 24-25).

Outro elemento é o ideológico, que decorre da tensão entre a democracia e burocracia. Isso porque o processo de alargamento da democracia é proporcional ao tamanho do Estado. E, para atender cada vez mais as demandas sociais, o Estado é incrementado institucionalmente, com o aumento do aparato burocrático, para desenvolver as prestações públicas.

A discrepância entre os programas de atendimento e as demandas sociais vai gerar um descrédito do modelo de Estado Social junto à população. Esse descrédito irá piorar quando aumentarem as relações clientelistas, pois o Estado Social pode contribuir para

corporatizar a sociedade. É um descrédito com relação ao Estado e seus mecanismos de atendimento, sua estrutura burocrática, isto é, quanto aos seus resultados práticos. E isso engendrará, por fim, uma crise com um componente filosófico, que decorre de uma desagregação da noção de solidariedade. O Estado Social tem uma base cooperativa, que é posta em xeque pelo ideário capitalista (que é o oposto da ideia de solidariedade). Relaciona-se com os limites da solidariedade automática, isto é, a questão do vínculo social ou o “viver em conjunto” será questionada.

Embora a doutrina neoliberal já estivesse bem disseminada entre líderes corporativos² contrários à intervenção e regulação estatal, e até mesmo ao internacionalismo nas décadas anteriores, suas ideias se mantiveram à margem de influência acadêmica significativa até os conturbados anos 1970. A partir de então, foram alçadas ao centro do debate, principalmente nos EUA e na Grã-Bretanha, passando a ser financiadas por diversos bancos de ideias, como o Institute of Economic Affairs, em Londres; e a Heritage

² Como pode ser visto, por exemplo, quando em 1947, alguns economistas, filósofos e historiadores se congregaram em torno de Friedrich von Hayek para criar a Mont Pelerin Society, dentre os quais Ludwig von Mises, Milton Friedman, realizando a seguinte declaração, em 08 de abril de 1947, a qual convém reproduzir na íntegra: The central values of civilization are in danger. Over large stretches of the Earth's surface the essential conditions of human dignity and freedom have already disappeared. In others they are under constant menace from the development of current tendencies of policy. The position of the individual and the voluntary group are progressively undermined by extensions of arbitrary power. Even that most precious possession of Western Man, freedom of thought and expression, is threatened by the spread of creeds which, claiming the privilege of tolerance when in the position of a minority, seek only to establish a position of power in which they can suppress and obliterate all views but their own.

The group holds that these developments have been fostered by the growth of a view of history which denies all absolute moral standards and by the growth of theories which question the desirability of the rule of law. It holds further that they have been fostered by a decline of belief in private property and the competitive market; for without the diffused power and initiative associated with these institutions it is difficult to imagine a society in which freedom may be effectively preserved.

Believing that what is essentially an ideological movement must be met by intellectual argument and the reassertion of valid ideals, the group, having made a preliminary exploration of the ground, is of the opinion that further study is desirable inter alia in regard to the following matters:

1. The analysis and exploration of the nature of the present crisis so as to bring home to others its essential moral and economic origins.
2. The redefinition of the functions of the state so as to distinguish more clearly between the totalitarian and the liberal order.
3. Methods of re-establishing the rule of law and of assuring its development in such manner that individuals and groups are not in a position to encroach upon the freedom of others and private rights are not allowed to become a basis of predatory power.
4. The possibility of establishing minimum standards by means not inimical to initiative and functioning of the market.
5. Methods of combating the misuse of history for the furtherance of creeds hostile to liberty.
6. The problem of the creation of an international order conducive to the safeguarding of peace and liberty and permitting the establishment of harmonious international economic relations.

The group does not aspire to conduct propaganda. It seeks to establish no meticulous and hampering orthodoxy. It aligns itself with no particular party. Its object is solely, by facilitating the exchange of views among minds inspired by certain ideals and broad conceptions held in common, to contribute to the preservation and improvement of the free society. Disponível em: **Statement of aims** Disponível em <https://www.montpelerin.org/statement-of-aims/>. Acesso em out-2021.

Foundation, em Washington. Tal pensamento obteve respeitabilidade acadêmica com prêmio Nobel de economia de Hayek, em 1974, e Friedman, em 1976, prêmios específicos sob o estrito controle da elite bancária suíça, segundo David Harvey (2008, p. 31).

Para efeito de entender a concepção de liberdade individual na visão neoliberal, importa verificar seu conceito, posto por Hayek na década de 1960, como “o estado no qual o homem não está sujeito a coerção pela vontade arbitrária de outrem” (HAYEK, 1983, p. 4), e por coerção entende como “o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, a ponto de, para evitar maiores danos, aquela ser forçada a agir para servir aos objetivos desta e não de acordo com um plano coerente que ela própria elaborou” (HAYEK, 1983, p. 17).

Nesse sentido, preconiza-se que o uso da coerção pelo Estado deve ser reduzida ao mínimo, por normas gerais e abstratas, de forma que o indivíduo apenas seja objeto de coerção caso vá de encontro a essas normas conhecidas, sem, contudo, deixar de reconhecer a impossibilidade de evitar a existência total de coerção (HAYEK, 1983, p. 18).

A liberdade é concebida como fundamento para que haja progresso da humanidade. Desse modo, portanto, a liberdade não se coloca como um direito imanente da pessoa humana, mas sim de caráter instrumental, um veículo necessário ao progresso, numa perspectiva utilitarista de tal direito. Isso é explicado na medida em que os indivíduos ignoram parte do(s) conhecimento(s) existente(s), que poderia(m) ser utilizado(s) pela interação entre indivíduos livres. Neste contexto, alguns indivíduos se apropriariam do conhecimento e experiência de outros, bem como da imprevisibilidade própria da liberdade, o que permitiria o alcance dos objetivos individualmente considerados e, em conjunto, conduziria ao progresso da humanidade (HAYEK, 1983, p. 18).

Para ele, o Estado de bem-estar social (Estado Previdenciário, na denominação do autor) subverteria o Estado de Direito:

O período que decorreu entre a vitória do liberalismo e a guinada para o socialismo ou uma espécie de Estado previdenciário foi mais curto na Alemanha que em outros países. As instituições que deviam assegurar o Estado de Direito mal tomavam sua forma definitiva quando uma mudança de opinião as fez deixar de atender aos objetivos para os quais haviam sido criadas. Circunstâncias políticas e novos acontecimentos no campo das ideias combinaram-se para acelerar um processo que avançava mais lentamente nos outros países. O fato de que a unificação do país se tornara finalmente uma realidade, graças a um artifício de poder, e não por uma evolução gradual, fortaleceu a convicção de que a razão deveria remodelar a sociedade de acordo com um projeto concebido especificamente para este objetivo. As ambições sociais políticas que esta situação

estimulou estribaram-se fortemente nas tendências filosóficas então correntes na Alemanha (HAYEK, 1983, p. 282-283).³

A influência acadêmica dessas ideias passou a prevalecer a partir da década de 1970, e, historicamente, a primeira experiência de neoliberalização deu-se no Chile, com Pinochet, cujo golpe perpetrado contra o governo de Salvador Allende fora apoiado por corporações dos Estados Unidos, bem como pela CIA (Agência da Central de Inteligência Americana) e pelo Secretário de Estado americano Henry Kissinger. Para reestruturar a economia daquele país, um grupo de economistas conhecidos como “Chicago boys” foi instado a ajudar. E, da mesma forma que os Estados Unidos haviam financiado o estudo de economistas chilenos nos anos 1950 na Universidade de Chicago, num programa de combate a ideia esquerdista na América Latina, esses economistas foram financiados pelo “Clube da Segunda-Feira” composto pela elite corporativa chilena a partir de 1970. O primeiro trabalho implementado por este grupo foi a negociação de empréstimos do Chile junto ao Fundo Monetário Internacional – FMI (HARVEY, 2008, p. 18).

Em maio de 1979 Margaret Thatcher foi eleita com o objetivo de reformar a economia da Grã-Bretanha, tendo demonstrado determinação em pôr fim às instituições e práticas do Estado Social-democrata erigido a partir de 1945. Nesse sentido, o governo Thatcher buscou dissolver as formas de solidariedade social em favor do individualismo, propriedade privada e valores familiares. Para Thatcher, “a economia é o método, mas o objetivo é transformar o espírito” (HARVEY, 2008, p. 31).

Nos EUA, no mesmo ano, Paul Volcker, presidente do Federal Reserve Bank do Governo Carter, promoveu uma mudança na economia monetária daquele país, abandonando políticas keynesianas, para conter a inflação. Houve uma elevação abrupta da taxa de juro nominal. Deu-se início a uma duradoura recessão.

³ Continuando, HAYEK (1983, p. 282-283) analisa que “a partir da Revolução Francesa, passou-se a exigir que o governo fizesse valer não apenas a justiça “formal” mas também a justiça “substantiva” (isto é, justiça “distributiva” ou “social”). No final do século XIX, essas ideias já haviam afetado profundamente a doutrina do Direito. Por volta de 1890, um importante teórico socialista do Direito expressou desta maneira o que se estava transformando na doutrina dominante: ‘Concedendo-se a todos os cidadãos um tratamento perfeitamente igual, independentemente de suas qualidades pessoais e posição econômica, e permitindo uma concorrência ilimitada entre eles, a produção de bens cresceu desmedidamente, mas ao pobre e ao fraco coube apenas uma pequena parcela daquele produto. A nova legislação social e econômica pretende, portanto, proteger o fraco contra o forte e garantir-lhe uma participação moderada nas coisas desejáveis da vida. Isto ocorre porque hoje se compreende que não há maior injustiça do que tratar como igual o que é, de fato, desigual [!]’. E Anatole France ria da ‘majestosa igualdade perante a lei que proíbe tanto o rico quanto ao pobre dormir sob as pontes, esmolar nas ruas e roubar pão.’ Esta frase famosa tem sido citada inúmeras vezes por pessoas de boa-fé que não percebem estar, com isso, solapando os fundamentos da justiça imparcial”. (1983, p. 282-283)

Com a posse de Ronald Reagan sobre Carter em 1980, Volker permaneceu no cargo, e o então presidente deu apoio político para mais desregulação, redução de impostos, cortes orçamentários e investida contra o poder sindical. Internamente, os Estados Unidos enfrentaram uma progressiva desindustrialização doméstica e uma tendência de migração da produção industrial para o exterior. Consolidou-se o poder monopolista, além do aumento da desigualdade social. A partir de 1982, o FMI e o Banco Mundial passaram a ser propagadores desta política, exigindo “ajustes estruturais”, que consistiam em implementar reformas institucionais, flexibilização da legislação trabalhista, cortes de gastos e privatizações (HARVEY, 2008, p. 35).

Ainda segundo David Harvey (2008, p. 38), tais medidas trouxeram como tendências: a fusão da distinção entre propriedade e gerência das empresas, quando as empresas começaram a remunerar os CEOs com opções de ações; e uma redução da separação entre o capital produtivo e o capital monetário, “a neoliberalização significou a ‘financeirização’ de tudo”, bem como ocasionou na proeminência das finanças sobre outras áreas da economia e, também, sobre o aparato de Estado (HARVEY, 2008, p. 41).

Feitas essas considerações sobre este movimento pendular do keynesianismo para o neoliberalismo, importa verificar como essa tensão recai sobre os Estados, suas instituições, a forma de interpretação do Direito e, principalmente, como tal questão se desenvolve na ordem jurídica e realidade brasileiras.

1.1 - A dinâmica econômica e o papel do Estado face às pressões e insurgências

A Constituição brasileira apresenta-se como uma constituição rígida, pela necessidade de um processo diferenciado para sua reforma, bem como um quórum deliberativo qualificado, considerando sua relação com as demais espécies normativas de nosso ordenamento.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 163) observa que a supremacia constitucional se apresenta como uma superlegalidade formal e material, no campo dogmático e positivo: formal, por se apresentar como fonte primária de produção normativa, ao estabelecer o processo de produção das normas jurídicas e competência para sua edição; material, pois ela impõe às demais normas do ordenamento que elas estejam em conformidade com os princípios e regras nela estabelecidos.

Nesse aspecto, inclusive, importante mencionar que as normas constitucionais se irradiam por todo ordenamento jurídico como um fundamento de validade das demais normas, inclusive as criadas pelo poder constituinte derivado, de modo que as normas

jurídicas posteriores à criação da ordem jurídica por ela inaugurada ficam sujeitas à conformidade ao parâmetro constitucional de seu processo de criação e também de seu conteúdo, para atenderem à condição de validade. Por outro turno, a superlegalidade material implica a capacidade das normas constitucionais de colmatar o sentido e alcance das demais normas pertencentes à ordem jurídica.

Tais aspectos são garantidos pelo controle de constitucionalidade pelos órgãos incumbidos de exercer as funções de Estado e, em última medida, as normas jurídicas postas pelo poder constituinte derivado, bem como as normas infraconstitucionais podem ter a invalidade declarada pela Poder Judiciário, expurgando seu conteúdo normativo da ordem jurídica, ou terem o alcance e sentido colmatados, o que equivale a delimitação do âmbito da circunscrição válida da norma, seja negativa, limitando sua incidência, ou de maneira positiva, estendendo-a.

Assim, num ordenamento jurídico, diante da diferenciação entre o ser e o dever ser, o que se verifica é que a expressão de um dever ser somente se permite por meio da aferição da validade em outro dever ser com fundamento superior, sendo o encadeamento da expressão das normas o que determina a unidade do ordenamento jurídico (CALLEJÓN, 2014, p. 34) . Segundo Francisco Balaguer Callejón (2014, p. 35),

a determinação da juridicidade das normas, reconduzida sempre a outras normas que a fundamentam, conduz finalmente a norma primeira, cuja juridicidade não pode explicar-se, que deve assumir-se como um dado, um postulado do qual necessariamente há que se partir para a análise dogmática do Direito.

Além da plenitude, outro princípio do ordenamento jurídico importa ao presente estudo: o princípio da coerência. Esse princípio é inicialmente entendido como a inexistência de antinomias, o que, entretanto, é improvável de acontecer na prática, face à complexidade da sociedade e ao pluralismo dos objetivos das normas. De modo que a coerência deve ser obtida pela atenção aos princípios e às normas que tornem possível o desfazimento destas colisões normativas para se depurar o Direito aplicável (uma vez que esse conflito se verifica justamente quando da aplicação das normas aos casos concretos). Nesse sentido, diante da unidade do ordenamento o intérprete deve extrair a decisão juridicamente correta do material normativo posto em seu interior (CALLEJÓN, 2014, p. 37-38).

É, inclusive, nesse contexto que se insere a Constituição Econômica, cujo desenvolvimento conceitual se deu na Alemanha, quando, diante da vigência da

Constituição de Weimar, os juristas foram obrigados a enfrentar o problema da eficácia da constituição sobre a ordem econômica (CYRINO, 2020, p. 198).

Esse desenvolvimento foi realizado pela Escola de Freiburg, de matriz ordoliberal: as possibilidades eram de se verificar um reconhecimento pela Constituição da realidade social (o ser) ou da alternativa de a Constituição estabelecer normas de viés transformador de forma normativa e prospectiva, que teriam o condão de estabelecer parâmetros para a ordem jurídica no campo da economia.

Segundo André Cyrino (2020, p. 199-200), prevaleceu nesta escola o entendimento de que a Constituição Econômica era resultado do esforço da Economia Política em buscar o reconhecimento normativo pelo Estado do capitalismo, em estabelecer o modelo econômico entendido como o que se deveria ser reconhecido como correto. Esse entendimento baseou-se na doutrina de Carl Smith que via a Constituição como uma decisão do titular do poder constituinte, a decisão de como a vida econômica deveria se dar no Estado. Nesse sentido, a ordem econômica era de um decisionismo liberal, que propugnava que a Constituição deveria se limitar a se irradiar para garantia da propriedade privada, cumprimento dos contratos, pela não intervenção do Estado na economia e deixá-lo sob a dinâmica própria resultante da mão invisível do mercado.

De matriz diversa se desenvolveu a doutrina da ordem econômica brasileira, de decisionismo social ligado a um Estado Social, em cuja ordem se demandava a intervenção estatal para transformar a ordem social. Sob os auspícios da doutrina da constituição dirigente, a Constituição Econômica teria o condão de prevalecer enquanto dever ser, vinculando os órgãos públicos e a decisão estatal (CYRINO, 2020, p. 200).

Nessa abordagem dirigente, não há oposição entre Direito e Estado, a constituição daria os fins e os meios para o Estado, sendo o Estado de Direito não limitado ao aspecto negativo, mas também o positivo, na medida que deve dar meios ao desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, intervindo para alcançar estes objetivos na ordem econômica, social, cultural. Não se limita, portanto, à igualdade formal, mas também à material, igualdade que se alcançaria por meio da lei, não se limitando a uma liberdade perante à lei, de modo que a ordem jurídica deveria determinar os meios para que se atinja uma igualdade de oportunidade às pessoas (BERCOVICI, 2013, p. 37).

A despeito das posições resultantes do decisionismo liberal e social, importa a este ponto da análise a observação do movimento pendular que a intervenção do Estado na economia se dá no curso da história. Na visão de Luiz Carlos Bresser-Pereira, a formação da ciência econômica pelos economistas clássicos não pressupunha uma separação radical

entre o mercado e o Estado, daí porque cunharam a denominação de Economia Política e não Economia, pois esta ciência se relacionava com a ideia da riqueza das nações. Nesse sentido, a produção e circulação de riquezas era sujeita a lei do valor, sem, contudo, prescindir da regulação e garantia do Estado, numa relação constante entre o poder privado e o poder do Estado (BRESSER-PEREIRA, 1989, p. 116).

O autor coloca a perspectiva histórica, pondo Inglaterra, França e Estados Unidos como exemplos nos quais o período mercantilista foi marcado pela presença do Estado em apoio à acumulação primitiva de capital. Essa intervenção teria dado ensejo à regulação excessivas e à monopólios, o que levou aos economistas clássicos a iniciarem uma crítica a essa postura do Estado, que veio a resultar na redução dessa intervenção no período da Revolução Industrial, que, por sua vez, resultou num capitalismo oligopolista no período de 1870. As pressões sociais e a necessidade de resistir a esta nova distorção, teria levado a uma nova fase de intervenção a partir do início do século XX, embora as elites econômicas tenham feito resistência a essa intervenção (BRESSER-PEREIRA, 1989, p. 123).

Como visto, a partir de 1970, embora a construção teórica seja anterior, iniciou-se a concretização de uma outra fase de redução dessa intervenção sob os moldes de organização capitalista neoliberal.

O histórico acima apresentado por Luiz Carlos Bresser-Pereira associado ao momento presente⁴, se aproxima da visão daquele autor que propõe a insuficiência do mercado para prover a acumulação capitalista e uma distribuição de renda socialmente aceitável, o que o leva a concluir que essa intervenção seria condição indispensável à acumulação capitalista. Desse modo, verifica-se um caráter cíclico da intervenção estatal, conforme o título de seu artigo sobre o tema: uma intervenção que se intensifica durante um ciclo, gera distorções; que seriam corrigidas durante o ciclo de retração dessa intervenção; o absentismo do Estado, por sua vez, daria azo a outras distorções, o que levaria a uma nova fase de intervencionismo, e assim sucessivamente.

De todo modo, no gradiente que se coloca nas teorias e entendimentos possíveis entre o decisionismo liberal, da escola de Freiburg, e o decisionismo social, em linha a

⁴ No tempo da realização do presente estudo, a revista *The Economist*, em matéria com o título "The triumph of big government", embora de teor crítico, informa a constatação de os governos mundiais terem aplicado US\$ 17 trilhões na economia global em decorrência da pandemia de Covid-19, incluindo empréstimos e garantias, o que corresponderia a 16% do PIB global, prevendo que os gastos estatais tenderiam a ter um percentual de participação no PIB em 2026 superior ao comparado com 2006. A mesma matéria refere-se, ainda, que até 2050 4/5 da economia mundial estará sujeita a metas de descarbonização, o que implicaria uma tendência de mais intervenção estatal para subsidiar este cumprimento (embora a edição traga propostas de solução alternativa para o problema, em linha com a crítica editorial). (*The Economist*, 2021).

concepção de uma constituição dirigente, propõe-se aqui uma abordagem que permita um núcleo mínimo de normatividade constitucional à Constituição Econômica, que, em conexão com o direito administrativo implica reflexo na concepção das empresas estatais (FERRERA, 2018. p. 91-104).

As concepções de Norberto Bobbio (1999, p. 585) sobre o conceito de ideologia é um ponto de partida para a presente proposta, pois, afinal, a ideologia poderia ser verificada por duas tendências de significado, um significado fraco e um significado forte, sendo

No seu significado fraco, ideologia significa o *genus*, ou a *espécies* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a ideologia é uma crença falsa.

Seja observando os matizes de crenças políticas de forma neutra para sua identificação, pela lente do significado fraco; seja considerando estas crenças percebidas como falsas, pelo significado forte, o constitucionalismo que se erigiu nas sociedades ocidentais parte do pressuposto da existência de eficácia normativa das constituições, como um dever ser posto num diploma normativo superior, que funda uma ordem jurídica com caráter superior às demais normas do ordenamento, com capacidade de determinar a incidência das demais normas, determinando a interpretação do conteúdo da norma jurídica, como também por incidência direta da Constituição em situações do universo da realidade social.

Numa análise que parece correta sobre o princípio da subsidiariedade, ponto central da discussão sobre os limites da intervenção estatal, tem-se que este princípio deve ser visto como uma diretriz político-administrativa de organização do Estado, e não como uma questão constitucional, na linha do entendimento José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 230), de modo a se evitar a exclusão de pensamentos dissonantes ao modelo econômico de um determinado momento histórico, grupos políticos hegemônicos circunstanciais. Isso se mostra aderente à complexidade da sociedade atual, bem como ao regime democrático e o pluralismo de nossa Constituição. Essa concepção permite não calar os fluxos ideológicos (de significado fraco) que se deem no curso da história.

Importa também, nessa proposta, resgatar o conceito de ordenamento jurídico, como uma ordenação de um sistema social, cujos limites, alcance e sistematização se dê pela

Constituição e sua irradiação por toda ordem jurídica a partir de seu texto, não por uma interpretação literal, mas pela possibilidade de interpretações que caiba no contorno da semântica de seus termos e sintaxe.

Afinal, ao texto constitucional deve se dar plasticidade suficiente, a ponto de compreendê-lo e interpretá-lo como aplicável a todos os textos normativos infraconstitucionais, suportando e consolidando o ordenamento jurídico como fundamento de validade independentemente da alternância dos fluxos ideológicos que se deem no âmbito da sociedade brasileira.

Os tempos atuais do Brasil e do mundo parecem demandar um retorno à tradição do constitucionalismo, uma forma de decantar o Direito da contaminação ideológica da ocasião, que leva a limitar a normatividade constitucional, a pretexto de buscar sua efetivação, quando sua interpretação é condicionada por uma ideologia transitória se se consider a perenidade por ela esperada.

Isso porque, embora o poder constituinte originário tenha sido permeado pelo compromisso dos homens e mulheres que tenham contribuído para elaboração de texto que foi promulgado, as ideologias que se cristalizaram no texto não devem ser consideradas imutáveis no curso da história.

Na linha desta decantação, categorias tradicionais e historicamente testadas se mostram úteis neste resgate. Cabe, portanto, resgatarmos em nosso auxílio uma interpretação possível considerando a *mens legis* também, não se limitando a *mens legislatoris*, por um lado, ou, por outro, erigir uma enorme construção doutrinária que num determinado momento pode levar a um distanciamento tal do texto posto, que poderia inviabilizar os programas de governos próprios da alternância de poder de um regime democrático.

A noção de ordenamento jurídico também conduz a um juízo sobre a realidade social sob a lente da juridicidade, como uma conformidade entre as condutas dos entes dotados de personalidade com o ordenamento jurídico visto como um todo. Isso porque a legalidade tem se mostrado insuficiente para a defesa do sistema jurídico e, por conseguinte, dos ataques a própria democracia, quando se verifica oscilações do significado da legalidade a ponto de legitimar condutas antijurídicas.

Fazendo uma retrospectiva histórica do momento atual, é possível ao menos apontar enquanto hipótese que iniciamos esta redução de possibilidades interpretativas do texto constitucional no âmbito da Constituição Econômica, com construções em tal ou qual sentido, buscando obter normatividade a visões de mundo particulares de grupos

discordantes, com objetivo de condicionar os demais a suas crenças sobre a forma de organizar o Estado. No curso dos acontecimentos, esta tentativa de condicionamento ideológico do Direito nos trouxe a uma situação em que se põe como juridicamente razoáveis opções interpretativas que soam fora das possibilidades contidas no texto constitucional, que se afiguram em desconformidade com o sentido possível do texto da Constituição.

No âmbito dos princípios e objetivos fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito, os que informariam ou a tangenciariam a Ordem Econômica foram objeto de tentativas de apropriação por grupos ideológicos, que buscaram limitar a forma de organizar o sistema econômico de acordo com o que creem como verdade para o seu melhor funcionamento.

Assim, o determinismo liberal e o social e seus fundamentos econômicos em tal o qual perspectiva assumidos enquanto um discurso próprio do sistema político buscam, igualmente, alcançar os valores sociais do trabalho e livre iniciativa (art. 1º., IV da CF/88); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º., I da CF/88); a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º., II da CF/88); a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º., III da CF/88). A diferença entre ambos se resume ao meio de se atingir, dentro das possibilidades de maior ou menor intervenção do Estado na economia, ou seja, ambos encontram fundamento de validade no mesmo texto da Constituição, a depender do matiz ideológico da circunstância política de um determinado momento.

Contudo, os fundamentos e objetivos umbilicalmente relacionados à pessoa humana, neste segundo ciclo de condicionamento dos limites normativos da Constituição, coloca em xeque a própria liberdade subjetivamente considerada, pois avança sobre as possibilidades existenciais, de modo que esta limitação do âmbito normativo ora avança sobre a forma de se conhecer a dignidade da pessoa humana (art. 1º., III da CF/88); o pluralismo político, ao menos sobre o que deva ser reconhecido como visão política juridicamente válida (art. 1º., V da CF/88); o que venha a ser o bem de todos, pondo em debate os limites normativos sobre preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação existencial (art. 3º. IV da CF/88).

Nessa linha de avaliação, esse novo ciclo que transborda o sistema econômico, deve encontrar um limite na conformidade com o ordenamento jurídico, visto como um todo, mas com base no texto constitucional, ou, se ideologia venha a transitar pela interpretação do texto, que seja a que veio a fundamentar o constitucionalismo, cujos valores são encontrados

na concepção humanista gestada no período renascentista e cujo ocidente deu à luz com as Revoluções Liberais, em valores que serviram como pilar fundamental da própria superação da ordem anterior para a ordem burguesa, da qual o capitalismo atual é tributário.

Esse elemento de plasticidade, proposto como resposta à crise vivenciada no Brasil e no mundo, tem em consideração o fato de que a Constituição, como norma fundamental e última do ordenamento jurídico com todas as características acima descritas, não pode ser vista apenas sob o prisma do dever ser, mas se conjugar com a realidade social, num paradoxo de uma redução da normatividade no âmbito do dever ser, para uma normatividade possível que conjugue o ser com o dever ser, para realização do último.

Como numa espiral da história e sua aceleração própria de nosso tempo, a civilização ocidental parece reviver a situação do constitucionalismo posta por Konrad Hesse em 1959: à época, o isolamento entre norma e realidade próprio do positivismo jurídico, que o autor representou pela Escola de Paul Laband e Georg Jellinek; e o positivismo sociológico de Carl Schmitt (HESSE, 1991, p. 13); hoje, um movimento pendular entre a tentativa de limitação da norma constitucional de acordo com a visão ideológica de um determinado grupo, inicialmente pela via da Constituição Econômica, por intermédio de uma concepção positivista em que predomina o dever ser; e, por outro, o esgarçamento da normatividade para soluções de problemas, quando se torna necessário vencer essas limitações fruto de construções teóricas que se fazem a partir do texto constitucional, mas por meio de uma lente ideológica. Há, portanto, posições ideológicas em debate sob a perspectiva de sua validade jurídica, a ponto de tensionar o sistema jurídico, cuja saída é se permitir uma redução da normatividade para acomodar no sistema jurídico sua equalização, muitas vezes de forma improvisada e sem atenção às consequências que irradiam dessas decisões sobre a Constituição.

Contudo, os dilemas e desafios da validade jurídica de discursos em face da Constituição Econômica, começam a se espalhar sobre a seara existencial da pessoa humana e aspectos fundantes de todo o sistema político, o que nos convida a uma revisão de paradigmas em benefício da estabilidade social e sua consequente possibilidade de realização existencial da pessoa humana, e não à sua destruição moral e física resultante do transbordo do limite da instabilidade possível, do conflito resultante da ruptura da ordem jurídica.

Assim, reconhecendo a importância determinante da realidade social, resgata-se de Hesse a pretensão de eficácia da Constituição. Embora indissociável da realidade social, da conjuntura sócio-política de sua vigência, a Constituição também tem aptidão para

conformar a mesma realidade política e social, em virtude da pretensão de eficácia defendida pelo autor (HESSE, 1991, p. 15). Nesse sentido, “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade da Constituição, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.” (HESSE, 1991, p. 15)

Este resgate ora posto não se afigura um retrocesso do Direito, mas sim expressão da “vontade da Constituição” apresentada por Hesse como resultante da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; de que a ordem posta pela Constituição é mais do que simplesmente legitimada pelos fatos (necessita estar em constante processo de legitimação); e de que a ordem por ela posta não se faz eficaz sem o concurso da vontade humana, de modo que, sem o concurso de atos de vontade das pessoas que possam tornar eficaz essa ordem, sem descurar dos dois fundamentos anteriores, não é possível se atribuir eficácia normativa à Constituição.

1.2 A ordem jurídica no Brasil: paradigmas, modelos e instituições no capitalismo periférico

Fazendo um paralelo da política econômica na transição de um modelo de Estado de bem-estar para um Estado neoliberal, é possível estabelecer uma relação entre desenvolvimento do Welfare State e as reformas administrativas, haja vista que estes dois fatores (abordagem na política econômica do Brasil e na Administração Pública) possuem uma periodização semelhante: no plano econômico, de 1930 a 1964 e de 1964 a 1985; no plano da Administração Pública, de 1936 a 1967 e de 1967 a 1989 (AURELIANO & DRAIBE, 1989, p. 145-149).

No plano econômico, o primeiro período tem início em 1930, cujas iniciativas principais para consideração deste “Estado de providência à brasileira” foram a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, bem como a edição de uma legislação trabalhista cuja consolidação se deu em 1943 com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 09 de agosto de 1943.

Para Edgard Carone (1974, p. 81-94), neste período houve uma ascensão relativa da burguesia com relação à elite agrária. Embora o valor da produção industrial obtenha uma equivalência à agrícola entre 1933/1934, esse declínio relativo entre a oligarquia agrária em

relação à burguesia industrial não altera as estruturas de poder da época. Isso porque a formação industrial se deveu em grande parte da aplicação do excedente de capital da classe agrária, tendo buscado a indústria como forma de produção de riqueza. Nesse sentido, as elites agrária e industrial se confundiam, de modo a não haver um conflito entre estas duas formas de produção no âmbito do sistema político. Por outro turno, a ideologia predominante nestas classes era evolucionista e positivista. Como evolucionistas, negavam o problema da igualdade material, mostravam-se, inclusive, contrários a medidas orçamentárias destinadas à promoção da igualdade, eram contrários a medidas redistributivas, porquanto, para essa elite, a desigualdade, a hierarquia eram próprias da natureza das coisas.

No segundo período, houve a organização de sistemas nacionais públicos relacionados às políticas sociais, de modo a diminuir a fragmentação do período anterior em sistemas regulados pelo Estado, apontando para tendências universalizantes.

Liana Aureliano e Sonia Draibe (1989, p. 145-149) procuram sistematizar as características destes períodos, observando ter ocorrido (i) uma extrema centralização política e financeira na União das ações sociais estatais; (ii) uma fragmentação institucional acentuada; (iii) uma exclusão da participação social e política da população nos processos de decisão; (iv) instituição do princípio do autofinanciamento do investimento social; e (v) princípio da privatização.

Sobre a primeira dessas características, qual seja, a centralização política e financeira na União das ações sociais estatais, é importante dizer que houve uma crescente supressão do poder decisório de estados e municípios, sendo as regras gerais emanadas pela União. Os recursos financeiros e sua alocação também ficavam a cargo da decisão da União, sem formas de repasse automático de recursos aos outros entes federativos.

Por outro turno, no âmbito da União há uma progressiva descentralização destas atividades para pessoas jurídicas da administração indireta, como autarquias, fundações e empresas estatais. Essa descentralização levou à segunda característica: a fragmentação institucional dessas ações, cujas consequências são várias, podendo-se destacar: a burocratização excessiva do aparato estatal; a autonomização crescente desses organismos em relação ao comando central de governo; bloqueio à formulação e à implantação de planos gerais para cada setor e de uma política social nacional; e também certa desintegração institucional que se dá como consequência da superposição de programas e clientelas. (AURELIANO & DRAIBE, 1989, p. 149).

As duas características anteriores (centralização político-financeira versus descentralização de serviços e atividades), conduziram à terceira, pois provocam uma “ausência de mecanismos públicos de controle, que abre espaço para o livre movimento de interesses privados no aparelho do Estado” (AURELIANO & DRAIBE, 1989, p. 149); pois a centralização e a fragmentação levaram à exclusão da participação de sindicatos, partidos políticos e movimentos sociais, já que as decisões eram postas pelo Poder Executivo federal, sem a participação, inclusive, do parlamento.

Uma quarta característica é o princípio do autofinanciamento do investimento social, pois o gasto social dependia da alocação privada dos recursos, notadamente pela existência de fundos específicos, como o BNH que acabou privilegiando habitações da classe média e não as populares.

Importante ainda lembrar que o autofinanciamento levou à privatização das ações sociais do Estado, uma espécie de regra de ouro segundo a qual a fruição do benefício deveria ser precedida de pagamento. Essa privatização se desdobrava em diferentes aspectos, a saber:

- a) abertura de espaço para penetração dos interesses privados no aparelho do Estado, através de grupos de pressão. Lobbies, etc.;
- b) uma forma de articulação bastante estruturada entre o aparelho de Estado e o setor privado produtor de serviços (como os hospitais) ou fornecedor de “produtos sociais” (como as construtoras). Pode-se dizer, portanto, que se estabelece uma divisão de trabalho entre o Estado e o setor privado: o Estado estabelece as regras e transfere os recursos; o setor privado encarrega-se da produção de bens ou da distribuição de serviços;
- c) a privatização, enfim, resultou na diminuição relativa da participação do Estado nos setores de educação e saúde (AURELIANO & DRAIBE, 1989, p. 148).

Assim, o país adotou um padrão meritocrático-particularista, uma vez que havia uma relação entre o mérito, a posição ocupacional na estrutura produtiva do país, bem como uma relação de contribuição-benefício, pois estas políticas sociais tinham por base o salário-contribuição ou a possibilidade de contraprestação pelo benefício para a prestação ao beneficiário. Nesse sentido, era necessário ser trabalhador inserido na economia formal para ter acesso aos benefícios oriundos destas políticas sociais e aos recursos financeiros a elas direcionados, benefícios também relacionados à renda dos beneficiários.

Os aspectos welfaristas de caráter redistributivos e igualitários tiveram tratamento pontual nas políticas sociais nesses dois períodos, tão somente no que toca à educação, com a educação básica obrigatória e gratuita, e à saúde, com a possibilidade de atendimento de urgência a toda população (AURELIANO & DRAIBE, 1989, p. 139-145).

No que toca ao neoliberalismo, o implemento de iniciativas deste perfil político no país se deu posteriormente, o Brasil foi último país da América Latina a se inclinar para o neoliberalismo, o que se deveu a dificuldade de conjugar os diversos interesses da fração da sociedade que dispunha de capital em proporção suficiente para se tornar uma classe a quem estas ideias pudessem atrair (FILGUEIRAS, 2006, p. 180). A questão fundamental era o ritmo e amplitude da abertura comercial, pois ela atingiria de forma bastante diversa os diversos ramos da atividade industrial e agroindustrial (FILGUEIRAS, 2006, p. 185).

Da crise da década de 1980 até o fracasso do Plano Cruzado, predominou no bloco político dominante o intento de tentar redefinir o Modelo de Substituição de Importações - MSI, mantendo o papel do Estado num projeto neodesenvolvimentista. A partir de então, viu-se o fracasso dos demais planos de estabilização da economia e em meio aos embates travados na Assembleia Constituinte o projeto neoliberal foi se fortalecendo e almagamando as forças políticas, de modo a se constituir num programa político, diante da percepção da fração detentora do capital de que o MSI e o modelo neodesenvolvimentista seriam incapazes de solucionar as questões econômicas da ocasião (FILGUEIRAS, 2006, p. 182).

Essa vitória do projeto neoliberal no país expressou uma reconfiguração do bloco dominante: o capital financeiro internacional, os grandes grupos econômico-financeiros nacionais e o capital produtivo multinacional, bem como uma parcela em posição subordinada dentro deste bloco, de grandes grupos econômicos não financeirizados organicamente (FILGUEIRAS, 2006, p. 184)

No interior do bloco no poder, a primeira coisa a destacar é a *hegemonia política* do grande capital financeiro, hegemonia política que se mantém ao longo de todo período neoliberal, do governo Collor ao governo Lula. Isso significa dizer que a política econômica e social do Estado brasileiro ao longo das décadas de 1990 e 2000, atende, prioritariamente, os interesses dos investidores internacionais e dos bancos e fundos de investimentos nacionais, articulando e subordinando os interesses das demais frações burguesas aos interesses das finanças ¹ (BOITO, 2006, p. 271-296)

Segundo Luiz Filgueiras (2006, p. 186), o processo de implantação e evolução do projeto neoliberal passou por, pelo menos, três momentos distintos a partir da década de 1990: uma primeira de ruptura com o MSI e implantação de primeiras medidas concretas neoliberais (Governo Collor); uma segunda de consolidação da ordem econômica e social neoliberal (primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso); e, por último, uma fase em que se aperfeiçoa o modelo neoliberal do país, em que se consolida hegemonia do capital financeiro (segundo Governo Fernando Henrique Cardoso e Governo Lula).

1.3 A Administração Pública, as sociedades empresárias públicas no contexto neoliberal

Quanto à Administração Pública, cumpre verificar a evolução da Administração a partir das reformas de 1936, pois, no contexto da Revolução de 30, buscou-se criar um ambiente para o desenvolvimento de um capitalismo de base burguesa no país. Tornou-se necessário, portanto, mudar entre o Estado patrimonialista para um Estado em que houvesse uma separação entre ele e a sociedade, sendo necessário criar um modo de administrá-lo com esse objetivo, por meio de uma administração burocrática com base na organização racional do trabalho (DE FARIA, 2017, p. 141-142).

Na administração patrimonial havia uma união indissociável entre o público e o privado, tendo em vista que o Estado pertencia ao monarca que exercia a administração em conjunto com a aristocracia. Contudo, a administração patrimonial mostrou-se incompatível com o capitalismo industrial, haja vista que este capitalismo exigia que o Estado garantisse o mercado, o direito à propriedade, os contratos (BRESSER-PEREIRA, 2009).

Nesse contexto, erigiu-se a administração burocrática, forma de Administração que nos remete aos princípios do Exército Prussiano, na qual a Administração Pública deveria ter uma hierarquia clara e procedimentos em que pudessem ser aferidos os desvios, de modo a se garantir a impessoalidade e a aferição do curso da rotina normal da administração. Era necessário, também, que o recrutamento de pessoal fosse pautado pela impessoalidade e que a administração fosse dotada de uma racionalidade instrumental (BRESSER-PEREIRA, 2009).

A administração burocrática, entretanto, assentou-se no país durante um Estado liberal, num contexto em que

o Estado era pequeno, com único papel de proteger direitos civis ou garantir os direitos de propriedade e os contratos. A rigor, no Estado liberal só eram necessários quatro ministérios executivos: um Ministério da Justiça, encarregado da polícia ou da ordem interna; um Ministério da Defesa, incluindo Exército e a Marinha; um Ministério da Fazenda ou Tesouro; e um Ministério das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, os serviços públicos mais importantes visavam diretamente à manutenção da ordem pública e à proteção do país contra inimigos externos. (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 209)

Essa burocratização ou racionalização foi um fenômeno histórico que se deu a partir da observação de que a administração burocrática servia melhor aos objetivos daquele momento histórico do que a administração patrimonial.

Contudo, administração burocrática nascida no Estado liberal do século XIX mostrou-se dispendiosa, autocentrada e despreocupada em atender as demandas sociais. (BRESSER-PEREIRA, 2009).

Entre 1967 e 1988, houve a primeira tentativa de reforma gerencial na administração pública que enfatizava a descentralização administrativa e autonomia da administração indireta, representada pelo Decreto-Lei 200/67. Por meio deste diploma foi editado um arcabouço normativo para a organização da Administração Pública, descrevendo a administração direta e enumerando os entes a ela pertencentes, a administração indireta, composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (art. 4º.). Ademais, foram estipulados os princípios fundamentais para esta estrutura administrativa, na forma do art. 6º., quais sejam, planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

Embora o problema da eficiência já tenha se mostrado relevante no contexto do Estado welfarista, quando ele passa a ter papéis que transcendem a manutenção da ordem pública e a defesa contra inimigos externos, encampando, também, serviços sociais, bem como papéis de garantia da estabilidade socioeconômica, o contexto de globalização provocou a reforma desta concepção de administração burocrática.

A reforma da gestão pública surgiu quando a globalização e a crise do Estado desafiaram a legitimidade das burocracias estatais e da administração pública burocrática. De acordo com Aucoin, governos de todas as democracias ocidentais foram levados a promover reformas por três motivos principais: primeiro, a necessidade de “conter as despesas do setor público”- o que chamo de “crise fiscal”; segundo, o “declínio generalizado da confiança pública na efetividade das políticas públicas e na qualidade dos serviços públicos”; terceiro, “na nova ordem econômica internacional, o impacto do que os governos faziam e não faziam, em ampla faixa de áreas de políticas públicas, não era mais considerado um mero assunto interno ou doméstico, com pouco ou nenhum efeito na competitividade global das economias nacionais”. (BRESSER-PEREIRA, 2009, p.211).

Odete Medauar (2017, p. 93) apresenta o quadro da revisão desta concepção, que sofreu mudanças na década de 1990 do século XX. Segundo a autora, na década de 80 daquele século se debatia a crise do Estado do bem-estar, o *welfare state* era questionado diante da permanência da desigualdade social, questionando-se a eficiência deste modelo de Estado. Os teóricos questionavam a explosão de despesas, que resultou em tentativas de se obter redução dessas despesas, por redução de gastos desta natureza e aumento das contribuições sociais.

Essa autora menciona o neoliberalismo como um dos fatores que influenciaram a concepção de Estado, cujas ideias foram encampadas no Consenso de Washington e acolhidas pelo FMI e Banco Mundial, sendo as ideias sintetizadas por “disciplina macroeconômica, economia de mercado, abertura comercial” (MEDAUAR, 2017, p. 103), resultando nas diretrizes de: fortalecimento dos mercados privados, desregulamentação da economia, livre comércio internacional, redução da atuação do Estado, controle da inflação, redução do déficit público, corte de despesas sociais” (MEDAUAR, 2017, p. 103).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 11), o Estado Social resultou no seu aumento desmesurado, uma atuação em todos os setores da vida social, numa posição intervencionista que, para a autora, punha em risco a própria liberdade individual.

Para essa autora, esse crescimento resultou num fortalecimento do Poder Executivo e, por consequência, golpes na separação dos poderes. As atribuições que se acresceram se deram no âmbito do Poder Executivo que não podia se limitar ao demorado processo legislativo, de modo que lhe foi conferido competência normativa (DI PIETRO, 2009, p. 12) Ademais, o Direito teria sido instrumentalizado, ao passar a ser um meio para o exercício de atribuições por parte do Estado. A limitação do poder teria sido posta em segundo plano, pondo em risco as liberdades individuais que fora preocupação do Estado liberal (DI PIETRO, 2009, p. 13). O princípio da legalidade teria sido diluído em seu conteúdo, na medida em que a lei passou a ser um instrumento para realização do bem comum, que se resumiria a vontade de grupos, de classes, de partidos, o que ensejaria uma redução do caráter de generalidade, abstração, impessoalidade, na medida em que refletia interesses parciais da sociedade (DI PIETRO, 2009, p. 12).

Tais observações refletem o também apontado por Paula Zambelli Salgado Brasil e Guilherme Amaral sobre o advento da Constituição de 1988, cuja promulgação se deu num contexto histórico em que o Welfare State cedia para o neoliberalismo no plano internacional, que caminhava para o enxugamento do Estado. Apesar de o projeto original da Constituição ter intenção de entremear a ordem jurídica de normas programáticas com viés universalista, pela previsão de direitos sociais, “o texto constitucional brasileiro trouxe ao campo jurídico uma expressão tardia de Estado de Bem-Estar Social”, num ambiente em que a ideologia que lastreava este modelo encontrava-se em declínio, sem que o país tivesse experimentado a prosperidade ocorrida nos países da europeus (BRASIL & AMARAL, 2020, p. 168).

Essa demanda reformista, encontrava albergue na influência das teorias e práticas administrativas desenvolvidas nas escolas de administração de empresas e nas consultorias

empresariais, para se refletir nas ideias da administração pública, de forma induzir adoção de instrumentos unicamente administrativos e descentralização das agências de forma a permitir flexibilização, bem como isolar a administração pública de influência política. Em uma avaliação analítica que convém reproduzir na íntegra, por meio de citação extensa que não haveria como dizê-lo não fosse nas exatas palavras do autor, resume-se a reforma da gestão pública:

- descentralizar os poderes e recursos para as agências reguladoras e executivas que desempenham atividades exclusivas de Estado, aumentando, ao mesmo tempo, o poder do núcleo estratégico do Estado sobre os resultados, e das características formuladoras de políticas sobre as reformas e políticas institucionais;
- contratar com organizações públicas não estatais de serviços, reconhecidas como “organizações sociais e científicas que a sociedade decidir financiar com recursos do Estado por envolverem altas externalidades e direitos humanos básicos;
- terceirizar para empresas comerciais as atividades de apoio ou auxiliares que não envolvam nem o poder do Estado (e são realizadas pelas agências) nem direitos humanos básicos (que devem ser prestados por organizações sociais);
- tornar responsáveis as agências e as organizações sociais por meio de controle de resultados contratados, da competição administrada pela excelência e pelo controle social, o que envolve grande transparência, em vez dos controles burocráticos clássicos (normas procedimentais, auditoria e revisão parlamentar);
- recrutar diferentemente o pessoal das agências e o das organizações sociais: enquanto as agências terão servidores públicos, as organizações sociais trabalharão com funcionários privados;
- reforçar o serviço público, que se limitará a desempenhar as atividades exclusivas de Estado e continuará a ser organizado em carreiras ou “corpos”;
- exigir dos servidores públicos não apenas competência técnica e comportamento ético, mas autonomia razoável de decisão, além de capacidade política;
- estabelecer um sistema de incentivos, envolvendo diferenciais de remuneração, avaliação transparente de desempenho e reais oportunidades de treinamento e progressão na carreira;
- adotar exaustivamente a informática e, em especial, a tecnologia da internet para auditoria, compras, pagamentos e todo tipo de registros oficiais (BRESSER, 2010, p. 266-267).

A transformação do Estado decorrente destes influxos resulta, por conseguinte, em mudanças no direito administrativo e, no que toca ao presente estudo, importa a da privatização, visto aqui em sentido amplo. Para Odete Medauar (2017, p. 104), esse sentido presta-se para

abarcando todas as medidas pelas quais ocorreu a redução do Estado na sociedade, com a transferência de várias atividades ao setor privado e com menor ascendência do Estado em diversos âmbitos da sociedade, como, por exemplo: venda de estatais, quebra de monopólios públicos, forte utilização das concessões e permissões de serviço público, aumento das parcerias público-privado, suavização das formas de intervenção estatal na economia, incentivo à auto-regulação, estímulo à maior atuação dos particulares na área social (grande desenvolvimento do chamado Terceiro Setor).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 5), o conceito amplo corresponde a todas as medidas implementadas com objetivo de diminuir o tamanho do Estado, tais como

redução gradual da intervenção do Estado no domínio econômico, por meio da desregulação e da desmonopolização das atividades econômicas; a diminuição das concessões de serviços públicos (inclusive por meio da devolução da qualidade de concessionária às empresas privadas e não mais às empresas estatais, como antes vinha ocorrendo) e, também, com a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (ao que se convencionou atrelar à desnacionalização ou desestatização); além da utilização dos *contract out*, como meio pelo qual a Administração Pública passa a celebrar “acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é uma última fórmula que entra o instituto da terceirização”.

Cumprido, portanto, verificar que a Constituição tem uma posição prevalente no ordenamento jurídico, pois ela inaugura a ordem jurídica posta num determinado momento histórico de um Estado. É dotada de supremacia em relação às demais normas do ordenamento, supremacia constitucional essa tributária do poder constituinte enquanto instituição jurídica.

Essas mudanças no Direito Administrativo encontram um ponto de conexão com a Constituição Econômica quando um dos entes da administração indireta, as empresas estatais, a um só tempo pertence a Administração Pública e se apresenta como uma forma direta de intervenção do Estado na economia, o que implica que o quadro jurídico posto para essas entidades deve considerar os aspectos constitucionais da ordem econômica.

Isso porque as normas que trazem referência ao direito administrativo, bem como ao direito econômico devem ser vistas dentro da integralidade do ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas e princípios aplicáveis a esses ramos do Direito devem ser vistas como integrantes de um todo, devendo ser estabelecidas entre si uma relação lógica, de forma a se permitir atender ao princípio da unidade, tão caro à ordem jurídica.

Tendo em vista as questões sobre as implicações e transformações ocorridas quando da sobreposição do pensamento neoliberal sobre os Estados de bem-estar social, o capítulo a seguir tratará dos principais elementos que dão suporte à forma jurídica das empresas estatais, bem como da teoria da empresa e da doutrina sobre sociedades anônimas, para então tratar da sociedade de economia mista, dentro das molduras previstas pela Lei nº 6.404/1976 conjugada com o novo marco legal das empresas estatais, Lei nº 13.303/2016.

2 ABUSO DO PODER DE CONTROLE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A figura do abuso de poder de controle do acionista estatal em uma sociedade de economia mista deve ser analisado à luz do princípio da juridicidade, de forma a se obter uma disciplina sobre o tema que permita verificar não só os aspectos restritos ao direito societário, mas também as normas constitucionais, uma vez que as sociedades de economia mista são entes integrantes da Administração Pública, são meios de intervenção direta do Estado no domínio econômico, conteúdo material amplamente disciplinado pela Constituição. Desse modo, as normas infraconstitucionais que disciplinam estes entes devem ter sua interpretação de acordo com o quadro posto pela Constituição.

Nessa esteira de avaliação, importa verificar que Constituição Federal de 1988 possui forte matiz principiológico que orienta a criação e formação de nossa república pelo poder constituinte originário e, em seu Título I, dispõe sobre princípios fundamentais a reger o ordenamento jurídico pátrio, de onde se destaca o art. 3º, que versa sobre os objetivos fundamentais de nossa República. As finalidades estatais servem como uma direção a serem observadas pelo legislador, destacando-se os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais (art. 3º, III).

A despeito da proposta de abordagem para os dispositivos constitucionais que tangenciam ou se referem à Constituição Econômica acima avaliado, sua disciplina constitucional indica a adoção por parte do Estado brasileiro de um modelo de ordem jurídica dirigente, em que o Estado possui, também, um papel transformador, na medida em que torna direito positivo os fins sociais e econômicos (MENDES, 2017, p. 24). Para alcançar tais objetivos, o Estado se vale tanto de regras e princípios informadores do ordenamento jurídico, quanto dos seus órgãos e pessoas jurídicas pertencente à Administração Pública.

Por sua vez, o Título VII, Capítulo I da Constituição Federal, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, dentre outros princípios, traz o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*) como um princípio que informa a atividade econômica, o que implica dizer que, como princípio, não exclui a intervenção direta do Estado no domínio econômico, considerando que, de forma subsidiária (mesmo enquanto diretriz político-administrativa), poderá atuar de forma supletiva e complementar à atuação dos particulares, quando os mecanismos próprios da iniciativa privada não puderem atender os objetivos a

serem perseguidos pelo Estado de forma satisfatória (MENDES, 2017 p. 26), ou quando a diretriz político-administrativa de uma determinada conjuntura político-social assim indicar.

2.1 As empresas estatais na ordem (econômica e jurídica) brasileira

Feitas essas considerações iniciais, verifica-se que a nossa Constituição franqueia formas do atuar estatal por meio da administração pública direta e indireta, ou seja, institui meios para atuar de forma concreta em seu domínio, por seus órgãos e por entes com personalidade jurídica distinta do ente federativo, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, figuras sistematizadas pelo segundo período de reforma da Administração Pública estruturadas pelo Decreto-Lei nº 200/67.

No que toca às empresas estatais, gênero do qual são espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista, verifica-se que, entre as formas possíveis de se veicular o interesse público da Administração Pública, a opção pela utilização de empresas estatais como técnica empresarial pelo próprio Estado para a consecução dos interesses públicos é uma decisão consciente de escolha de um meio para atingir um fim, entre as opções a ele disponíveis no ordenamento jurídico (SCHWIND, 2017, p. 56). Nesse sentido, o Estado assume que o modelo da empresa é a melhor forma para o exercício de determinada atividade econômica que possui uma finalidade pública. Deixa, assim, de escolher as outras opções que o ordenamento jurídico lhe proporciona (TONIN, 2018, p. 31).

O Estado se vale dessas empresas estatais, pessoas jurídicas híbridas por possuírem um regime jurídico híbrido e atípico, permeado pelos regimes de direito público e privado. Esse hibridismo perpassa todo o regime jurídico das estatais, estabelecendo um dualismo entre os interesses sociais e o interesse público primário que envolve a criação das empresas estatais. Não se tratam, portanto, de pessoas jurídicas de regime jurídico privado, com derrogações próprias do direito público (ARAGÃO, 2018, p. 169).

Para o entendimento da escolha estatal por estas figuras jurídicas, torna-se necessário valer-se da teoria da empresa tal como hoje positivado em nosso ordenamento jurídico para verificar possíveis razões para a eleição pelo Estado de tais figuras jurídicas, considerando a face do regime privatista das empresas estatais.

Neste sentido, torna-se importante perquirir o regime jurídico aplicável às empresas estatais sob a égide do objeto social destas entidades pertencentes à administração pública indireta, ou seja, no exercício de sua atividade-fim. Isso porque, em tais casos, é dispensada

a realização de procedimento licitatório (art. 28, parágrafo 3º, I da Lei nº 13.303/2016), o que implica dizer que eventuais atos praticados neste contexto não estão regidos por normas próprias do regime jurídico de direito público. Com tal abordagem, pretende-se demonstrar a forma pela qual as empresas estatais exercem a atividade empresária para perseguir o interesse social.

Assim, importa à análise a premissa de que o Estado se apropria do aparato dogmático próprio da construção de um estatuto jurídico do empresário para eleger a técnica empresarial como um meio de alcançar um interesse público específico e definido. Utiliza-se de sociedades empresárias cujo objeto social conduza a consecução de interesses públicos definidos em suas leis autorizativas, tal como hoje positivado no art. 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 13.303/2016, que impõe que tais leis autorizativas indiquem de forma clara o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que legitima a criação de tais entes integrantes da administração pública indireta.

Nesta seara, a teoria da empresa serve para expressar o regime jurídico destas sociedades no que toca à suas atividades-fim. Juntamente com a teoria da empresa enquanto atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, torna-se necessário verificar o regime jurídico aplicável no momento em que elas celebram negócios jurídicos, o que nos leva, também, a sondar aspectos próprios da autonomia privada. Tais questões serão enfrentadas a seguir, a se iniciar sobre os aspectos relevantes da teoria da empresa.

Na linha do tempo, Paula A. Forgioni (2009, p. 36) demonstra que a formação do conceito de empresa se desenvolveu do esforço para delimitar as fronteiras da chamada matéria do comércio, no sentido de delimitar o estatuto jurídico dos mercadores. Dessas fronteiras derivaram o estudo da empresa a partir dos atos de comércio, para se desenvolver a atividade de organização posteriormente.

Ainda sobre a construção de um arcabouço legislativo para trazer ao ambiente legal e doutrinário o estabelecimento de um estatuto jurídico para os comerciantes, Cássio Cavalli indica a existência do que denomina de *path dependence* na elaboração de uma autonomia do direito comercial, demonstrando a influência do passado no entendimento da empresa no direito comercial. Ele descreve que as investigações acerca da empresa resultam num percurso em que há uma etapa do direito comercial italiano medieval, caracterizado por uma teoria subjetiva, considerando que esse direito era aplicado aos sujeitos matriculados nas corporações de ofício; um fase de objetivação do direito comercial, com a teoria dos atos de comércio, cuja disciplina recaía sobre os atos reputados comerciais, chegando à fase

subjetiva moderna, em que se erige a teoria da empresa, onde a aplicação das normas de direito comercial se dá aos empresários (CAVALLI, 2013, p.55).

Na esteira dessa construção teórica acerca do direito comercial, a teoria da empresa surge da realidade dos fatos econômicos, partindo de um conceito econômico, que antecede a experiência jurídica, para plasmar uma teoria adequada a estabelecer um estatuto autônomo para os sujeitos que instrumentalizam o tráfego comercial de bens e serviços (CAVALLI, 2013, p.72). A esse respeito, a teoria de Cesare Vivante foi uma das pioneiras sobre o fenômeno da empresa como um organismo econômico que presta o papel de combinar os fatores de produção de forma organizada, assumindo o risco do negócio, o que aproximou o conceito econômico de empresa de um conceito jurídico (CASTRO, 2011, p. 282).

No Brasil, a partir de meados de 1950, a preocupação sobre a noção de intermediação, própria da atividade mercantil da qual resultou a teoria dos atos de comércio, passou paulatinamente a se inclinar para a noção de empresa, devido ao interesse doutrinário na atividade de organização dos fatores de produção. A empresa passa a ser vista como forma de organização típica da moderna economia⁵.

Ao tratar da figura do empresário, o art. 966 do Código Civil 2002 incorporou em nosso ordenamento teoria da empresa. À luz do dispositivo, a empresa passa a ser conceituada como “atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços”. Sendo assim, o Código Civil passa também a positivizar a estrutura de organização dos fatores de produção ao trazer a distinção do estatuto jurídico do empresário no Livro II do Código Civil. A figura do empresário, introduzida em nosso ordenamento jurídico, acaba por se inspirar no perfil funcional de empresa desenvolvido Alberto Asquini, partindo do conceito de empresa como um fenômeno econômico poliédrico.

Este autor demonstra que o fenômeno da produção se desenvolve no tempo. Este aspecto do desenvolvimento da empresa no tempo acaba por fazer com que o empresário assumira riscos inerentes à atividade econômica, na medida em que, conjugando os fatores de produção, ele incorre em riscos decorrentes do manejo destes fatores que redundam em obrigações a serem satisfeitas. Essas obrigações (custos) devem ser cobertos pelos resultados obtidos pelo exercício da empresa, de modo a se tornar necessária a organização

⁵ Importa que se aponte que a noção de empresa foi concebida no contexto fascista, por meio do *Codice Civile* italiano de 1942, foi concebida a noção de empresa, no intuito de prover ao Estado instrumentos de intervenção na antes atividades dos comerciantes. (FORGIONI, 2009, p. 57-58).

desses fatores para se obter previsões adequadas para mitigação deste risco, bem como obter-se lucratividade no exercício da empresa (ASQUINI, 1996, p. 110).

Ainda quanto ao conceito jurídico de empresa decorrente do conceito de empresário previsto no art. 966 do Código Civil, destaca-se o profissionalismo, a atividade econômica e a organização.

A questão do profissionalismo decorre da imposição de que o exercício da atividade econômica se dê de forma habitual, de modo que a prática de atividade econômica de forma esporádica descaracteriza o conceito de empresa (CASTRO, 2002, p. 176).

O termo “econômica”, que segue adiante do termo atividade, implica que a atividade gere lucro à pessoa que a explorar. O lucro, por sua vez, pode ser o fim e o meio para alcançar outras finalidades (CASTRO, 2002, p. 178). Essa possibilidade de geração de lucro como meio para o alcance de outras finalidades demonstra que a utilização do modelo de sociedade empresária pelo Estado pode ser utilizado para atingir interesses públicos por meio de atividade lucrativas, por meio de um veículo qualificado como sociedade que se destina a auferir lucros para distribuir entre os sócios.

O termo “organizada” denota que a empresa é exercida por meio da organização dos fatores de produção (CASTRO, 2002, p. 178), que visa mitigar os riscos decorrentes do exercício da empresa.

No que toca ao regime jurídico das empresas estatais no exercício da atividade-fim constantes de seu objeto social, faz-se importante a dissecação do conceito de “atividade”, pois desse recorte será possível entender, pela atomização do termo, a maneira como se desdobra a prática dos negócios jurídicos celebrados sob a égide deste regime.

Nesse intento, pode-se encontrar no estudo de Tullio Ascarelli (1998, p. 183) sobre o empresário a dissecação necessária, quando demonstra que a atividade não significa ato, mas sim atos coordenados dirigidos à uma finalidade. Por sua vez, tais atos devem ser vistos como negócios no sentido vulgar da palavra, e não pelo filtro do termo jurídico atos e negócios jurídicos. Contudo, esses atos (negócios) são constituídos por um ou mais negócios jurídicos que instrumentalizam juridicamente esses atos coordenados.

Diz-se negócio jurídico, considerando que esses atos (negócios) são concebidos não como atos administrativos ou contratos administrativos, em virtude (art. 28, parágrafo 3º., I da Lei nº. 13.303/2016), mas sim como atos com predicativos privados, onde se perquirem para sua validade a presença dos requisitos: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, na forma do art. 104 do Código Civil.

Nesse aspecto, o exercício da empresa denota o afastamento dessas sociedades da noção de Administração Pública em sentido objetivo. Desse modo, não se exerce função administrativa em sentido estrito, mas sim atividade econômica que mediatamente se presta a atender interesses públicos.

Infere-se, portanto, que o exercício da empresa por estas empresas estatais nos induz à prática de negócios jurídicos que, coordenados com uma finalidade comum, satisfazem o conteúdo do termo atividade.

Em se tratando de negócio jurídico, não há que se perquirir de elementos de atos administrativos, notadamente, para os fins do presente estudo, do motivo e objeto, o primeiro como um pressuposto de fato ou de direito que determine a prática de um ato ou autorize sua prática; o segundo como o conteúdo da manifestação de vontade. Não se está, pois, sob a égide da legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da CF/88, mas sob o manto da legalidade prevista no art. 5º, II da CF/88 que concede ampla liberdade para prática de atos jurídicos em sentido amplo, a despeito da necessária observância dos princípios informadores da administração pública.

Tratando-se de legalidade própria dos particulares, e não legalidade administrativa, conduz-se à assertiva de que tais negócios jurídicos celebrados no âmbito da atividade-fim dessas sociedades empresárias representam atos emanados no exercício da autonomia privada própria dos atos praticados sob o regime de direito privado.

Pela autonomia privada essas sociedades veem reconhecida a possibilidade de disciplinar suas relações para atingir seus próprios interesses, quando elas podem exercer suas atividades nos seguintes planos:

libertad de disponer o no (contratar o no), de escoger la contraparte o el destinatário de la disposición, escoger la *figura iuris*, obrar personalmente o valiéndose de un intermediario, escoger el médio (forma) de expresión, y por último, determinar el contenido de la disposición (HINERESTROSA, 2013, p. 9).

A escolha de uma forma jurídica com aptidão para exercer atos sob a égide da autonomia privada (sociedades empresárias) reflete a intenção do Estado em se valer de instrumentos que oportunizem a essas sociedades exercerem suas atividades econômicas albergadas pelas características próprias do instituto: estar em consonância com suas iniciativas particulares, estimuladas pela autonomia privada, e terem instrumentos adequados ao tráfego jurídico, por meio de intercâmbio de bens e serviços, sem determinações soberanas (HINERESTROSA, 2013, p. 14), o que se dá em oposição ao regime que estaria por formas jurídicas sujeitas ao princípio da legalidade administrativa.

A percepção do Estado pela adequação de se valer de sociedades titulares de empresa se pauta pelos efeitos próprios da intervenção do Estado no domínio econômico, porém o regime jurídico decorrente do exercício da empresa, que exterioriza sua atividade por meio de negócios jurídicos no âmbito da autonomia privada desses entes, atribui a essas sociedades, por um lado, um dinamismo necessário para o exercício de atividade econômica; e, por outro, dota tais pessoas jurídicas de uma liberdade de ação que potencializam a consecução dos interesses públicos a serem atendidos pelo desenvolvimento do próprio objeto social. Esses predicados mostram-se especialmente úteis para empresas estatais que atuam em mercados competitivos, onde a prática de preços maiores que os de mercado se mostra contraproducente, na medida em que poderia resultar no afastamento da clientela, a limitar a capacidade competitiva da sociedade empresária no mercado em que se insere (JUSTEN FILHO, 2016, p. 301).

Sendo as empresas estatais veículos manejados pelo Estado para atingir o interesse público, a finalidade da constituição dessas sociedades pelo Estado, acaba encerrando uma tensão entre esse interesse o interesse social.

Para oportunizar a avaliação das (dis)tensões entre esses dois interesses, inicialmente cumpre avaliar o interesse público no âmbito dessas empresas, para, em outro tópico, avaliar o interesse social pela lente do direito societário e buscar a dinâmica desses dois interesses no âmbito das assembleias gerais de acionistas nas sociedades de economia mista.

Contudo, cabe apontar que a visão de que o interesse dos acionistas minoritários de uma sociedade de economia mista esteja de todo desassistido merece, no mínimo, ponderação. Afinal, é imanente à atividade empresarial o risco, o que significa que sempre será possível a oscilação de lucro que resultar do exercício desta atividade (isso, inclusive, se houver lucro).

Aliás, essa ponderação deve ser feita porque a poupança alocada nessas sociedades está sujeita a um núcleo de proteção que não permite a destruição completa do valor alocado no capital social destas empresas, considerando que elas não estão sujeitas à falência e consequente extinção da sociedade dela decorrente⁶.

⁶Desse modo, os acionistas minoritários de uma sociedade de economia mista não estarão na condição dos acionistas da OGX, muito menos dos efeitos por eles experimentados, como os verificados na seguinte manchete jornalística: “Patrimônio dos acionistas da OGX deve ‘virar pó’, segundo analistas”⁶, porque o acionista estatal terá responsabilidade perante os credores dessas sociedades em caso de insuficiência patrimonial para fazer frente às obrigações dessas empresas, sendo as empresas estatais não sujeitas à falência e recuperação judicial na forma do art. 2º, I da Lei n.º 11.101/2005. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/patrimonio-dos-acionistas-da-ogx-deve- virar-po-segundo-analistas.html>

Nesse sentido, os credores, trabalhadores e outros *stakeholders* tem um núcleo mínimo de proteção aos seus interesses, enquanto os acionistas, na qualidade de investidores, realizam um verdadeiro *trade off* com a assunção de um risco político na condução da atividade empresarial (com intensidade sazonal em médio, longo prazo, se consideramos o resultado) e, em troca, o risco soberano em favor da sua poupança alocada nessas empresas, cuja decisão de alocação é livre, de acordo com a percepção do investidor e a finalidade de seu investimento.

Nesse ponto, verifica-se que o quadro normativo posto pela Lei n.º. 13.303/2016 trouxe mitigações ao risco político acima mencionado, quando previu requisitos (art. 17, *caput*, e incisos I, II e III) e vedações para a investidura dos administradores das empresas estatais (§2º. do art. 17) que buscaram estabelecer um padrão mínimo de qualidade e blindagem política dessas empresas.

Trouxe também uma inovação legal no sentido de buscar mitigar, mais uma vez, o risco político com a previsão de conselheiros independentes, uma estratégia legal reconhecida internacionalmente como mitigadora de problemas de agência, no âmbito de sociedades anônimas (*trusteeship strategy*)⁷. Tal estratégia tem o objetivo de estabelecer um mecanismo de mitigação desse problema *ex ante*, de modo a evitar os efeitos negativos que poderiam resultar dos conselheiros de administração indicados pelo acionista controlador estatal que poderiam agir com um comportamento voltado a atender interesses políticos e até mesmo o interesse público em detrimento do interesse social.

Nesse contexto, soa importante a tentativa de entender a distinção entre interesse privado e público na fundação do pensamento liberal.

Gerhart Niemeyer expõe que se identifica em Locke a razão da sociedade civil, que se estabelece para atender a utilidade privada, sendo a ordem política uma forma de satisfazer o apetite aquisitivo dos homens sem a qual essa satisfação não seria possível em uma situação de anarquia. À vista disso, Locke se põe de ante ao problema de como se conceber um acordo político que permita o atendimento desse apetite e a resposta seria

⁷ Os problemas de agência possuem um método legal (*legal strategy*) para sua mitigação, segundo a doutrina estrangeira, que poderia ser divididos em *regulatories strategies* e *governance strategies*. O primeiro por meio de controle externo com vistas a constranger o agente para adotar comportamento que não agrave os efeitos do problema de agência, por agência reguladora ou pelo poder judiciário. O segundo, por meio de previsão normativa sobre aspectos do funcionamento dos órgão sociais da companhia. O *trusteeship strategie* é um método que busca reduzir o conflito de interesses do agente com relação ao principal, de modo a tentar obter que o agente aja livre de conflito no exercício de seus deveres fiduciários, como é o caso dos conselheiros independentes. (ARMOUR, HANSMANN& KRAAGMAN, 2009-A)

obter-se uma ordem segura para que haja previsibilidade, para que se tenha ciência das regras do jogo, uma legalidade calculável (NIEMEYER, 1967, p. 17-19).

Adam Smith acresceu à tal ideia a teoria da “mão invisível” e sua capacidade auto-reguladora dos apetites e suas satisfações. Para Adam Smith, o governo encontrava limite na ordem natural da sociedade, cuja liberdade, enquanto pilar, garantia essa ordem, pela auto-regulação e autocompensão desses apetites aquisitivos. A parte racional da alma humana (*logos*, ou *nous*) era destinada ao campo da Mão Invisível, libertando o homem do interesse público, restando ao campo público apenas a força desprovida de substância intelectual. Contudo, se a interação entre os sujeitos livres acaba por produzir resultados inconvenientes à satisfação dos interesses, a delimitação do campo público poderia se colocar excepcionalmente em posição hierárquica superior para permitir que a ordem natural econômica pudesse ser assegurada (NIEMEYER, 1967, 19-20). Essa ordem de coisas levou Gehart Niemeyer concluir que o interesse privado seria confundido com a satisfação do consumidor e a eficiência do sistema econômico confundido com o interesse público (NIEYEMEYER, 1967, 13).

Para Emerson Gabardo (2019, p 97), a perspectiva contemporânea do interesse público se erige de forma simultânea ao Estado Social, com base no sistema constitucional em que se deve obter um equilíbrio entre os direitos subjetivos dos indivíduos e o mandato interventor do Estado, de sorte que sua função é atribuir poderes aos agentes públicos (ou ao poder público) para a prática de atos com objetivos a se satisfazer bens coletivos em predominância sobre os interesses particulares. Como conceito jurídico indeterminado, possui um conteúdo variável de acordo com o tempo histórico e os valores sociais comungados por uma sociedade, bem como plasmado na ordem jurídica, de sorte que sua interpretação considerará esses fatores (GABARDO & REZENDE, 2017, p. 278).

Delimitando o conceito, Daniel Wunder Hachem (2011, p. 68-69) refere-se a dois sentidos para a expressão: um sentido amplo e um sentido estrito.

Em sentido amplo, o interesse público se identifica com todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico e sujeito à proteção pelo Estado, direta ou indiretamente, e se configura como uma barreira de abstenção dirigida ao Estado e ao particular. Esse sentido ao interesse público não se restringe ao direito administrativo, mas a todos os ramos do direito, em normas que veiculam valores sociais, a exemplo da obrigatoriedade observância da boa-fé objetiva nas relações contratuais, prevista no art. 422 do Código Civil.

O interesse público em sentido estrito, por sua vez, verifica-se quando a norma jurídica faz um recorte deste interesse público em sentido amplo e atribui competência a um

determinado órgão para a prática de atos, mediante prerrogativas que deem prevalência desses interesses em face de outros, sejam individuais ou coletivos (HACHEM, 2011, p. 87)

A doutrina administrativista brasileira construída pós-88 a partir da perspectiva do Estado de bem-estar que tinha como problema buscar o equilíbrio entre a intervenção do Estado e os interesses particulares passa a enfrentar mudanças devidas aos influxos da ideologia neoliberal que leva à sobreposição do direito privado ao direito público, numa redução do Estado e seus fins (GABARDO & REZENDE, 2017, p. 104), pois, nas palavras de Eros Roberto Grau, “o capitalismo é essencialmente conformado pela microrracionalidade da empresa, não pela macrorracionalidade reclamada pela sociedade” (GRAU, 2003, p. 39).

Essa microrracionalidade e a redução da complexidade das relações sociais acaba por conduzir a conseqüente redução da capacidade estatal de mediação dos conflitos que se colocam pelas distorções resultantes do sistema capitalista, em detrimento dele, uma perigosa autofagia fulcrada numa na construção de um edifício doutrinário sobre a liberdade, cuja origem se coloca nas Revoluções Liberais que enfrentou problemas distintos dos atuais: lá o que se tinha era a mudança da ordem monárquica para a ordem burguesa, cuja ordem se estabeleceu; hoje o problema gira em torno dos limites da liberdade, cuja concepção desenfreada pode levar à redução da liberdade material e, por conseqüência, violar o núcleo duro da dignidade humana no qual se assenta nossa ordem jurídica.

Não se está a falar aqui em liberdades umbilicalmente relacionadas à pessoa humana e suas formas existenciais, mas sim de seu reflexo na liberdade econômica, que podem levar a própria implosão do sistema democrático se se permitir que subsista de forma absoluta, se esvaziada a capacidade estatal de mediação dos conflitos ou amenização das distorções que a liberdade venha a produzir, em favor de benefícios particulares imediatos e em desconformidade com a ordem jurídica e os fins do Estado.

Nessa linha de princípio, é que a Constituição prevê, na forma do art. 173, caput, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, de modo que os “imperativos da segurança nacional” e o “relevante interesse coletivo” representam a cláusula geral de intervenção direta na economia para satisfação de interesses públicos, que poderão ser satisfeitos por meio dos veículos empresariais estatais, as empresas estatais, cuja existência se faz mediante autorização por lei específica, na forma do inciso XIX do art. 37 da Constituição, sendo o

grau da realização dessa intervenção e a utilização deste meio se dá pela diretriz político-administrativa da ocasião, cujo juízo é próprio do sistema político, nos limites da ordem jurídica.

A ordem jurídica, então, atribui o interesse público como fundamento de validade da lei autorizativa da existência da empresa estatal, sendo essa lei a delimitação da circunscrição da atuação da empresa estatal, de modo a haver uma relação entre a Constituição e sua cláusula geral, a lei autorizativa e o objeto social da empresa.

Mario Engler Pinto Junior (2013, p. 280) descreve esta relação entre objeto social e o interesse público nos seguintes termos:

A execução de políticas públicas ou o exercício da função regulatória, relativos à área de atuação da empresa estatal, estão naturalmente compreendidos no objeto, que deve ter contornos perfeitamente delimitados, razão pela qual não precisam estar expressamente previstos no estatuto social. Isso equivale a dizer que o interesse público inerente à empresa estatal não decorre unicamente da atividade que compõe o objeto social, mas também do modo como é ela exercida. Daí por que é sempre possível vislumbrar a existência de um interesse público específico, característico de cada empresa estatal e vinculado aos motivos históricos que justificaram a sua criação, ao lado de um interesse coletivo mais amplo, que possui flexibilidade para se adaptar às novas contingências do mercado e está impregnado na genética pública da companhia. O interesse público específico é reconhecido e protegido pelo art. 238 da Lei no. 6.404/76, enquanto o interesse coletivo possui amparo em princípios constitucionais que informam a ordem econômica e autorizam a intervenção direta do Estado, ou se encontra refletido na natureza pública do serviço prestado.⁸

Ao observar a figura jurídica das empresas estatais deve-se considerar todo o arcabouço da ordem jurídica, do seu fundamento de validade aos princípios da ordem econômica, como também os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º. da CF/88) e seus objetivos (art. 3º. da CF/88), de forma a permitir que a plasticidade desses princípios e regras delimitados pela possibilidade semântica própria de seus termos, permita liberdade ao sistema político para adotar as decisões tidas como aptas à satisfação do interesse público e os problemas sociais que se coloquem em determinado momento, com os influxos das ideias decorrentes do pluralismo político (art. 1º., V da CF/88), não cabendo ao sistema jurídico impor o juízo sobre a validade dessas escolhas sob a lente do conceito ou pré-conceito sobre sua aptidão para essa satisfação (GRAU, 2003, 72-74).

Tal abordagem é importante ao entendimento da figura do abuso de poder de controle do acionista estatal nas sociedades de economia mista, que considera o reconhecimento legal da figura do acionista controlador na Lei de Sociedades Anônimas (art. 116 Lei nº

6.404/76) e sua relação com o exercício abusivo desse poder (§1º. do art. 117 e art. 115 da Lei nº 6.404/76).

Para tanto, feita as considerações sobre a relação do interesse público no âmbito das empresas estatais, deve-se analisar o interesse social no direito societário, para se avaliar a relação entre eles, considerando nessa análise a previsão contida no art. 238 da Lei nº 6.404/76, que permite o acionista controlador estatal “orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

2.2 Interesse social à luz do direito societário

A avaliação do objeto do presente item passa pela análise do potencial conflito entre o interesse do acionista minoritário e o acionista estatal. Perquire-se, neste ponto, os aspectos relacionados ao interesse social na perspectiva do direito societário, antes de inter-relacionar os interesses em questão.

Antes, contudo, importa delinear o conceito de interesse de forma abstrata, que se estabelece no contexto da relação jurídica, como “vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos” (AMARAL, 2006, p. 159). Dá-se, portanto, numa situação entre pessoas (elemento subjetivo) em relação a bens ou interesses jurídicos (elemento objetivo) (AMARAL, 2006, p. 171), relações essas de caráter econômico, e por isso enfeixam interesses. A relação jurídica é representada como uma relação triangular, na qual o sistema jurídico reconhece um vínculo entre as pessoas, mas também um vínculo entre elas e o elemento objetivo da relação jurídica. É da relação entre as pessoas no âmbito do vínculo que se estabelece entre elas que se verifica o conflito de interesses (FRANÇA, 1993, p. 14).

Isso porque os interesses podem se dar numa relação de indiferença, quando não há interferência na satisfação da necessidade de um indivíduo ou grupo de indivíduos com relação à necessidade do outro; ou de relevância, quando há. Na segunda hipótese, pode se dar uma relação de solidariedade (instrumentalidade) ou de conflito (incompatibilidade) (FRANÇA, 1993, p. 17).

Para o estudo do interesse social, verifica-se a relação de solidariedade entre os interesses intersubjetivos, quando a necessidade de um indivíduo se satisfaz mediante a satisfação da necessidade do outro, o que induz à colaboração entre os indivíduos para a

satisfação da necessidade comum. Nesses casos, o que se observa são interesses comuns ou coletivos, diferente dos interesses individuais ou singulares. Os interesses coletivos tem importância não só sob o aspecto de sua formação, mas também porque induz a uma organização, segundo a complexidade do interesse do grupo. Inclusive, é o que se verifica na formação dos órgãos sociais, que estabelecem uma organização para a satisfação de interesses postos no curso de uma sociedade (FRANÇA, 1993, p. 18), ou, especificamente na relação de interesses no órgão assembleia geral de acionistas, uma organização estabelecida para se obter uma harmonização ou disciplina dos interesses dos acionistas, cujos interesses podem se ver em conflito.

Importante abordar, ainda, a concepção de interesse social (ou especificamente sociedade anônima), que deriva da subdivisão apontada por Calixto Salomão Filho (2002, p. 26) da concepção de sociedade concebida enquanto contrato e a concebida enquanto instituição, da qual resulta as concepções de interesse social.

Marcelo Lamy Rego (2017, p. 296) sintetiza esse debate:

Várias correntes arriscaram-se nesse [definição de interesse social] empreitada nos últimos séculos. Apesar das várias divergências e ramificações internas, as correntes doutrinárias podem ser classificadas em dois grandes grupos: teorias institucionalistas, que conferem caráter institucional à sociedade anônima (como entidade autônoma) e consideram que ao interesse social devem ser conjugados os diversos interesses que gravitam em torno da instituição, criando um interesse destacado e independente; e as teorias contratualistas, que entendem que o interesse social resume-se ao interesse coletivo dos sócios.

Para o Calixto Salomão Filho, a concepção contratualista não exclusiva manifestou-se de forma prevalente por um longo período até obter uma aceitação majoritária de uma visão exclusivamente contratual, a partir dos anos 1960 (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 26).

Por uma das visões contratualistas, o interesse social se põe em consonância com o interesse dos sócios, ele é depurado de interesses externos. Nesse sentido, ele não se coloca de modo abstrato, mas sim concreto; e o conflito de interesses se coloca na perspectiva do interesse do sócio. O contrato social deve ser visto como em execução permanente e o interesse social é o interesse dos sócios reduzido neste instrumento (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 27).

Por outro turno, esta mesma concepção comporta um interesse social abstrato e típico, reduzindo o interesse social à maximização do lucro. Tal concepção abstrata se daria pela preocupação de alguns autores com o controle judicial dos atos societários cuja definição concreta poderia acarretar a sindicabilidade da avaliação do interesse social pelo Poder Judiciário, pela aferição da vontade reduzida em contrato (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 28).

Essa visão clássica do contratualismo cedeu à realidade do direito societário e da existência do mercado de capitais, haja vista que ela não poderia se resumir ao interesse dos sócios atuais (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 29). Assim, a doutrina contratualista passou a ver o interesse social como o interesse em obter *shareholder value*, o interesse passa a ser a maximização do valor da ação para o sócio. Essa doutrina, seria a dominante na prática e doutrina societária estadunidense (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 30).

De viés diferente, erigiu-se a concepção institucionalista de origem alemã, que remonta a doutrina do *Unternehmen na sich* (empresa em si) de Walter Ratheneau no pós-guerra da I Guerra Mundial, num contexto em que a Alemanha vivenciava uma grave crise econômica. Por essa concepção, as grandes sociedades eram vistas como instrumento para a reconstrução do país. Ela foi concebida a partir da teoria econômica e seu conceito não encontrava um excessivo desenvolvimento teórico. Ratheneau pretendeu dar contornos jurídicos à função econômica dessa figura jurídica, sendo a macroempresa um veículo para atingir o interesse público, e não meramente privado. Essa era a concepção do institucionalismo publicista (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 32). A recepção legislativa desta teoria deu-se por meio da *Aktiengesetz* de 1937.

Essa teoria foi fruto da idealização de um empresário, filósofo e homem de Estado, pois Ratheneau não era um jurista. Ele apontava a necessidade do que denominava “substituição de conteúdo”, pois o modelo legal das sociedades anônimas regulava um fenômeno diverso para o qual fora idealizado, no início da industrialização dos países⁹.

Ratheneau considera o problema da necessidade do desenvolvimento da economia alemã e erige as sociedades anônimas, principalmente as de capital aberto, como a forma jurídica mais adequada para a solução, em virtude de sua capacidade de captação de recursos privados, sendo a forma mais adequada à economia moderna que exige rápido crescimento

⁹ O florescimento do capitalismo mercantilista se confunde a ascensão das sociedades anônimas. Essas sociedades erigiram os grandes impérios europeus e o domínio da civilização ocidental, ao menos até nossos tempos. Após a negativa do rei de Portugal, em 1484, de financiar Cristóvão Colombo e uma frota de navios com objetivo de navegar rumo a oeste em busca de uma rota para Ásia, seu apelo obteve êxito com a rainha Isabel da recém-unificada Espanha, que concordou em financiar a expedição que permitiu aos espanhóis conquistarem a América e obter proveitos de minas de ouro e prata, plantações de açúcar e tabaco, levando a enriquecer reis, banqueiros e comerciantes. Essa experiência levou a sucessores conceder mais créditos a estas conquistas ultramarinas (HARARI, 2020, p. 425).

Importante exemplo é o crescimento do império britânico, que, segundo Yuval Noah Harari teve sua ascendência em razão de empresas de capital aberto com ações negociadas na bolsa de Londres, sendo as primeiras colônias da América do Norte do início do século XVII fundadas por sociedades anônimas como a Companhia de Londres, Companhia de Plymouth, a Companhia Dorchester e a Companhia Massachusetts (HARARI, 2020, p. 435).

O mesmo se deu com o subcontinente indiano, que não foi conquistado pelo império britânico, mas sim pelo exército mercenário da Companhia das Índias Orientais, empresa que governou o império indiano em torno de um século, com uma força militar de até 350 mil soldados, superior às forças armadas britânicas. Apenas em 1858 a Coroa britânica nacionalizou a Índia e o exército privado dessa empresa (HARARI, 2020, p. 435).

e investimentos contínuos, o que não poderia ser alcançado pelas empresas familiares de então¹⁰, que inspirou a edição da legislação que o autor entendia não atender mais à realidade social.

Nesse sentido a crítica a concepção legal dessas sociedades da época, pois Ratheneau entendia que se deveria aplicar a essas leis o conceito da substituição de conteúdo, uma vez que as essas organizações humanas, que se davam por meio da figura legal “sociedade”, mantinham algumas características originais de sua concepção, porém esta mudança que se deu das empresas familiares às sociedades anônimas como fenômeno social mudava sua razão de ser, seus objetivos originalmente propostos, e os juristas e legisladores não teriam alcançado essa mudança¹¹, segundo Ratheneau. Com sua visão publicista, o autor propunha que a sociedade anônima tivesse uma regulação legal similar a estrutura constitucional do Estado¹².

Nesse contexto, ele observava a alteração da relação entre os acionistas e a condução dessas sociedades, na medida em que se estabelecia um distanciamento entre eles e a administração da sociedade, em virtude da pulverização das participações acionárias. Assim, essas sociedades passavam a ter interesses autônomos com relação aos dos acionistas. Nesta linha de princípio, Alexandre de Albuquerque Sá expõem a concepção publicista de Ratheneau:

A grande sociedade não deveria ser vista como um organismo econômico egoísta, voltado para si, mas como um elemento ligado à economia do país, devendo confluir os interesses dos sócios, da sociedade e do Estado, além de exercer influência nos setores próximos a fim de resguardar suas fontes de insumos.

Essa conclusão se dá em razão da crítica do autor alemão à doutrina e jurisprudência de seu tempo, cuja atenção se voltava ao conflito entre o acionista controlador e os acionistas minoritários, quando, para ele, o conflito se dava entre duas categorias de acionistas: os que buscavam obter rendimento pelo capital investido, cuja decisão de investimento se dava pela análise das condições financeiras e estruturais do negócio; e os que buscavam obter ganho de capital, cujo interesse era o aumento do valor das ações, independente das condições da empresa¹³.

¹⁰ SÁ, Alexandre de Albuquerque. **Sociedade institucional no direito brasileiro?** Direito empresarial, tributário e financeiro [Recurso electrónico] / Antônio Carlos Diniz Murta... [et al.] (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, p. 110.

¹¹ SÁ. op. cit., p. 110.

¹² FRANÇA. op. cit., p. 23.

¹³ SÁ. op. cit., p. 111.

Essa teoria ganhou novos matizes entre a lei acionária de 1937 e a de 1965, com o surgimento de leis que regulamentaram a participação operária dos órgãos diretivos dessas empresas¹⁴. A maturação de tais leis teve influência das potências ocupantes, que pretendiam promover a descartelização e enfraquecimento dos centros de poder da indústria daquele país, e pelos sindicatos que tinham a intenção de conduzir a legislação aos contornos mais institucionalistas, cujo fracasso em sua introdução era visto àquela época como uma relevante razão para o advento do regime nacionalista-socialista. O GmbH - *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* reconheceu que o *Unternehmensinteresse* não se limitava ao interesse dos sócios, mas de uma harmonização entre os interesses das classes de sócios e dos trabalhadores, que conduzia no interesse à preservação da empresa (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 43).

Essa nova concepção parte do princípio que os interesses não são necessariamente contrapostos, pois ela pressupõe que à empresa cabe atender os interesses das pessoas afetadas por sua atividade. Com isso, não seria o exclusivo atendimento do interesse nacional, como institucionalismo concebido por Ratheneau, tampouco o interesse expressado na maximização de lucro ou forma de atender apenas o interesse do acionista enquanto titular da situação de sócio, como o valor das ações ou maximização de lucros, mas sim uma convivência dos interesses, se eles fossem organizados de forma adequada (JÚNIOR, 2020, p. 85)

Essa nova concepção, a qual Calixto Salomão Filho denomina institucionalismo integracionista, leva à uma nova dialética interna entre o conflito do interesse dos sócios e a concepção publicista, ela considera a existência do conflito de interesses, mas pressupõe a colaboração para se perseguir interesses específicos, não limitadas a maximização de lucro da empresa. A coordenação dos interesses no âmbito da organização se dá com a finalidade de proporcionar a preservação da empresa, sendo esse o interesse social para o institucionalismo integracionista ou organizativo (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 35).

Calixto Salomão Filho, contudo, propõe que a discussão relativa à definição de interesse social se resolva pela teoria do contrato organização, que traz em consideração a

¹⁴ Entre nós, importa verificar que a Lei nº 10.303/2001 alterou a Lei nº 6.404/76 para permitir que o estatuto das sociedades anônimas previassem que a composição do conselho de administração dessas sociedades passassem a ter membro eleito representante dos empregados eleito por voto direto dos empregados (art. 140, parágrafo único da Lei nº 6.404/1976, que com a alteração promovida pela Lei nº 14.195/2021 passou a estar previsto no § 1º. do art, 140 da Lei nº 6.404/1976). No que toca às empresas estatais federais, a Lei nº 12.353/2010 tornou a representação dos empregados no conselho de administração obrigatória nas empresas com mais de 200 empregados.

distinção entre contratos associativos e os contratos de permuta (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 42).

Esta distinção tem como base a doutrina de Paolo Ferro-Luzzi que considera uma análise antropológica, quando adiciona à construção desta distinção entre as figuras contratuais a disposição do ser humano a ideia de permitir que os indivíduos se agreguem de forma coordenada para atingir ou realizar determinadas empreitadas. Nesse aspecto, o contrato associativo deriva de momentos coletivos próprios de experiência sociais e jurídicas (CATAPANI, p. 91-91).

O fenômeno associativo encontraria restrição na concepção tradicional dos contratos, que Paolo Ferro-Luzzi denomina contratos de escambo, em que se evidencia a constituição de direitos subjetivos de caráter individual, restrição que se coloca na noção de *fattispecie*, cuja solução, para o autor, seria analisar o fenômeno numa perspectiva objetiva, com vistas a se perquirir o fenômeno da atividade, ou seja, o aspecto econômico, de modo que disso resultaria o que denomina contrato associativo.

Essa mudança de perspectiva seria própria das organizações, em que há uma absorção da perspectiva do indivíduo, mitigando a projeção do direito subjetivo individual em face da organização. Assim, os contratos de escambo teriam como cerne a imputação e a criação de direitos subjetivos, enquanto os associativos teriam como objetivo a criação, modificação e extinção de organizações, um conjunto de bens e pessoas organizados para uma finalidade, evidenciando o caráter funcional do contrato, em paralelo ao perfil funcional de empresa (CATAPANI, p. 91-92). Desse modo, o contrato se projeta sobre a atividade, e não sobre os sujeitos, com vista a disciplinar a coordenação da atividade e da influência recíproca entre os atos no curso da atividade (CATAPANI, p. 95).

Sob esta perspectiva, os órgãos sociais e a técnica assemblear seriam uma forma de se obter uma vontade unitária, a despeito das manifestações individuais, separando a manifestação dos indivíduos da manifestação de um organismo fruto da dinâmica da disciplina do órgão integrante da organização. Ganha relevo, então, o princípio majoritário, a colegialidade. (CATAPANI, 97-98).

O contrato organização que deriva desta perspectiva, o valor é a organização, e não o interesse de individual ou o conjunto de interesses particulares de um determinado grupo de indivíduos, ou mesmo a autopreservação (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 43).

Para Calixto Salomão Filho, “o interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esses feixes de

contratos e relações jurídicas”, não vinculado diretamente à maximização dos lucros ou a preservação da empresa.

A despeito do debate doutrinário no Direito brasileiro, importa ao tema citar o entendimento de Hansmann e Kraakman (2000, p. 239-468) que apontam para sua perspectiva de que a tendência dos países de economias desenvolvidas seria a de uniformizar a legislação societária para o que denominam *stakeholder-oriented model*, que reconhece a primazia do interesse dos demais acionistas sobre o interesse dos não acionistas. Para eles, essa perspectiva da lei societária seria a forma mais eficaz de proteger os não acionistas na dinâmica societária das corporações, de modo que os interesses dos empregados, consumidores, e o público, a exemplo do interesse à preservação do meio ambiente deveriam ter um tratamento legal distinto da lei societária, em outros diplomas ou estatutos. Entre outras forças, a da competição entre as empresas globalmente consideradas, estaria levando a esta convergência acelerada das leis societárias no século XXI, o que os leva a concluir que estaríamos chegando ao fim da história do direito societário.

De todo modo, a dinâmica social permite a afirmação do fim da história do direito societário apenas como força de expressão, porque o transcorrer da história e as pressões que se colocam diante das mudanças ideológicas ou as distorções que venham a ocorrer em virtude do modelo pode vir a impor reajustes no rumo do tema, de modo a atender aos anseios da sociedade. Os tempos atuais são de muita fricção entre os atores sociais e políticos, de sorte que esses rumos podem vir a ser outros a depender da resultante dessa fricção que hoje se mostra ainda incerta. Ainda é cedo para falar do fim da história da lei societária.

Dada essas concepções, verifica-se que a Lei nº 6.404/76 traz uma complexa disciplina aos interesses no âmbito da assembleia geral de acionistas, pelas normas trazidas nos art. 115 e parágrafo único do art. 116, ou seja, traz um dever genérico destinado aos acionistas em geral e deveres específicos destinados ao acionista controlador, respectivamente.

No que toca aos interesses legalmente protegidos pela Lei nº 6.404/76, José Luiz Bulhões Pedreira (2017, p. 126), descreve que:

A LSA é um sistema de normas que visa a proteger os mais diferentes interesses, e a interpretação do sistema requer a identificação dos interesses protegidos em cada norma e a hierarquização desses interesses, dentro dos quais cabe destacar os seguintes:

a) o interesse geral na eficiência e expansão da empresa – instituição econômica fundamental da sociedade moderna, de que depende o desenvolvimento

econômico do País e o bem-estar econômico e social da comunidade em que está situada;

b) o interesse dos acionistas de participarem do lucro da companhia e da valorização de suas ações e contra abusos de administradores e acionistas controladores; esses interesses são tanto dos acionistas atuais quanto dos futuros, que vierem a adquirir ações;

c) o interesse dos credores da companhia e das pessoas que com ela negociam, cujos direitos não são garantidos por solidariedade dos acionistas nas obrigações sociais; a proteção do crédito é também do interesse geral devido à importância do crédito na economia;

d) o interesse de investidores e intermediários dos mercados de valores mobiliários no funcionamento eficiente e justo desses mercados e na proteção contra abusos de acionistas controladores, administradores da companhia e agentes de mercado; o funcionamento regular e o desenvolvimento do mercado de capitais é do interesse geral, por ser a fonte de capital de risco das companhias;

e) o interesse dos administradores das companhias em que as condições de funcionamento dos órgãos sociais permitam exercer com eficiência suas atribuições sem correrem risco de responsabilidade pessoal que iniba suas decisões.

O exercício do direito de voto pelos acionistas deve ser exercido em atendimento ao interesse da companhia, na forma do art. 115, primeira parte; enquanto, o acionista controlador possui um dever diferenciado no parágrafo único do art. 116 Lei nº 6.404/76.

Nelson Eizirik (2015, p. 210), vincula o interesse social a 2 (dois) elementos: “(i) consecução do objeto social, ou seja, a realização das atividades empresariais para as quais a companhia foi constituída; e (ii) a produção de lucros a serem repartidos entre os acionistas.”

Acresça-se ao intrincando tema que diz respeito ao interesse social o incremento que parte a doutrina põe a respeito da função social da empresa, ao relacionar a propriedade da sociedade dos meios de produção à função social da propriedade trazida no próprio rol dos direitos individuais, no art. 5º., XXIII da Constituição, que condiciona o próprio direito de propriedade, insculpido no inciso XXII do mesmo artigo.

Por outro turno, a Constituição Econômica traz como um dos princípios informativos a função social da propriedade, cujo conjunto de princípios são diretamente relacionados à atividade empresarial, em razão de o âmbito da economia ser o ambiente em que se situam os problemas relacionados aos efeitos endógenos e exógenos da atividade empresarial, como também porque a atividade empresarial se coloca como um dos principais fatores da existência da própria ordem econômica, considerando ser a forma jurídica de papel principal de geração de riqueza na ordem capitalista da atualidade.

Por outro turno, a função social tem em seu conteúdo “função” a concepção de um poder de orientar a propriedade para o atingir objetivos determinados, com o complemento social esta função se associa ao interesse coletivo. Desse modo, a propriedade e, por

extensão o exercício da empresa, encontra restrição constitucional em sua liberdade de exercício, o que acaba por constituir um poder-dever do proprietário ou do titular da empresa de atender em alguma medida um interesse que transcende a sua situação de sócio de sociedade empresária, ou o interesse do conjunto de sócios, exigindo uma harmonização entre um e outro, seja qual for a concepção de matriz contratualista que se coloque (PEREZ, 2008, p. 200).

Nesse sentido, não adentrando em uma análise aprofundada sobre o conteúdo ou finalidade a ser atendida por este poder-dever, pode-se limitar ele a um conteúdo apenas previsto na própria constituição (art. 170), de modo que a função social da empresa deve ser fundada na valorização do trabalho humano, que, mais uma vez num núcleo mínimo deveres, deve atender os direitos sociais previsto no art. 7º. da mesma Constituição no que a compete, a despeito da liberdade própria da livre iniciativa, bem como deve ter sua liberdade restrita de modo a não impedir a livre concorrência (art. 170, IV); deve preservar o consumidor dos riscos decorrentes de sua atividade empresarial, bem como observar sua hipossuficiência na aquisição de produtos e na tomada dos serviços e observar e se submeter aos consectários desse reconhecimento (art. 170, V); suas atividades podem ser restritas em benefício da preservação do meio ambiente (art. 170, VI), todas essas restrições legitimamente enfeixadas pela cláusula da função social da propriedade como um núcleo mínimo passível de consenso diante da eficácia irradiante da Constituição.

Voltando à Lei de Sociedades Anônimas, o acionista controlador, que possui uma posição determinante na condução dos negócios sociais, tem nessa lei uma disciplina para o exercício de seu poder-dever, como prescrito no parágrafo único do art. 116:

o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Desse modo, ao menos que se desconsidere o conteúdo normativo desse dispositivo, seu poder de controle encontra uma limitação legal, seja pela funcionalização do exercício do seu poder de controle, seja pelo respeito aos demais acionistas, aos trabalhadores, à comunidade em que atua, a cujos interesses deve ter lealdade.

Por outro turno, a principal forma de exercício deste poder, o exercício do direito de voto, encontra um limite, uma vez que deve atender aos interesses da companhia.

Embora seja um problema de difícil solução, a compatibilização destes dois dispositivos, cuja resolução não é objeto do presente estudo, cabe uma afirmação singela e perfunctória no sentido de que a Constituição enquanto diploma de conteúdo normativo

superior que cumpre um papel de conformação do ordenamento jurídico, deve ter uma eficácia mínima que alcance aos menos o acionista controlador no seu poder-função, haja vista que o disposto no parágrafo único do art. 116 da Lei de Sociedades Anônimas parece trazer em nível infraconstitucional restrições similares, concretizando as restrições previstas na Constituição. Esse é um tema em aberto que instiga investigações mais aprofundadas.

Quanto aos apontamentos postos pela doutrina que trata do tema interesse social, eles são relevantes para entendimento da dinâmica da estrutura dos órgãos das sociedades anônimas, cuja lei traz uma extensa disciplina sobre o funcionamento dos órgãos sociais, de modo a se obter uma organização dos sujeitos na organização, contemplando a estrutura dos órgãos de administração, notadamente a função e deveres dos administradores; os deveres dos acionistas no exercício do direito de voto, com uma disciplina específica do acionista controlador que não soa adequado desconhecer, considerando sua predominância na deliberação assemblear e seu poder na dinâmica da sociedade, e, no que toca ao acionista controlador estatal, a abertura da disciplina de das sociedades anônimas aos princípios informadores do direito público no que toca às Sociedades de Economia Mista, conforme previsão do art. 238 da Lei nº 6.404/76, sendo esse o objeto de avaliação no presente estudo, conforme se verá a seguir.

2.3 O abuso de poder de controle: análise das (dis)tensões entre interesse social e interesse público nas sociedades de economia mista

Neste subcapítulo, importa, antes do mais, situar o problema da dinâmica dos interesses nas sociedades anônimas, o que se verifica na dinâmica das relações que se colocam no âmbito de seus órgãos de administração e seus acionistas, e entre os acionistas entre si, aqui limitada a discussão entre os acionistas minoritários e o controlador, considerando que em uma sociedade de economia mista o controle que se verifica é o majoritário, cujo detentor da maioria das ações representativas do capital social é o ente estatal.

Nesse aspecto, a doutrina estadunidense traz contribuições para o entendimento do assunto, quando faz uma relação entre as sociedades anônimas com base em problemas postos do ponto de vista econômico, cuja evolução que se dá na perspectiva dos autores demonstra o movimento pendular de uma abordagem individualista de propriedade, sucedida por uma preocupação coletiva. Em nova sucessão da abordagem, recai em

interesses privados, o que, em alguma medida, coincide com o curso da história do liberalismo, as preocupações com o bem-estar social do *welfare state* e o atual estágio de organização do capitalismo na ordem neoliberal.

Um trabalho seminal sobre o tema foi realizado pelos economistas Adolf A. Berle e Gardiner C. Means, quando observaram que o fenômeno da propriedade produtiva se altera ao longo do tempo. Observaram que o conceito de propriedade passa pelo poder de decisão do dono sobre as coisas tangíveis. Para os homens de negócio, ela seria vista sob o prisma deste poder de decisão sobre toda estrutura de produção, não só da estrutura física da fábrica, da indústria, e também da organização, o que incluiria a relação hierárquica dos executivos, empregados, o poder da relação de emprego e, também, sobre bens intangíveis, como a técnica, a clientela. Esses proprietários da Revolução Industrial teriam comprometido seu capital ao risco e punham suas forças e intelecto para a confecção de produtos aos quais se supunha serem úteis para a comunidade (BERLE & MEANS, 1984, p. 7).

Seus estudos apontaram que, em 1929, apenas 0,0007% das grandes companhias não bancárias representavam 22% da riqueza nacional dos EUA, enquanto uma grande quantidade de informações técnicas era repassada do poder público para as mãos privadas (BERLE & MEANS, 1984, p. 57). Por outro turno, 2/3 da pesquisa técnica era financiada pelo governo daquele país, de sorte que, para os autores, estes ativos teriam origem social e estatal (BERLE, 1984, p. 7).

Berle e Means advogavam que nos tempos do século XVIII, o Estado construía a principal ameaça à liberdade, enquanto no início do século XX, no segundo quartel, essa liberdade poderia ser limitada para que se permitisse a prestação de serviços, em sua grande maioria prestados por sociedades anônimas, que eram essenciais à vida e à personalidade.

Segundo Beatly (1966, p. 153), as leis societárias tinham a falha de não regular os efeitos das sociedades anônimas na sociedade como um todo. Essas leis teriam sido editadas num tempo em que tais sociedades eram relativamente pequenas e em que a relação entre os acionistas e a propriedade das ações era estreita, de forma que estas leis eram fundamentalmente vocacionadas a proteger os interesses da propriedade dos acionistas minoritários.

Diante de tal situação, os autores apontavam para a tendência da época de limitar o poder de mercado das empresas, de forma a que ela não perturbasse o próprio Estado e de modo que a sociedade anônima - ela mesma uma criação do Estado - deveria estar sujeita a limitações constitucionais, pois o poder econômico levava ao poder jurídico de apropriação

de bens e serviços, de sorte a permitir discriminações que iriam de encontro a essas limitações (BERLE & MEANS, 1984, p. 11).

Nessa esteira de acontecimentos, os autores apontam um avanço do Direito constitucional sobre a liberdade dessas pessoas jurídicas, cujo avanço gradual no campo do Direito foi exemplificado na Lei dos Direitos Civis de 1964, que não permitia a discriminação de cidadãos em determinados estabelecimentos comerciais. Exemplifica, também, a decisão da Suprema Corte americana, que passou a considerar válida o impedimento de fusões de empresas que interferissem consideravelmente na concorrência, ao interpretar a Lei Clayton (BERLE & MEANS, 1984, p. 11).

Aliado a isso, observaram o fenômeno da dispersão acionária nas empresas estadunidenses que trasladavam o caráter ativo da propriedade para um passivo, na medida em que os acionistas, embora tivessem direito a voto, se distanciaram de poder exercer qualquer tipo de controle, passaram a ter mera expectativa da rentabilidade decorrente da alocação de sua poupança em ações. Dessa sorte, com a separação entre a propriedade e o controle sobre ela, os valores espirituais da propriedade se esvaziaram, na medida em que não era mais possível estender a personalidade a ela, tampouco tinham responsabilidade em decorrência de seu *status* de acionista. O valor da riqueza da pessoa passou a ser mais e mais dependente de forças alheias (BERLE, 1984, p. 83).

A evolução destes problemas, fruto da observação econômica, levou John Armour, Henry Hansmann e Renner Kraakman (2009, p. 28) a apontar que o objetivo da lei que se destine a regular as relações dessas sociedades é a de avançar a um bem-estar agregado a todos os afetados pelos negócios sociais, o que os economistas designam de eficiência social global.

Outro aspecto decorrente dessas percepções foi o problema de agência, também verificado no âmbito da ciência econômica, visto quando o interesse de uma parte (principal) depende de ações de outra parte (agente). O problema reside em buscar mecanismos para induzir o agente a agir em favor do atendimento do interesse do principal primordialmente na relação que se estabelece entre os interesses do principal e o do agente (ARMOUR, & HANSMANN, 2009, p. 35).

Para endereçar o problema de agência, buscou-se o desenvolvimento da governança corporativa, com o objetivo tentar neutralizar o conflito entre os acionistas e os administradores da companhia e entre os acionistas majoritários e os minoritários (ARMOUR, & HANSMANN, 2009, p. 55).

Sobre o primeiro problema, o que se verifica é que os acionistas são sócios de uma companhia com ativos dispersos e mal definidos e, portanto, se colocam diante de um risco difuso colocado no exercício da atividade empresarial pela empresa. Desse modo, os mecanismos de governança corporativa devem prover uma estrutura de governança que permita salvaguardá-los desse risco (WILLIAMSON, 1993. p 151).

É nesse contexto que se põe os deveres fiduciários dos administradores, que, a despeito de arranjos na estrutura de governança que seja adotada pela empresa, a Lei nº 6.404/76 estipula uma estrutura básica de deveres dos administradores, quais sejam: o dever de diligência (art. 153), o dever de lealdade (art. 155), o dever de informar (art. 157), bem como traz vedação a que os administradores ajam em conflito de interesses para com a companhia (art. 156).

Ademais, os administradores estão sujeitos a serem responsabilizados por prejuízos que venham a causar a companhia, excetuando-se os atos regulares de gestão (art. 158). Por outro turno, a responsabilização dos administradores somente pode se dar mediante deliberação da assembleia geral de acionistas (art. 159, caput, da Lei Lei nº 6.404/76).

Contudo, a aprovação sem ressalvas das contas dos administradores em sede de assembleia geral ordinária (órgão ao qual compete deliberar pelas contas dos administradores do exercício - art. 132, I da Lei nº 6.404/76), exonera o administrador de responsabilidade (§3º. do art. 134 da Lei nº 6.404/76). Caso aprovadas as contas, sem ressalvas, pela assembleia referida, sua anulação é pressuposto de procedibilidade para a promoção da ação de responsabilidade, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ao segundo conflito potencial, a mesma lei dá uma especial atenção ao acionista controlador mediante a figura do abuso de poder de controle (§1º. do art. 117 e art. 115 da Lei nº 6.404/76).

Werner (1983, p. 238-239) aponta a diferença entre as abordagens econômica e jurídica sobre o controle das sociedades anônimas: para os economistas, o controle se refere ao planejamento da empresa, às decisões sobre a alocação de capital, escolha de mercados de atuação, produtos e outras decisões chaves (controle literal); enquanto a abordagem jurídica se preocuparia com a dinâmica dos efeitos dos votos dos acionistas na sociedade de que são sócios. Para ele, o controle literal é limitado pelo poder de constrangimento ínsito à possibilidade de eleger, destituir e substituir os administradores, cujo poder é latente, mas frequentemente utilizado em momentos de estresse a que a empresa se sujeite.

Entre nós, Fábio Konder Comparato (1983, p. 17) adverte que a expressão “poder de controle” tem sua semântica advinda da distinção entre *potestas* e *imperium*, da experiência jurídica romana, cuja “primeira designa um poder especializado, subordinado, limitado” e o *imperium* designava, originalmente, o poder militar, e, depois, o poder supremo, de que estavam investidos os principais magistrados, os cônsules, e, nos últimos tempos, o imperador propriamente dito. Para Comparato, na estrutura legal da sociedade anônima e na hierarquia de poder nela disciplinada, os órgãos de administração estariam investidos de poderes no sentido de *potestas* e a assembleia geral de acionista, de *imperium*.

Nas sociedades de economia mista, na qual o acionista estatal tem o controle majoritário, pois a sua caracterização pressupõe que este acionista possua a maioria das ações com direito a voto (art. 4º., caput, da Lei nº 13.303/2016), o Estado enquanto acionista se amolda ao conceito legal de acionista controlador do art. 116 da Lei nº 6.404/76, ou seja, atende aos requisitos de: “a) titularidade de direitos de sócio que lhe assegure, permanentemente a maioria dos votos na deliberação da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; b) o efetivo exercício de seu poder para dirigir a atividade social” (LOPES, 1979, p. 02).

A figura do abuso de poder de controle, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, tem origem na ideia de que à figura do acionista controlador deve ser imputado um dever ético, derivado do função social da propriedade, de modo a se funcionalizar o poder econômico do acionista controlador (LOPES, 1979, p 03).

A seu turno, a figura do abuso do poder de controle encontra nos art. 115 e 117 uma vedação geral, sendo as hipóteses previstas no §1º. do art. 117 um rol exemplificativo. A doutrina é pacífica no sentido de que os princípios constitucionais, bem como a incidência do art. 187 do Código Civil permite a configuração da abusividade do uso deste poder em situações não elencadas §1º do art. 117 (FRAZÃO, 2011, p 327).

Das alíneas do §1º do art. 117, pode-se verificar que a Lei não se limita ao interesse social ou aos interesse dos acionistas minoritários. Encontra-se em seus termos figuras abusivas relacionadas: (i) lesão ao interesse nacional (alínea “a” do §1º do art. 117); (ii) favorecimento de outra sociedade, brasileira ou estrangeira de modo a causar prejuízo à economia nacional (alínea “a” do §1º do art. 117); (iii) prejuízo aos trabalhadores (alíneas “b” e “c” do §1º do art. 117). De tal sorte, a Lei tem por fim proteger valores que transcendem os interesses sociais, mas também permite a proteção do interesse público em sentido amplo, na concepção de Hachem acima mencionada (2011, p. 68-87).

Por outro lado, é possível concluir dessas hipóteses que a Lei de Sociedades Anônimas brasileira não adota o *shareholder-oriented (or “standard”) model*, nos termos posto por Hasmann e Kraakman, pois ela insere no âmbito da Lei de sociedades anônimas a tutela de interesses que transcende ao dos acionistas, cujo modelo citado se limita.

Há, ainda como uma modalidade de abuso de poder de controle, o abuso do direito de voto, prevista no art. 115 da Lei nº 6.404/76. Nesse sentido, embora o abuso do direito de voto possa ser praticado por qualquer acionista, em uma sociedade anônima de controle majoritário o exercício irregular desse direito pelo acionista controlador encontra-se compreendido pela figura do abuso do poder de controle, considerando a posição determinante deste acionista na deliberação da assembleia geral de acionistas.

Ainda sobre a figura do abuso do direito de voto, a doutrina aponta que do art. 115 da Lei nº 6.404/76 extraem-se 3 (três) hipóteses em que haveria o impedimento absoluto do exercício do direito de voto pelo acionista, quando a deliberação da assembleia recair sobre (i) “laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social”; (ii) “à aprovação de suas contas como administrador” e (iii) puder beneficiá-lo de modo particular.

Nessas hipóteses, está-se diante no denominado conflito formal de interesses, cuja verificação se dá *ex ante*, pela posição do acionista em uma determinada relação jurídica (EIZIRIK, 2015, p. 212-221).

Resta, ainda, a figura do conflito de interesse em sentido lato, denominado *conflito substancial de interesses*, que se dá “quando o voto for utilizado com desvio de finalidade, para promover interesses do acionista incompatíveis com o interesse social” (EIZIRIK, 2015, p. 220). Nesses casos, o interesse do acionista não poderia ser satisfeito sem prejuízo do interesse social. A ocorrência da abusividade do direito de voto no conflito substancial se dá *ex post*, devendo ser verificada a impossibilidade de convivência entre os dois interesses (EIZIRIK, 2015, p 220).

Nas hipóteses em que ocorrer o voto abusivo ou em conflito, a deliberação estará sujeita a anulação (e não nulidade), sendo necessária a demonstração de três requisitos para que recaia a sanção de invalidade da deliberação: “(i) o conflito de interesses; (ii) a prova do dano, atual ou potencial, sofrido pela companhia; e (iii) de que o voto do acionista com interesse conflitante tenha sido determinante para formação da maioria.” (EIZIRIK, 2015, p.221).

No que toca às sociedades de economia mista, a Lei de Sociedades Anônimas a ela dedica um capítulo especificamente para disciplinar este tipo de sociedade, na forma dos

arts. 235 a 240. Desses dispositivos, importa, para o tema em análise, uma avaliação do art. 238:

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação

Sobre o artigo transcrito, a primeira constatação que se coloca é de que ele está contido em um capítulo que traz uma disciplina especial às sociedades de economia mista, dentro um diploma de normas gerais sobre as sociedades anônimas.

Por outro turno, o enunciado normativo traz uma relação de coordenação entre os termos que tratam dos deveres e responsabilidades do acionista controlador estatal nessas sociedades, e, por meio da conjunção adversativa “mas”, marca a oposição entre o regime administrativo próprio do ente estatal e o regime privado dos acionistas genericamente considerados.

Buscando o sentido e alcance da norma contida no art. 238, pode-se dizer que a oração que se põe em oposição ao regime geral das sociedades anônimas traz um signo de verticalidade na relação, quando se utiliza dos termos “interesse público” cuja relação necessária a se realizar é com o “interesse privado”, ou, no ramo do direito societário, “interesse social”, especificamente na Lei de Sociedades Anônimas, “interesse da companhia”, nos termos do art. 115 da Lei 6.404/76.

Por outro turno, a despeito da difícil tarefa da doutrina na definição do interesse social no Direito, a concepção de contrato organização de Calixto Salomão Filho se afigura útil para o entendimento do tema, ao dar luz ao caráter da coordenação de atos para a consecução de finalidades próprias da atividade empresária enquanto fenômeno econômico.

Na perspectiva dos contratos associativos que se apresentam como a base do contrato organização, o estatuto social das sociedades anônimas ao estabelecer a forma de organização do conjunto de bens e pessoas, estrutura e organiza, também, os interesses dos acionistas no âmbito dessas sociedades, cuja disciplina contratual (estatuto) é estabelecida por normas cogentes pela Lei de Sociedades Anônimas em larga medida, um padrão mínimo de governança corporativa legalmente prevista.

Desse modo, os problemas de agência também são mitigados pelo *standard* legal, não impedindo que essas sociedades aprimorem a dinâmica de interesses que se verifiquem

no âmbito das sociedades anônimas, de acordo com as práticas de governança corporativa que entendam adequadas para a sociedade.

Nesse contexto, há de se estabelecer um diálogo entre as normas previstas nos artigos 115 e 117 da Lei nº 6.404/76, cuja figura do uso abusivo do poder de controle traz previsões de normas de interesse público em sentido amplo. No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 116 também atribui como dever do acionista controlador de conciliar a vocação lucrativa dessas sociedades com o cumprimento da função social e atender os interesses da comunidade em que atua.

Esse diálogo deve ser feito também com o art. 238 da Lei de Sociedades Anônimas nas sociedades de economia mista, que traz uma abertura a essa dinâmica de interesses ao interesse público em sentido estrito, na concepção de Hachem (2011, p. 68-87).

Por outro turno, embora essa espécie societária já esteja sujeita à conformação constitucional no exercício da atividade empresária, os princípios informadores da ordem econômica postos na Constituição ganham um matiz mais acentuado, pois, por um lado, a lei faculta o acionista controlador estatal orientar à companhia para atender o interesse público que legitima a criação da sociedade de economia mista; por outro, como um veículo para intervenção direta na economia por parte do Estado, enfeixa os princípios constantes da Constituição Econômica, bem como aos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º. da CF/88) e seus objetivos fundamentais (art. 3º. da CF/88).

É de se observar, ainda, que as sociedades de economia mista são figuras que integram a Administração Pública Indireta, de modo que a faculdade trazida pelo art. 238 da Lei de Sociedades Anônimas se afigura um poder-dever, cujo exercício é indeclinável por parte do acinista estatal, sujeito à diretriz político-administrativa de um determinado momento político do Estado brasileiro.

Essas diretrizes devem ser postas na perspectiva da plasticidade do texto constitucional, cujos limites se encontram na possibilidade semântica de seus enunciados, de modo que ao Direito não cabe estabelecer o juízo a validade das crenças políticas sobre a organização da ordem pública, em linha do que já se comentou ser um significado “fraco de ideologia” de Norberto Bobbio (BOBBIO, 1999, p. 585), que pode estabelecer o movimento pendular sobre a forma de atuação do Estado, cujo movimento é próprio do pluralismo político, fundamento do Estado brasileiro enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1º. , V da CF/88).

Na esteira dessa avaliação importa, também, verificar que mesmo quando estiver presente o interesse do erário (dito secundário) no âmbito dessa dinâmica de interesses, deve

se considerar a figura do Estado e seu fundamento de instituição enquanto fenômeno próprio de origem do Estado, cujos interesses que deve satisfazer não podem ser considerados qualitativamente semelhante ao dos particulares (GABARDO & REZENDE, 2017, p. 294), a despeito do que pode parecer pelas diuturnas menções ao equilíbrio fiscal, presentes nos noticiários e eventuais comparações de políticos entre as finanças pública e a economia doméstica.

Essa abordagem pode parecer um retorno a uma versão autoritária ou arbitrária de Administração Pública, cujo pensamento é refratário a toda e qualquer expressão estatal que possa sensibilizar. Contudo, não se pode desconhecer que pessoa ou ente que se coloque na posição de titular de ações desta espécie de sociedade anônima tem ciência de sua dinâmica organizativa, que enseja o manejo destas empresas para satisfação de interesses não necessariamente coincidentes com o da companhia¹⁵.

Nesse contexto, as normas previstas no parágrafo 1º. do art. 115 da Lei de Sociedades Anônimas instigam uma análise detida, pois considera as hipóteses de abuso do direito de voto e o conflito de interesses. Isso porque é em âmbito da assembleia geral de acionista que a possibilidade de o acionista controlador estatal se valer da sociedade com objetivos de satisfação de interesses públicos se mostra mais contundente, principalmente diante do resultado determinante da vontade expressada pelo acionista estatal neste órgão colegiado máximo na estrutura decisória das sociedades de economia mista.

Essa norma traz hipóteses em que o interesse público do acionista estatal pode se manifestar de formas distintas, e importa estabelecer uma diferenciação entre a situação jurídica em que o Estado está no mesmo plano dos demais acionistas - em razão do interesse ter uma expressão unicamente patrimonial - na qual a atribuição de prerrogativas a ele, na deliberação, não é justificável; e situações em que o interesse público na acepção primária pode estar presente em menor ou maior grau.

Na primeira hipótese, de interesse unicamente patrimonial, encontra-se as deliberações sobre o laudo de avaliação de bens vertidos para integralização do capital social. Nesse caso, esta-se diante de conflito de interesse formal, cujo acionista estatal encontra-se impedido de exercer o direito de voto.

Na segunda hipótese, nas situações jurídicas em que se verifique benefício particular ou interesse conflitante com o da companhia, o tratamento a ser dado deve ser do regime do

¹⁵ Como visto no subcapítulo 2.1 a aquisição de ações dessas companhias é fruto da expressão livre de vontade, cujo decisão é precedida de um juízo que considera o *trade off* existente na assunção de um risco político por um risco soberano para o capital alocado nessas sociedades, de forma a protegê-lo.

conflito substancial, de modo que sua verificação deve se dar, necessariamente, *ex post*. Isso porque tais sociedades podem veicular interesses públicos primários em menor o maior grau e à manifestação de vontade estatal deve se atribuir presunção de legitimidade, de modo a lhe atribuir a prerrogativa de poder veicular o interesse público em sua manifestação em sede de assembleia geral de acionistas, cujo juízo não pode ser exercido pelos demais acionistas, prerrogativa essa que enseja predominância do interesse público, quando se verificar em conjunto com o interesse público secundário (seja porque ao acionista estatal não é disponível não atender o primeiro, seja pela natureza do interesse secundário, como acima visto, qualitativamente diverso do particular, e, portanto, não pode ser avaliado no mesmo plano do último).

De todo modo, caso se verifique o sacrifício de interesses da companhia, a decisão poderá estar sujeita à controle externo à luz do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, os atos resultantes da deliberação assemblear devem ser aptos para satisfação do(s) interesse(s) público(s) que ensejam a decisão; da mesma maneira, deve ser um meio adequado para atingir a finalidade pública que se pretende satisfazer e, por fim, o sacrifício do interesse social deve guardar o limite do necessário para a satisfação do interesse público.

3. AS PRORROGAÇÕES DE CONCESSÃO PÚBLICA E O ABUSO DO PODER DE CONTROLE: ESTUDO DE CASO DA ELETROBRÁS

3.1 Sobre o contexto de criação da Eletrobras

A criação da Eletrobras deu-se num momento histórico em que o Brasil se via ameaçado pelo risco de uma crise energética. No período entre 1943 a 1953, a relação entre crescimento da capacidade instalada de geração de energia e crescimento da produção industrial era de 1,95% para o primeiro e de 2,56% para o segundo. Ademais, as estimativas de taxas de crescimento urbano e industrial falhavam ano a ano, pois elas superavam as estimativas oficiais, o que comprometia o planejamento do setor¹⁶.

Antecede a criação da Eletrobrás a constituição da Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF, criada em 1945 com a finalidade de promover o aproveitamento do potencial de energia hidráulica do rio São Francisco e permitir o fornecimento de energia

¹⁶ Energia elétrica no Brasil (da primeira lâmpada à Eletrobras). Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p.

elétrica na industrialização da região nordeste que se iniciava à época¹⁷; e Furnas Centrais Elétricas S.A. – FURNAS, criada em 1957 para possibilitar o Governo Federal intervir e suprir a carência no setor de energia elétrica na região Centro-Sul do país, região essa que sentia mais fortemente a crise energética, por ser o centro econômico do país, a região com maiores índices de industrialização¹⁸.

Em 1954, o então presidente Getúlio Vargas envia uma mensagem ao Congresso Nacional propondo a criação da Eletrobras. Contudo, a autorização para criação dessa empresa se deu em 25 de abril de 1961, durante o governo Jânio Quadros, mediante a edição da Lei nº. 3.890-A/1961, após 7 anos do envio da mensagem ao Congresso Nacional¹⁹.

Em 1968 foi criada a Eletrosul e, posteriormente, em 1973 foi criada a Eletronorte. Assim o sistema Eletrobras passa ser composto pela Eletrobras, uma *holding* pura, e as empresas controladas regionais (Biblioteca do Exército, 1977, p. 88)

No período do Governo militar, ele dispunha de recursos externos abundantes, o que permitiu a utilização das empresas estatais para o projeto desenvolvimentista. No setor elétrico, houve um movimento no sentido de sua de nacionalização, com a aquisição pela Eletrobrás de todas as empresas do grupo Amforp, cujas empresas de âmbito estadual passaram ao controle dos estados. Esse movimento de nacionalização do setor terminou em 1979, pela aquisição da Light pela Eletrobrás (GOMES & VIEIRA. 2009, p. 308).

A Eletrobras foi responsável pela coordenação do desenvolvimento da indústria de energia elétrica, buscou recursos dos fundos multilaterais de investimento para financiar expansão da capacidade de geração brasileira (PAGLIARDI & SOBREIRO, 2011, p. 79).

Na década de 1980, a crise econômica alcançou o país e as tarifas de energia tinham seus reajustes represados, com objetivo de conter a inflação, o que levou algumas empresas a suspender os pagamentos aos geradores de energia elétrica Federal sob argumento de que não poderiam mais suportar este impacto nas suas contas para atendimento de uma política pública. Em 1987, o governo identificou o problema do comprometimento da viabilidade econômico-financeira dessas empresas em favor da regulação da inflação. Ademais, a economia mundial se reformava em virtude no movimento neoliberal. Esse quadro leva organismos internacionais a recomendar que as empresas estatais do setor fossem

¹⁷ Energia elétrica no Brasil (da primeira lâmpada à Eletrobras). Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 73.

¹⁸ Energia elétrica no Brasil (da primeira lâmpada à Eletrobras). Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 74.

¹⁹ Energia elétrica no Brasil (da primeira lâmpada à Eletrobras). Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 83.

privatizadas e o setor fosse objeto de uma reforma regulatória (PAGLIARDI & SOBREIRO, 2011, p. 80).

O impacto da política macro econômica do Plano Real no setor elétrico resulta em diretriz política no sentido de se implementar privatizações que seriam um meio para atrair o capital externo. No setor elétrico, pretendia-se privatizar, inicialmente, empresas distribuidoras de energia, a seguir, as empresas geradoras e, por fim, as transmissoras (PAGLIARDI & SOBREIRO, 2011, p. 80).

No governo Itamar Franco, começou-se a implantar medidas que alteraram o setor elétrico e impactaram o sistema Eletrobras. Houve a criação do Operador Nacional do Sistema - ONS, pelo qual se pretendia realizar a operação de interligação dos sistemas elétricos nacionais. Houve também a transferência do órgão financiador do setor elétrico, da Eletrobras para o BNDES, bem como a transferência do planejamento setorial da Eletrobras para o Ministério de Minas energia e a inclusão da Eletrobras de suas empresas controladas no Programa Nacional de Desestatização - PND (GOMES & VIEIRA. 2009, p. 314).

Em 2002, a privatização planejada para o setor elétrico não tinha sido concluída, uma vez que parcela importante da geração e transmissão de energia elétrica ainda eram suprida por empresas estatais, grande parte controlada pela Eletrobrás que também detinha o controle de empresas distribuidoras de energia elétrica no Piauí, Rondônia, Acre, Alagoas e Amazonas (GOMES & VIEIRA. 2009, p. 314), cuja privatização foi concluída em 2018²⁰.

Faz parte do Sistema Eletrobrás, também, Itaipu Binacional, constituída em 1974, com base no Tratado de Itaipu, assinado pelos presidentes Médici, do Brasil, e Stroessner, do Paraguai, cuja inauguração oficial se deu em 1984. Em 1991, com sua construção completa, tinha a capacidade de geração de 12.600MW, que equivalia a 23% da energia fornecida no Brasil e 76% no Paraguai.²¹

A Eletronuclear, constituída em 1997 com finalidade de construir e operar usinas term nucleares no Brasil, possui hoje e as usinas Angra 1 e Angra 2 em operação, com capacidade de geração de 640 MW e 1.350 MW, respectivamente, o que equivale a 3% da energia consumida no Brasil, aproximadamente²².

²⁰ Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53085643/governo-conclui-com-sucesso-privatizacao-de-distribuidoras-da-eletobras> acesso em dez-2021.

²¹ Disponível em: <https://memoriadaeletricidade.com.br/artigos/historia-do-setor-eletrico/53785/itaipu-binacional-completa-47-anos>. Acesso em dez-2021.

²² Disponível em: <https://www.eletronuclear.gov.br/Quem-Somos/Paginas/A-Eletobras-Eletronuclear.aspx>. Acesso em dez-2021.

Sobre o caso concreto, ele se refere à renovação das concessões que foi facultado pela Medida Provisórias nº 579, de 29/11/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013. A renovação, contudo, era condicionada a antecipação da renovação dos contratos de geração e transmissão alcançados por essa Medida Provisória, cujo regime de exploração das concessões pareciam menos favoráveis do ponto de vista econômico-financeiro. Ademais, as novas condições implicavam na redução da tarifa e os ativos não amortizados durante o período da concessão seriam indenizados mediante a utilização de um critério de cálculo denominado Valor Novo de Reposição – VNR. Era condição para essa renovação, também, a renúncia formal a direitos preexistentes à edição da Medida Provisória, cuja decisão pela aprovação ou não foi levada à assembleia geral de acionistas, tendo obtida a aprovação mediante o voto determinante da União (PINTO JUNIOR, 2016).

Feitas as considerações sobre o histórico, contexto de criação, principais atuações e características acerca da Eletrobrás e o contexto da assembleia geral de acionistas que resultou na instauração de processo administrativo sancionador por parte da CVM, importa apresentar as principais linhas do caso concreto e discorrer sobre tal julgamento perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do julgamento do Recurso Voluntário da União perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN.

Antes, contudo, cabe esclarecer que a CVM é uma agência reguladora²³ com atribuição de edição de atos de caráter normativo e de realizar fiscalização sobre os valores mobiliários no mercado onde circulam²⁴. Seu órgão de cúpula decisória é a Diretoria, composta²⁵ pelo Presidente e por 4 (quatro) Diretores nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pelo Senado Federal. Das decisões que proferir, cabe recurso

²³ Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm

²⁴ Art. 1º Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades:

- I - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado;
- II - a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários;
- III - a negociação e intermediação no mercado de derivativos;
- IV - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores;
- V - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros;
- VI - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários;
- VII - a auditoria das companhias abertas;
- VIII - os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm

²⁵ Art. 6º A Comissão de Valores Mobiliários será administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.

hierárquico impróprio ao CSRFN, órgão vinculado ao Ministério da Economia, composto²⁶ por 4 (quatro) Conselheiros e seus suplentes indicados pelo Poder Executivo federal, sendo 2 (dois) indicados pelo Ministério de Estado da Economia, o Presidente do Banco Central e o Presidente da CVM e 4 (quatro) indicados por entidades de representativas do mercado financeiro de capitais.

3.2. Do julgamento promovido pela CVM para o caso Eletrobrás

O processo transcorrido na CVM foi registrado como Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6635²⁷, teve seu julgamento na sessão realizada em 26 de maio de 2015, tendo sido relatado pela Diretora Luciana Dias.

A Relatora pôs, no contexto fático do Relatório, que um número significativo de contratos de concessões do setor elétrico - que percentualmente chegavam a representar 47,7% dos ativos de geração da Eletrobras e 91,2% de seus ativos de transmissão - teria seu termo final em 2017 e, pela Lei Geral de Concessões, os bens, direitos e privilégios afetados à concessão seriam revertidos do concessionário para o poder concedente, cabendo ao último indenizar os investimentos na concessão não depreciados ou amortizados.

Foi reconhecido que havia um ambiente de incerteza quanto à prorrogação dessas concessões, haja vista que a regra é a licitação para a adjudicação do contrato de concessão, bem como também uma incerteza sobre o valor da indenização, e as empresas do setor utilizavam à época dos fatos os critérios estabelecidos no manual de contabilidade do setor elétrico editado pela ANEEL.

A peça acusatória do processo foi promovida pela **Superintendência de Relações com Empresas – SEP**, na qual se invocou precedente daquela autarquia para dizer que a questão levantada residia em avaliar se a União teria incentivos para votar a favor da prorrogação, que resultaria em conflito entre o seu interesse e os dos demais acionistas, de

²⁶ Art. 3º O CRSFN será integrado por oito conselheiros titulares, com reconhecida capacidade técnica e notório conhecimento especializado nas matérias de competência do Conselho, observada a seguinte composição:

I - dois indicados pelo Ministro de Estado da Economia;

II - um indicado pelo Presidente do Banco Central do Brasil;

III - um indicado pelo Presidente da Comissão de Valores Mobiliários; e

IV - quatro indicados por entidades representativas dos mercados financeiro e de capitais.

§ 1º Cada conselheiro titular terá um suplente, que o substituirá em suas ausências e impedimentos.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9889.htm

²⁷ Para maiores detalhes sobre o processo consultar: http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20150526_PAS_RJ20136635.pdf

modo a se verificar se os interesses próprios da União comprometeriam sua isenção de julgamento, em tal ou qual sentido, em sede de assembleia geral de acionistas.

Ainda na petição que iniciou o processo na CVM foi considerado que o fato de a União estar prestes a contratar com a sociedade da qual não detém a totalidade do capital social a induziria *ex ante* a votar pela aprovação, de sorte que a posição correta a ser adotada na assembleia seria a de não autorizar o voto da União. Isso porque o conflito resultava do fato de que, ao prorrogar as concessões, a Eletrobras renunciava a direitos potencialmente existentes nos critérios para o cálculo das indenizações (Valor Novo de Reposição – VNR), de modo que essa aprovação resultaria, indiretamente, numa proteção da União, ou uma vantagem dela, especialmente considerando a diferença no montante da indenização que resultaria da aplicação do VNR e não dos critérios até então adotados pela Eletrobrás. Nesse sentido, a Acusação considerou que havia um incentivo *ex ante* para a União, diante da renúncia a direitos potenciais, que fulminaria pretensões judiciais da Eletrobrás em face da União.

Portanto, a SEP valorou, nos autos do processo, argumentos que poderiam ser manejados pela Eletrobrás em eventual demanda e considerou que eles levariam a chances reais de êxito em eventual demanda em face da União.

Sobre o art. 238 da Lei nº 6.404/76, a SEP considerou que à CVM não cabia se manifestar sobre o mérito das políticas públicas perseguidas pelo acionista controlador estatal, por meio da sociedade de economia mista. No entanto, considerou que, se paralelamente ao interesse público declarado, esse acionista tivesse a possibilidade de auferir benefício que não fosse extensível a outros acionistas, a alegação de perseguição de interesse público não legitimaria a atuação do acionista controlador. Portanto, ao fazer, em suas razões, a distinção entre interesse público primário e secundário, a SEP considerou que a perseguição da modicidade tarifária concorreria com o benefício particular decorrente da renúncia de direitos, de modo a não ser possível afastar o impedimento do direito de voto da União e conseqüente violação do art. 115, §1º, da Lei no 6.404/76.

Já a **Procuradoria Federal Especializada**, ao opinar nesse processo, mencionou que os investidores têm ciência do fato de as sociedades de economia mista serem utilizadas como instrumento de políticas públicas, considerando que há sobre o tema previsão constitucional, legal, como também estatutária. Aduziu, inclusive, que a Medida Provisória 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013, que disciplinou a prorrogação das concessões, não deveria ser considerada matéria contratual, mas sim *ato do príncipe* decorrente da competência legislativa da União federal, de modo a não permitir a adesão aos termos da

legislação com um contrato bilateral. Na opinião da Procuradoria, tratava-se de norma de caráter geral aplicável a todos concessionários que estivessem na mesma situação da Eletrobrás, sendo essa disciplina trazida pela Medida Provisória uma emanção da função legislativa e reguladora do Estado. Logo, se a União se abstinhasse de votar na assembleia geral de acionistas, estar-se-ia diante de uma situação em que o acionista controlador de uma sociedade de economia mista criada para atuar na política energética do país se veria impedido de cumprir o objetivo que teria legitimado a criação da Eletrobrás, pois não teria como dissociar a adesão a renovação dos contratos à adesão ao novo marco regulatório decorrente da Medida Provisória.

A relatoria do caso, em seu voto, partiu do princípio de que a Lei nº 6.404/76 possui Capítulo dedicado às sociedades de economia mista, em cuja disciplina há o reconhecimento explícito da justaposição de funções do acionista controlador estatal, e que a CVM, ao enfrentar o arranjo legal dessas espécies de sociedade, consolidou o entendimento de que a leitura conjunta dos artigos 235 e 238 da Lei revelaria a essência do regime jurídico que se estabelece na relação entre o ente estatal controlador e os acionistas minoritários, transcrevendo trechos da redação dos art. 235 (“as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”) e art. 238 (“poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”).

Na interpretação realizada, esses dispositivos evidenciariam o regime aplicável à relação entre o acionista estatal e a sociedade de economia mista, no sentido de que o controlador público estaria sujeito aos mesmos limites a que se submeteria um acionista controlador privado, embora a Lei admita “a condução heterodoxa das atividades da companhia, desde que voltada ao atendimento do interesse público ali referido”²⁸. Nesse sentido, para a Relatora, o acionista estatal poderia dar prioridade ao interesse público, mesmo em prejuízo do retorno financeiro, mas se submeteria ao mesmo tempo a todas as regras da Lei n. 6.404, de 1976, inclusive as que limitam o próprio poder (art. 235 e art. 115, §1º.) ou naquelas que lhe sejam atribuídos deveres fiduciários (art. 116 e 117), submetendo-se, ainda, às regras emitidas pela CVM (art. 235, §1º.).

Para a Relatora, a principal consequência advinda do art. 238 seria a reafirmação de que o regime jurídico societário, desenvolvido ao longo do tempo para a proteção dos

²⁸ Expressões originais do voto.

interesses da coletividade de sócios, seria aplicável indistintamente às situações de conflitos, sejam de acionistas privados ou públicos. Esse dispositivo se prestaria tão somente para que as decisões do acionista controlador estatal que visassem o atendimento de interesse público não fossem questionadas, permitindo que o controlador público se valesse de lógicas diferentes das do controlador privado.

Diante da premissa que estabeleceu, de que o acionista controlador estatal não possui poderes ou prerrogativas diferentes do controlador privado, sintetiza a questão a ser avaliada da seguinte forma: “a discussão do presente processo é se o regime do art. 115, §1º, da Lei n. 6.404, de 1976, se aplica ou não ao controlador público”²⁹. E conclui positivamente à questão proposta, com as seguintes considerações:

A parte final do art. 238 somente se explica pela intenção do legislador de limitar o interesse público que pode mover o Estado. Isto porque seria desnecessário dizer ao Estado que deve agir orientado pelo interesse público – é premissa de toda ação do Estado se pautar por algum interesse público, de grande ou reduzida extensão, em especial, quando o Estado abre uma exceção à regra da livre iniciativa e resolve exercer uma atividade econômica por meio de uma empresa pública ou de economia mista. Assim, não haveria razão de expressar esta faculdade no art. 238, caso não fosse necessário limitar este interesse pelo qual se legitimam práticas heterodoxas do Estado como controlador.

Sobre o conflito de interesses, a relatoria do processo considerou que o caso era de uma transação entre partes relacionadas, cujo problema residiria na incapacidade de negociação por partes independentes, conjugada com a possibilidade de uma parte influenciar a outra, para a formação de vontade em ambos os pólos da relação contratual, de modo a privilegiar seus interesses. O conflito daí resultante deveria ser tratado de forma adequada, para que o equilíbrio das relações societárias não se desfaça. Nesse sentido, a Lei de Sociedades Anônima condiciona o exercício do direito de voto ao interesse da companhia e impede que o exerça em situação em que o acionista possa decidir em benefício de seu interesse em detrimento ao da companhia (art. 115, caput e §1º da Lei nº 6.404/1976).

Para a Relatora, uma interpretação extensiva do art. 238 da Lei nº 6.404/1976 só se justificaria se o acionista controlador estatal não tivesse os mesmos mecanismos do controlador privado de privilegiar seus interesses, mas ele cumularia não só tais mecanismos, como também todo o aparato de poder típico do Estado, inclusive de alterar o regime regulatório do setor que atua. Esses mecanismos, em conjunto, trariam uma enorme desproporção entre as forças e recursos do Estado, frente aos da companhia e dos demais

²⁹ Expressões originais do voto.

acionistas, “e a realidade brasileira tem demonstrado que os entes públicos controladores de companhias abertas no Brasil são tão atuantes e coordenados quanto os controladores privados”³⁰. Neste sentido, explanou que esse conflito entre o Estado regulador e o Estado acionista é objeto de debate internacional e que as boas práticas determinariam que essas funções não sejam confundidas.

Nesse contexto, o entendimento que resultou do julgamento da CVM foi no sentido de que invocar a satisfação do interesse público que justificou a criação da Eletrobrás não contribuiu para o afastamento do impedimento do exercício do direito de voto da União, e o art. 115, §1º, da Lei nº 6.404/76 seria de observância obrigatória nos casos em que haja interesse público e interesse particular de forma simultânea e, portanto, havia sido infringido, o que resultou na aplicação de uma multa no valor de R\$ 500.000,00 à União, por ter votado pela renovação das concessões da Eletrobrás na assembleia geral.

3.3 Do julgamento do Recurso Voluntário da União ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN: decisão final e análise crítica do julgamento

Antes do mais, cabe apontar que o julgamento, cujo resultado foi no sentido do provimento do Recurso da União, mediante voto de qualidade, demonstra o quão tormentoso é o tema³¹. No julgamento, a Conselheira Adriana Cristina Dullius restou impedida. Votaram pelo provimento do recurso os Conselheiros Flávio Maia Fernandes dos Santos, Sérgio Cipriano Santos, Antônio Augusto de Sá Freire e Ana Maria Melo Netto Oliveira. Votaram pela não provimento os Conselheiros Carlos Portugal Gouvêa, Thiago Paiva Chaves, Alexandre Henrique Graciano e Otto Eduardo Fonseca de Albuquerque Lobo.

Em seu voto³², o Relator Flávio Maia Fernandes dos Santos ressaltou que a controvérsia residia na questão relativa aos direitos e responsabilidades do acionista controlador estatal diante do disposto no art. 238 da Lei nº 6.404/76.

Fazendo a distinção entre interesse público primário e secundário, reconheceu o interesse secundário como instrumental, cujo atendimento constituiria, em regra, um requisito para o bom atendimento do interesse público primário, e considerou que apenas

³⁰ Expressões originais do voto.

³¹ Para maiores detalhes sobre o Julgamento do Recurso, ver: <http://www.bcb.gov.br/crsfn/download.asp?arquivo=Recurso 14.306.pdf>

³² <http://www.bcb.gov.br/crsfn/download.asp?arquivo=Recurso14.306.pdf>

este último se prestaria a se equiparar ao interesse coletivo previsto no art. 173 da CF/88. Considerou relevante entender que as sociedades de economia mista devem visar o interesse público primário, e não o secundário na qualidade de aparelhos estatais. Os interesses públicos primários, na expressão de relevante interesse coletivo e os imperativos da segurança nacional seriam os albergados pelo art. 238 da Lei nº 6.404/76.

Explanou, também, que a lei que autoriza a criação da sociedade de economia mista detalharia os seus propósitos, de modo a se permitir o controle finalístico. Esse interesse público estaria presente não só na lei instituidora, mas também definido no objeto social. Considerou, ainda, que, a despeito das discussões acerca do interesse social, o interesse público específico sempre está contido no interesse social das sociedades de economia mista.

No entendimento do Relator, para os institucionalistas, o interesse público em sentido estrito seria abrangido nos diversos interesses dessas sociedades; para os contratualistas, esse interesse estaria contido dentro do objeto do contrato de sociedade, desde que previamente assentido pelos sócios; para teoria organizativa, o interesse público estaria contido nas expectativas concorrentes dos acionistas privados, de modo a permitir o convívio das partes interessadas. Nesse sentido, por qualquer das concepções de interesse social a conduta da União estaria em conformidade com o direito.

O Relator considerou o fato de a União ser titular do serviço público de energia elétrica, sendo a Lei nº 3.890-A/61, que autorizou a constituição da Eletrobrás, trouxe o seguinte interesse público a ser satisfeito por ela:

Art. 1º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações que se denominará Centrais Elétricas Brasileiras S.A., e usará a abreviatura ELETROBRÁS para a sua usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades.

(...)

Art. 17. A ELETROBRÁS cooperará com os serviços governamentais incumbidos da elaboração e execução da política oficial de energia elétrica, especialmente:

(...)

III - promovendo, junto aos órgãos competentes, a ampliação de empreendimentos já existentes, ou a execução de outros, a serem iniciados, se capazes de acelerar o desenvolvimento da indústria de energia elétrica do País, principalmente em face das limitações impostas pelo balanço de pagamentos.

No objeto social previu:

Art. 4º A Eletrobras tem por objeto social:

I - realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos

de comércio decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica;

II - cooperar com o Ministério, ao qual se vincule, na formulação da política energética do país;

III - conceder financiamentos a empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica sob seu controle, e prestar garantia, no país ou no exterior, em seu favor, bem como adquirir debêntures de sua emissão;

IV - conceder financiamentos e prestar garantia, no país ou no exterior, em favor de entidades técnico-científicas de pesquisa sob seu controle;

V - promover e apoiar pesquisas de interesse do setor energético, ligadas à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como estudos de aproveitamento de reservatórios para fins múltiplos;

VI - contribuir para a formação do pessoal técnico necessário ao setor de energia elétrica brasileiro, bem como para a preparação de operários qualificados, mediante cursos especializados, podendo, também, conceder auxílio aos estabelecimentos de ensino do país ou bolsas de estudo no exterior e assinar convênios com entidades que colaborem na formação de pessoal técnico especializado; e

VII - colaborar, técnica e administrativamente, com as empresas de cujo capital participe acionariamente e com órgãos do Ministério ao qual se vincule

O Relator considerou, ainda, que no objeto social da Eletrobrás constava atividades ligadas à efetiva cooperação na elaboração e execução de política nacional de energia, de modo que este seria um interesse público específico a ser satisfeito pela empresa, cujo atendimento não configuraria abuso do poder de controle.

Para o Relator, um sistema elétrico de um custo baixo resultaria no aumento do poder aquisitivo da sociedade. Sendo a modicidade tarifária uma diretriz da União, imposta à Eletrobrás por meio do exercício do direito de voto, ainda se poderia perquirir acerca da figura do abuso do poder de controle, previsto no art. 115 da Lei nº 6.404/76. Contudo, tal diretriz foi imposta a todos os agentes do setor, fossem públicos ou privados, de modo a não caracterizar a figura abusiva no exercício do direito de voto pela União, inclusive tendo em vista haver congruência entre o interesse público que legitimou a criação da Eletrobrás e estes diplomas legais.

O Estado, na visão do Relator, estaria obrigado a conduzi-la continuamente à satisfação desse interesse público. O Relator considerou que, a despeito do termo “poderá”, o acionista controlador estatal teria o dever de perseguir o interesse público por meio da figura da sociedade de economia mista.

Contudo, a situação do caso era de que, ao votar na assembleia, a União atenderia ao interesse público específico a que a Eletrobrás teria que atender, por outro lado, o fato da renúncia a direitos preexistentes demandava a avaliação da questão: como ponderar a disposição do art. 238 com o disposto no §1º do art. 115, ambos da Lei nº 6.404/76?

Com base nos ensinamentos de Alexandre Aragão, a conclusão do Relator foi de que é necessário estabelecer um diálogo entre o art. 238 e o art. 115, de modo a se considerar

que o interesse público estaria contido no interesse social da sociedade de economia mista. Especialmente ao levar em conta a distinção entre conflito formal e substancial, o Relator entendeu que a previsão que conduz ao conflito formal deveria ser examinada em conjunto com o determinado no art. 238. Segundo o Relator, essa “interpretação em diálogo” poderia ser entendida como “ponderação”.

Diante disso, considerou que, diante do conflito entre o interesse primário e o secundário, o primeiro deveria prevalecer. E, portanto, desde que o disposto no art. 238 não conduza a redução substancial ou extinção do lucro, não se poderia impor a regra do conflito formal, sob pena de impedir o Estado de intervir na economia e buscar satisfazer o interesse público primário (que, inclusive, legitimou a criação da Eletrobrás). “Essa seria a regra do jogo a que o investidor privado conscientemente se submete”³³.

Considerando que a avaliação teria de se realizar no caso concreto, apontou que o voto da União era uma decisão crucial para o futuro da companhia, mas para a consecução do interesse público, teria de sacrificar a faculdade de pleitear judicialmente eventuais direitos futuros. E, face a todos esses argumentos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário da União.

Tendo em conta os dois julgamentos, cabe realizar, nesta oportunidade, uma avaliação analítica sobre o caso desta sociedade de economia mista. Assim, nos termos do voto da Relatora, depreende-se que a CVM utilizou-se da concepção contratualista do interesse social, quando se refere à esse interesse como o da coletividade dos sócios.

Em contraposição, o voto do Relator do SRFN, não se fixou na concepção do interesse social para sua razão de decidir, quando considerou o interesse público que legitima a criação da sociedade de economia mista como integrante do interesse social, de modo que ele seria compatível com a concepção contratualista, institucionalista e para teoria organizativa.

Desse modo, não aderiu a quaisquer das concepções sobre o interesse social, passando ao largo dessa discussão doutrinária, sem, contudo, desconsiderá-las na decisão, obtendo uma conciliação entre a visão própria dessas concepções com o caso que foi decidido.

Sobre o cerne da questão, a interpretação do art. 238 da Lei nº 6.404/76, a CVM entendeu que tal dispositivo ao fim e ao cabo levaria a uma reafirmação do regime jurídico das sociedades anônimas e, portanto, a disciplina posta aos acionistas controladores, à

³³ Expressões originais do voto.

sociedade de economia mista. Nesse sentido, atribuiu tratamento igual ao acionista controlador privado e o estatal, não atribuindo prerrogativas ao estatal em âmbito das assembleias de acionistas, o que levou ao tratamento da União de forma equivalente a um acionista privado no que toca à incidência do no §1º do art. 115 da Lei nº 6.404/76.

Essa interpretação levou aquela autarquia especial a considerar que a mera existência de um interesse público secundário conflitante da União conflitante com o da Companhia, em menor ou maior medida, levaria ao regime do conflito formal, de modo que o acionista estatal estaria impedido de votar na assembleia geral de acionistas em deliberação que esse interesse estiver presente.

Por seu turno, o CSRFN considerou que o art. 238 da Lei nº 6.404/76 atraía um regime diferenciado ao acionista controlador estatal. Desse modo, esse acionista estaria legitimado a votar em assembleia em que houvesse a convivência simultânea entre o interesse público secundário e o primário, sendo o primeiro conflitante com o da companhia. Considerou que em situações com essa deveria se dar o regime do conflito substancial, de modo a não impedir o exercício do direito de voto do acionista estatal e relegar o escrutínio sobre a legitimidade do exercício do direito de voto para o momento posterior à assembleia, para, por um juízo de ponderação de princípios, avaliar a conformidade do conteúdo do voto do acionista estatal.

Outro ponto relevante que se afere das decisões foi a visão de cada um dos órgãos acerca do interesse público. A CVM restringiu seu âmbito à uma orientação genérica sobre o cumprimento do objeto social da empresa. Seu tratamento ao interesse público secundário do acionista estatal foi equiparado ao interesse particular, diferentemente da abordagem realizada neste estudo no subcapítulo 2.3, que considerou uma diferença qualitativa da relação entre a Administração Pública e seus interesses patrimoniais, se comparado à relação entre o mesmo interesse com o particular. Desse modo, desnaturou a essência estatal e seus fundamentos, o que levou a atribuir um tratamento similar entre o acionista controlador estatal e o privado.

Por outro turno, o CSRFN reconheceu essa diferença qualitativa e atribuiu ao interesse público primário primazia, considerando, inclusive, que o acionista controlador estatal estaria investido de um poder-dever na persecução do interesse público primário no âmbito das sociedades de economia mista, uma das razões pelas quais foi dado o tratamento de conflito de interesse substancial ao conflito verificado, quando considerou que o acionista controlador estatal não poderia deixar de perseguir tal interesse e, portanto, não poderia ver impedido seu direito de voto na assembleia de acionistas.

A abordagem posta no presente estudo considerou que o limite do sacrifício do interesse social deveria ser aferido por meio de um juízo de proporcionalidade entre os fins públicos e esse sacrifício, enquanto a decisão do CRSFN utilizou um juízo de ponderação de princípios para a solução da matéria posta em sede recursal.

Comparando a decisão final proferida pelo CRSFN com a abordagem proposta no subcapítulo 2.3, verifica-se que ele não se valeu da concepção do contrato organização, de modo que não considerou a estrutura de coordenação de interesses no âmbito das sociedades de economia mista, porém considerou o interesse público primário como parte do interesse social, por ser ínsito ao objeto social da companhia, o que o coloca numa posição compatível com todas as concepções sobre o interesse social, inclusive a contratualista.

CONCLUSÃO

No estudo que se realizou foi abordada uma avaliação da evolução do modelo de Estado e Administração Pública, a partir das práticas econômicas propostas num Estado liberal, de intervir para não intervir, perpassando a atuação formulada pelo keynesianismo de economia administrada, até alcançar o modelo neoliberal, numa abordagem que partiu da influência dessas ideias desde a ordem internacional, para culminar em seus efeitos no Brasil e em sua ordem jurídica, principalmente no Direito Administrativo e no Direito Econômico, pela conexão entre os dois ramos do Direito com as empresas estatais.

Analisou-se, ao longo deste estudo, que ambos os modelos tiveram por fim estabelecer uma arquitetura social que providencia um suporte ao sistema capitalista, cujos modelos se apresentam no estudo como ideologias, na medida que se afiguram como um conjunto de crenças sobre a forma de orientação da ordem pública, da organização do Estado, em linha como o sentido fraco de ideologia proposto por Norberto Bobbio.

O keynesianismo, cuja predominância nos países ocidentais se deu a partir do Acordo de Bretton Woods, é marcado pela projeção do Estado no domínio econômico. Por essa abordagem, o Estado tem o papel de intervir na economia com vistas a promover o bem-estar social mediante, principalmente, a obtenção do pleno emprego.

Essa ideologia se coloca como uma resposta ao socialismo que (supostamente) ameaçava o sistema capitalista no período em que passou a predominar, de modo a tentar pro(mo)ver uma maior igualdade material aos cidadãos dos Estados, com vistas a distensionar as relações sociais que se verificavam da concepção do liberalismo clássico, que pressupunha a liberdade dos agentes econômicos e a abstenção do Estado na esfera econômica.

Verificou-se que, na perspectiva histórica, a intervenção do Estado na economia se colocou de forma cíclica: um período de mais intervenção no período do capitalismo mercantil, não intervenção no capitalismo contemporâneo à Revolução Industrial, uma nova fase intervencionista no período keynesiano e um novo movimento pendular com a ascensão do neoliberalismo.

Os ciclos de intervenção, por outro turno, foram fruto de tentativas de correção de distorções ocasionadas pelo ciclo anterior, de modo que, avaliando em perspectiva, tanto uma abordagem quanto a outra se mostraram adequadas na visão das pessoas de sua época, que enfrentavam problemas distintos no curso da história.

Nesse sentido, o período keynesiano tem sua marca no Estado por políticas que buscavam promover o bem-estar social, pela busca do pleno emprego, como também por políticas relacionadas à previdência social e pela mediação dos conflitos entre a classe trabalhadora e a classe detentora dos meios de produção.

Por outro lado, o modelo liberal tem por objetivo obter um absentéismo do Estado no domínio econômico, pois considera que a intervenção estatal leva a uma coerção sobre os indivíduos que levaria a tomar decisões para atendimento de objetivos não escolhidos por eles. A ausência de liberdade impediria que o livre curso das relações sociais levasse a inovações que apenas a interação livre entre as pessoas poderia ocasionar, pois essa interação livre permitiria a integração de conhecimento das pessoas, levando a soluções não inicialmente previstas, de modo que isso conduziria ao progresso da sociedade. Na visão neoliberal a igualdade material não deve ser um objetivo do Estado, que deve garantir tão somente a igualdade formal, garantindo uma neutralidade do Estado diante dos indivíduos do corpo social, que estariam sujeitos às mesmas “regras do jogo” e livres para agir de acordo com seus próprios interesses, sem o que Hayek considera coerção do Estado.

Nessa perspectiva, a indução de comportamento fruto do planejamento e intervenção estatal comprometeria este resultado: o progresso da humanidade, uma vez que o condicionamento dos comportamentos reduziria a possibilidade de interações e, portanto, das soluções para os problemas. A liberdade teria um caráter instrumental, e não imanente a pessoa humana, representa uma visão utilitarista da liberdade.

O resultado dessa concepção neoliberal foi a concentração de riqueza, desindustrialização dos países centrais e uma proeminência do capital financeiro com relação ao capital produtivo, que também se refletiu na projeção desses agentes no aparato estatal.

No Brasil, este primeiro período welfarista foi marcado por políticas sociais que não tinham objetivos redistributivos, de modo que o caráter de mediação estatal se mostrou menos expressivo, considerando que as políticas adotadas possuíam um caráter relacionado com a posição social do indivíduo na estrutura na cadeia de produção nacional. Isso é marcante nas políticas que se limitaram a uma rede de proteção previdenciária, pela instituição dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, que pressupunha contribuição do trabalhador e sua integração na economia formal, à exceção de medidas relacionadas à saúde pública e educação básica.

Na América Latina, o Brasil foi último país em que a ideologia neoliberal se consolidou - a despeito de um texto constitucional intervencionista -, tendo em vista que a

dinâmica econômica das elites ocasionava um dissenso sobre a velocidade da adoção de medidas neoliberais.

A Administração Pública brasileira seguiu uma alteração de perspectiva que encontra coincidência nos momentos históricos. Inseriu uma administração burocrática a partir das reformas implementadas por Getúlio Vargas, uma concepção de Administração Pública gestada no período liberal que tinha por fim estabelecer uma alteração na forma de administrar a coisa pública, de uma visão patrimonialistas para uma burocrática: a primeira, na qual se confundia a coisa pública com o monarca e a aristocracia; a segunda com fins de obter segurança para o desenvolvimento do capitalismo, na medida em que estrutura uma arquitetura da Administração com procedimentos rígidos de modo a permitir o controle de desvios, com a finalidade de dotá-la de impessoalidade e permitir a liberdade dos agentes econômicos.

Com o fracasso de planos econômicos que buscavam equalizar a inflação foi iniciado o início de um consenso sobre a insuficiência do modelo desenvolvimentista para atendimento das necessidades econômicas brasileiras. A partir desse “amalgama” em torno dessas ideias, iniciou-se a adoção de políticas de abertura comercial e redução do papel do Estado na economia, com o primeiro governo eleito diretamente após a reabertura democrática, o Governo Collor.

Diante das distorções dessa forma de administração e da pressão das demandas sociais por eficiência, o Estado brasileiro partiu para reformas, para adoção de uma administração pública gerencial, inspirada em ciências da administração e consultorias empresariais. Embora o gerencialismo também tenha sido adotado por países com regimes mais à esquerda do ponto de vista da orientação política, os influxos neoliberais no Brasil ocasionaram uma pressuposição de parte da doutrina no sentido de reconhecer a ineficiência do Estado, sendo que essa ideologia não só se plasmou na legislação, num movimento de privatização em sentido lato, com a redução da presença do Estado, como também, a partir dessa pressuposição, levou ao sistema jurídico essa discussão no plano doutrinário, o que teria um potencial de se chegar a um reconhecimento de uma invalidez jurídica de uma ou outra forma de se conceber a organização estatal.

Desse modo, o que se verificou foi um antagonismo no âmbito do Direito sobre as concepções de Estado, de forma mais acentuada no Direito Econômico, no qual se disputa a concepção sobre a validade jurídica da maior ou menor intervenção do Estado na economia. Isso implica dizer que, realizado o consenso em torno da validade jurídica de uma forma ou outra da atuação estatal, haveria um juízo jurídico sobre a validade de uma

determinada ideologia, o que culminaria na impossibilidade de se promover políticas sociais e econômicas próprias da alternância de poder na democracia. Em última análise, isso reduziria o espaço para o pluralismo político.

Nesse sentido, propôs-se dar uma abordagem à constituição econômica mais adstrita aos enunciados de seu texto e os limites postos por sua semântica e sintaxe, sem desconsiderar os princípios nela postos, de modo que seja possível a colmatação da ordem jurídica pela Constituição, mas lhe atribuindo uma plasticidade suficiente para servir de fundamento de validade para as posições ideológicas que se alternarão ao longo do curso da história da Constituição. Considerou-se, para tanto, a percepção do movimento pendular da intervenção do Estado na economia no capitalismo dos países ocidentais, bem como que as ideologias que disputam a adequação do espaço de intervenção estatal teriam por objetivo alcançar os mesmos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, de modo que a aptidão de uma ou outra ideologia para alcançar esses objetivos é próprio do sistema político e não jurídico.

Nessa linha, foi apontada a necessidade de se avaliar as empresas estatais também sob esse prisma, permitindo que ela possa atender ao interesse público que legitima sua criação de acordo com as diretrizes político-administrativa de uma determinada ocasião de modo a dar liberdade às escolhas políticas, desde que dentro das possibilidades próprias do ordenamento jurídico.

Partindo disso, passou-se a avaliar a dinâmica dos interesses postos no âmbito das sociedades de economia mista, onde a tensão entre os interesses entre os acionistas privados e o estatal se mostram mais acentuadas.

Para tanto, foi abordada as teorias sobre interesse social para se estabelecer a sua relação com o interesse público ao qual estas entidades devem atender. As teorias colocadas dão prevalência aos interesses particulares, como as de matriz contratualista, ou são influenciadas por interesses públicos, como o da comunidade em que atua, diante da relevância social desses veículos de produção de riqueza, empregos e seu impacto em agentes não diretamente a ela ligados, como credores, nas teorias de matriz institucionalista.

Pôs-se, também, a teoria do contrato organização, que concebe o contrato de constituição da sociedade como a disciplina de coordenação de interesses no âmbito das sociedades, cujos indivíduos se associam para consecução de objetivos comuns.

Diante disso, buscou-se entender a questão que se coloca na tensão entre os interesses privados e estatais no âmbito das assembleias de acionistas, cuja marca mais

acentuada se dá na figura do abuso de poder de controle na modalidade abuso do direito de voto.

Valeu-se, para tanto, da teoria do contrato organização para buscar uma disciplina para a coordenação desses interesses, sem desconhecer que este tipo societário, embora possa em determinados momentos caminhar sobre os interesses privados, tem a proteção desses interesses em alguma medida também, pois essas sociedades não estão sujeitas à falência e, portanto, haveria um *trade off* entre o risco político e o risco soberano, sendo a decisão de alocação de poupança nessas empresas fruto desta decisão.

Assim, o art. 238 da Lei nº 6.404/76 facultaria o acionista estatal fazer predominar o interesse público no âmbito dessas empresas, de modo que a figura do abuso do poder de controle, bem como os potenciais conflitos de interesse, estaria mitigados quando houver incidência de interesse públicos nas orientações do acionista estatal, de modo que o impedimento do direito de voto desse acionista se daria de modo excepcional e a legitimidade do voto desses acionistas deveria ser, em regra, visto *a posteriori* à luz do princípio da proporcionalidade.

Passou-se a avaliar o caso concreto, a respeito das decisões da CVM e do CRSFN relacionadas à Eletrobrás, no qual se verificou que a CVM adotava a concepção contratualista de interesse social e interpretava que o acionista estatal se encontrava na mesma condição que os privados no que toca aos direitos e responsabilidades, reduzindo demasiadamente o âmbito de atuação do Estado na consecussão de interesse público por essa figuras societárias. Poder-se-ia dizer, inclusive, que a visão da CVM foi, no julgamento, bastante contaminada pela ideologia que propugna um visão de Estado ausenteísta, de modo a incidir no problema acima mencionado, ou seja, por meio de um juízo jurídico, delimitar a validade de uma posição ideológica no âmbito da realização de políticas públicas. A decisão da CVM culminou na penalização do acionista estatal União.

Em grau recursal, em uma visão que soa mais acertada, deu-se uma interpretação ao mesmo dispositivo que permitia a persecução de interesses públicos pelas sociedades de economia mista, de modo a permitir a fluidez às diretrizes político-administrativas dos Governos democraticamente eleitos e não esvaziando a figura jurídica dessas sociedades ao interesse dos sócios, mesmo que com uma estreita via para o interesse público.

Se o entendimento da CVM viesse a prevalecer, isso resultaria num efetivo estreitamento do norma prevista no art. 173 da CF/88, ao menos no que toca a esse tipo societário. No limite, poderia culminar uma negativa de vigência do dispositivo, a depender do avanço dessa linha de entendimento sobre o assunto.

Nessa linha, a abordagem proposta à Constituição Econômica no sentido de lhe atribuir plasticidade aos seus enunciados, mostrou-se adequada à própria manutenção da força normativa da Constituição e a estabilidade da ordem jurídica, por permitir o fluxo de visões sobre a forma de se organizar o Estado, seja em razão ideológica, seja em razão dos problemas que podem advir das imprevisibilidades inerentes ao curso da história.

Por fim, a hipótese explicativa mostrou-se insuficiente para a compreensão do problema, cujo o curso da investigação apontou para a necessidade de ser complementada com os aspectos relacionados com o contrato organização, de modo obter uma coordenação dos interesses no âmbito da sociedade de economia mista, bem como a necessidade de se considerar o interesse público como integrante do interesse social, por estar contido no objeto da companhia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Agency problems and legal strategies. In: **The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach**. Nova Iorque, Oxford University Press, 2009.

ASCARELLI, Tullio. **O Empresário. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XXXVI, no. 109. 1998.

ASQUINI, Alberto. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova Série – Ano XXXV, nº 104, outubro-dezembro de 1996.

AURELIANO, Liana; DRAIBE, Sonia Miriam. **A política social em tempo de crise: articulação institucional e descentralização**. Volume I, reflexões sobre a natureza do bem-estar. Brasília: CEPAL, 1989.

BAKAN, Joel. **The Coporation**: the pathological pursuit of profit and power. Nova Iorque: Free press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEATLY, Richard L. **Corporate control and the corporate asset theory**. *Montana Law Review*, 1966, p. 153-172.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o novo constitucionalismo latino-americano**. *Belo Horizonte: RBEC*, n. 26, 2013. P. 285-305. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5537756/mod_resource/content/1/GB_RBEC_26.pdf acesso em out-2021.

BERLE, ADOLF A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BORDO, Michael D. **The Bretton Woods International Monetary System: A Historical Overview**. University of Chicago Press, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATEEEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Verbetes “Ideologia”. In: **Dicionário de Política** – volume I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Código Civil**. 2002 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 08 out. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.303/2016. Lei das Estatais

BRASIL, Lei nº 6.404/76. Lei das Sociedades Anônimas.

BRASIL, Paula Zambelli Salgado; AMARAL, Guilherme. **Reforma do Estado brasileiro, crise do Estado e neoliberalismo**: qual gestão pública e para qual Estado? In: LORENCINI, Bruno César et al. TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Editora Thoth, 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado Republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: editora FGV, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O caráter cíclico da intervenção estatal**. Brazilian Journal of Political Economy, v. 9, n. 3, 1989.

CABRAL, Anya. História das usinas nucleoeletricas no Brasil. **Revista Eletrônica de Energia**, v. 1, n. 1, 2012. p. 58-71.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da constituição sobre o ordenamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2014

CARONE, Edgar. **A república nova (1930-1937)**. São Paulo: Difel, 1974

CASTRO, Moema Augusta Soares; FERREIRA, Fábio Marques. **A atuação da empresa e sua organização no mercado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. **Teoria da Empresa no Código Civil de 2002**. Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, N.42, 2002.

CATAPANI, Márcio Ferro. **Os contratos associativos**. FRANÇA, Erasmo Valladão, 2009.

CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

CYRINO, André. **A constituição econômica e a Lei N. 13.874/1019**. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coords). Lei da liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DE FARIA, José Ricardo Vargas; DE FARIA, José Henrique. A concepção de Estado e a Administração Pública no Brasil no âmbito do Plano Diretor de Reforma do Estado. **Administração Pública e Gestão Social**, v. 9, n. 3, 2017.

DI PITRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2009.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FERRERA, Maurizio. **Recalibrar o Modelo Social Europeu**: Acelerar as Reformas, Melhorar a Coordenação. In: DELGADO, Maurício Godinho & PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de bem-estar social no século XXI . 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 91-104.

FILGUEIRAS, Luiz. **O neoliberalismo no Brasil**: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales, 2006.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Azevedo e Novaes; VALLADÃO, Erasmo. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

GABARDO, Emerson. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social**. Revista de Investigações Constitucionais, v. 4, p. 95-130, 2019.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Mauricio Correa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira Estudos Politicos, 2017.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madri: Alianza Editoria, 1977.

GOMES, João Paulo Pombeiro & VIEIRA, Marcelo Milano Falcão. **O campo da energia elétrica no Brasil de 1880 a 2002**. Revista de Administração Pública. n. 43, 2009. p. 295-321.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo**. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 11, n. 44, p. 59-110, 2011.

HAYEK, Fredrich. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - Uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HASMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **The end of hystory for Corporate Law**. George Town Law Journal, 89(2), 439-468.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HINERESTROSA, Fernando. **Autonomia Privada y Tipicidad Contratual**. Revista de Derecho Privado, Nº 2, 2013.

HINESTROSA, Fernando. **Función, Límites y Cargas de la Autonomia Privada**. Revista de Derecho Privado, Nº 26, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A contratação sem licitação nas empresas estatais**. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016/Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas. 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O interesse público na sociedade de economia mista brasileira: aproximação com a benefit corporation do direito norte-americano.** *Revista de Direito Administrativo* 279.1 (2020): 79-110.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O acionista controlador na Lei de Sociedades Anônimas**. Revista dos Tribunais RT 520/179, fev/1979

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Brasília,DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MENDES, Gilmar. **Aspectos constitucionais do regime jurídico das empresas estatais**. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

MENDONZA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEMEYER, Gerhart. **O interesse público e o interesse privado**. In: FRIEDRICH, Carl J. (coord). O interesse público – nomos I. Rio de Janeiro: Edições o cruzeiro, 1967.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Capítulo V – Sistema Jurídico da Companhia**. In: LAMY FILHO, Alfredo; Pedreira, José Luiz Bulhões (coord). Direito das companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREZ, Viviane. **Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito**. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.) Temas de Direito Civil-Empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PAGLIARDI, Odail; SOBREIRO DIAS, José Celso. **Evolução do Setor Elétrico: uma breve reflexão**. Interciência e Sociedade, v. 1, n. 1, 2011. p. 77-83.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2013.

REGO, Marcelo Lamy. **Capítulo II, Seção III, Direito de voto**. In: LAMY FILHO, Alfredo; Pedreira, José Luiz Bulhões (coord). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSANVALLON, Pierre. **O Liberalismo, da crítica do Estado providência à teoria da sociedade sem Estado**. In: *A crise do Estado-providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Unb, 1997. p. 47-83.

SÁ, Alexandre de Albuquerque. **Sociedade institucional no direito brasileiro?** *Direito empresarial, tributário e financeiro [Recurso electrónico] / Antônio Carlos Diniz Murta... [et al.] (coords.)*. — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017.

Statement of Aims. 1947. Disponível em < <https://www.montpelerin.org/statement-of-aims/>>. Acesso em 17 out 2021.

The Economist. **The triumph of big government**. . November 20th-26th, 2021

TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedade de economia mista e acionistas minoritários**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

WERNER, Walter. **Corporate control, corporate power**. *Columbia law review*, 1983, p. 238-247.

WILLIAMSON, Oliver E. **Internal governance structures**. In: ROMANO, Roberta. *Foundations of corporate law*. Nova Iorque: Foundation Press, 1993.