

A IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO EM CONDIÇÕES NÃO ISONÔMICAS ENTRE O ESTADO-INTERVENTOR E OS PARTICULARES.

Bernardo Costa Peterli Guimarães

Advogado. Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV – Direito Rio).

Recebido em: 28/02/2018

Aprovado em: 10/07/2018

RESUMO

O grau de intervenção direta do Estado na economia sempre foi um dos grandes debates na sociedade brasileira dada a marcante presença das estatais em nosso sistema econômico. A participação direta do Estado ora foi utilizada como mecanismo de promoção do desenvolvimento para o país e ora foi considerada como um mecanismo ineficiente quando comparado à atuação da iniciativa privada. De todo modo, essa participação tem como fundamento a regulação de eventuais falhas de mercado que existiriam em um mercado sem qualquer interferência. Nesse sentido, o presente trabalho procura superar a discussão sobre a conveniência ou não da existência de estatais apresentando os limites esperados para a sua atuação de modo que a sua participação não seja deletéria ao mercado ou ao interesse público.

Palavras-chave: Intervenção direta. Estatais. Falhas de mercado. Direito Constitucional. Direito Administrativo

THE INTERVENTION OF THE STATE IN THE ECONOMY THROUGH STATE OWNED COMPANIES IN ISONOMIC CONDITIONS

ABSTRACT

The intervention of the State in the economy has been one of the biggest debates in Brazilian society given the remarkable presence that State owned companies have in our economic system. Public owned companies were often used as a mechanism to promote the development of the country, but were also considered as an inefficient mechanism when compared to the private sector. In any case, the reason for their existence is the regulation of market failures that would exist in a market without any interference. In this sense, the present work seeks to overcome the convenience of the public owned companies presenting the expected limits for its acting in the economic activity so that its participation is not deleterious to the market or to the public interest.

Keywords: Intervention Regulation. State Owned Companies. Market Failures. Constitutional Law. Administrative Law

1 INTRODUÇÃO

A forma de organização de uma sociedade em grande medida se conforma com a estrutura econômica que desenha para o “mercado” na qual está inserida, o qual deve ser entendido a partir de suas várias faces e conceitos, porém sempre partindo da premissa de que esse é o *locus* no qual os agentes interagem e alocam os produtos – sejam mercadorias, serviços ou o próprio trabalho – dessa interação¹.

Com relação a como se dá a alocação do resultado dessa interação é que o Estado possui relevante papel, já que o mercado sem qualquer tipo de regulação poderá alocar os recursos de forma ineficiente ou até mesmo deletéria em decorrência de comportamentos egoísticos que de forma agregada produzem resultados negativos para o conjunto da sociedade.

A essa doença autoimune do livre-mercado se dá o nome de falhas de mercado² e ao Estado o papel de ser o medicamento que cura ou ao menos diminui os sintomas dessa doença.

Nessa toada, após tantas experiências, as quais penderam tanto para um lado quanto para o outro, não há mais que se falar em operacionalização do mercado de forma pura e tampouco em um que seja totalmente absorvido pelo Estado. A questão que surge hoje em dia, na verdade, é sobre qual é o grau de intervenção estatal esperado, pois a depender da forma como esta seja feita, as falhas criadas poderão superar aquelas que se buscava eliminar. Em outras palavras o que se quer evitar é que as falhas de mercado sejam suplantadas pelas falhas de governo³.

Portanto, há que se ter temperança nessa discussão, uma vez que o caminho da regulação nos parece ser um bom instrumento para se chegar a um sistema ótimo ou ao menos mais saudável.

Não obstante, dentre as diferentes formas de intervenção do Estado no mercado, tal como quando ele é consumidor de bens e serviços⁴, agente regulador de determinado mercado ou quando realiza ações de fomento (inclusive por meio de políticas tributárias), a terapia mais forte é aquela em que o Estado decide atuar como o próprio agente econômico ofertante de determinado bem ou serviço.

Na verdade, utilizando-nos da clássica divisão explanada por Eros Roberto Grau⁵, poderíamos sintetizar em três grandes grupos a intervenção do Estado na economia: (a)

¹ FORGONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 137

² NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 161 e ss.

³ No caso brasileiro essas falhas, como a captura dos agentes políticos por grupos de interesse, se dá de forma mais acentuada em razão do patrimonialismo ainda forte em nossas instituições. Cf. Faoro, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Globo, 1976

⁴ O art. 3º, §5º E §7º da Lei 8.666/93, por exemplo, permite haja uma margem de preferência em favor de produtos nacionais de modo a promover a indústria nacional.

⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82

intervenção por absorção ou participação, a qual pode ser traduzida pela intervenção direta do Estado na economia; (b) intervenção por direção, quando este indica quais são as condições para a realização de uma determinada atividade, o que também pode ser entendido como a própria regulação e; (c) intervenção por indução, correspondente ao uso de mecanismos para desenvolver determinado setor seja por meio de compras governamentais ou subsídios diretos.

E é com relação à intervenção por absorção ou participação e, por conseguinte, à sua atuação no mercado como agente produtor e ofertante de bens e serviços que o presente trabalho buscará delinear os contornos do modo de atuação que o Estado deve apresentar, principalmente, em razão do disposto no art. 173, §1º, II da Constituição Federal e da nova Lei 13.303/16.

Isso porque, ademais das justificativas – econômicas, políticas ou ideológicas – para que haja a atuação direta do Estado na economia, é necessário que se trate o modo como tal atuação se realizará. Caso contrário, nos depararemos justamente com a possibilidade de que o remédio mate o doente.

Por ser assim, a discussão sobre o “quanto” de Estado se quer deve ser afastada e deve-se passar a analisar se há algum limite no modo como o Estado deve agir quando decida ser empresário considerando, especialmente, o disposto no art. 173, §1º, II da Constituição Federal. É claro que as estatais terão limitações⁶ que as empresas privadas não terão, como a obrigatoriedade de concursos públicos ou regras de licitação, por exemplo, mas o campo de análise nesse trabalho é precipuamente sobre a tomada de decisões que possuam impactos econômicos e regulatórios em determinado setor.

Para tanto, estruturaremos o artigo da seguinte forma: na primeira parte apresentaremos a evolução das normas constitucionais brasileiras e como as suas mudanças podem nos auxiliar a dar uma interpretação aos contornos sobre o modo de atuação que deve ser observado pelo Estado quando agir como empresário.

Já na segunda parte, analisaremos dois processos administrativos instaurados pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) envolvendo sociedades de economia mista e no qual o acionista controlador (em um caso a União e em outro o estado de São Paulo) não teria agido de acordo com os interesses da empresa e, ainda, o caso mais recente envolvendo a Petrobras, no qual se discute se esta teria realizado uma política de preços para os derivados de petróleo com outros interesses que não os seus próprios e os efeitos que isso trouxe para o mercado.

No terceiro capítulo, vamos tratar da Lei 13.303/16 e como esta poderá representar uma

⁶ Podemos elencar como algumas dessas limitações: a obrigatoriedade de observância do processo licitatório (art. 22, XXVII), princípio do concurso público para ingresso em seus quadros (art. 37, II), vedação de acumulação de cargos públicos (art. 37, XVII) e ainda o controle de seus atos pelo Legislativo (art. 49, X), os Tribunais de Contas (art. 70 e 71) e ao Poder Executivo (art. 84, II).

mudança nos paradigmas que vinham se arraigando em nosso sistema com relação à atuação do acionista controlador na condução das atividades empresariais ainda que em flagrante desacordo com o comando constitucional.

Por fim, a partir das análises feitas anteriormente, procuraremos delinear quais são os elementos essenciais para que haja uma conformação no exercício da atividade econômica de forma direta pelo Estado e o determinado pela Constituição Federal e a própria Lei 13.303/16 de modos que essa opção não implique em uma destruição do mercado.

2 A EVOLUÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA

As Constituições de 1824 e 1891 estão inseridas em um contexto histórico marcado pelo liberalismo e pela busca de garantias que tinham sido ameaçadas pelo Estado anteriormente. Nessa perspectiva, são Constituições inseridas no primeiro ciclo geracional de garantia de direitos e, portanto, calcadas em proteger os cidadãos da violência estatal e na restrição ao poder de atuação do Estado.

É a época do “não” para o Estado a fim de que exsurjam os direitos e garantias individuais, em especial, aqueles relativos à propriedade, já que o seu fundamento é o das Revoluções Burguesas. Nesse sentido, temos tanto o art. 179 da Constituição de 1824⁷ quanto o art. 72 da Constituição de 1891⁸ corroborando a propriedade privada como o grande elemento basilar da ordem econômica.

Essa conjuntura foi alterada com o incremento das reivindicações sociais por maiores garantias prestacionais por parte do Estado, em especial, após os flagelos causados pela Primeira Guerra Mundial, a qual culminou na Revolução Russa e em outros movimentos por mais direitos a partir do Estado.

Nesse contexto, as Constituições passaram a ter uma nova forma na tentativa de salvar o sistema capitalista da ameaça que pairava sobre ele e as Constituições do México de 1917 e a de Weimar foram grandes exemplos dessa mudança e espalharam seus conteúdos mundo afora.

No Brasil, entretanto, o reflexo de tais mudanças e do aparecimento de uma Ordem Econômica Constitucional, ainda que não pura, já que esta era tratada junto à Ordem Social,

⁷Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
(...)

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ellepréviamenteindemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unicaexcepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

⁸ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia.

somente veio a ocorrer com a Constituição de 1934, a qual trouxe consigo uma mudança paradigmática por ter deixado de lado a clássica tríade polícia, fomento e serviço público stricto sensu para prever claramente a possibilidade de intervenção direta do Estado na economia em seu art. 116⁹.

Sem embargo, manteve-se, no seu artigo 115¹⁰ a liberdade econômica, a qual em nosso entendimento veio a ser conhecida como a atual “livre iniciativa”, como princípio basilar da ordem econômica.

Na Constituição de 1937, diferentemente, entretanto, se buscou internalizar no Estado todos os conflitos que pudessem advir da sociedade e a dar a ele um grande papel de coordenador das atividades sociais em todas as suas dimensões (família, trabalho, economia...). Desse modo, a iniciativa individual é reconhecida como fundante da prosperidade nacional, porém o Estado, como representação da vontade coletiva, teria a possibilidade de intervenção, tal como se depreende da leitura do artigo abaixo:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.**

A Constituição de 1946 já nos ares da redemocratização não alterou a sistemática de intervenção do Estado no domínio econômico, porém começou a criar balizas para a criação e funcionamento das estatais, tal como se denota do seu art. 146:

Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. **A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.**

Entretanto, tal artigo apresentava uma contradição em termos, pois se de um lado impunha um limite que seriam os direitos fundamentais, por outro deixava ao alvitre do interesse público qualquer intervenção.

Essa sistemática foi alterada com a Constituição de 1967, a qual em seu art. 163¹¹ apresentava dois condicionantes para que ocorresse a intervenção do Estado na economia ou,

⁹Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

¹⁰ A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

¹¹ Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade,

ainda, a instituição de algum monopólio: (i) indispensável motivo de segurança nacional ou; (ii) para organizar determinado setor que segundo o entendimento estatal não pudesse ser desenvolvido livremente.

Passou-se ainda a expressamente prever que as empresas privadas teriam a preferência para a exploração da atividade econômica e que o Estado somente atuaria em caráter suplementar, conforme se denota da leitura do artigo 170¹².

Ocorre que a política econômica engendrada não foi condizente com tais ditames, pois com a edição do 1º Plano Nacional de Desenvolvimento (Lei n.º 5727/71) e o 2º Plano Nacional de Desenvolvimento (lei 1.161/74) o que se percebeu é que o Estado continuava tomando para si o papel de destaque no exercício da atividade econômica¹³.

Apesar desse papel de destaque, o mais importante foi que a Constituição reconheceu que a atuação do Estado fora do regime de competição não é salutar para o próprio desenvolvimento do mercado. Nesse sentido foi que se previu que a atuação estatal deveria ocorrer de acordo com o mesmo regime da iniciativa privada, tal como preceitua o §2º do art. 170:

§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

Os ditames dispostos na Constituição de 1967 não vieram a ser substancialmente alterados com a Constituição de 1988, a qual em seu artigo 173¹⁴ passou a dispor que a exploração direta

mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

¹² Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

¹³ O setor de siderurgia é um claro exemplo de como os PND levaram as estatais a um grau extremado de intervenção nos mercados. Neste setor, as estatais chegaram a ter 65% da capacidade produtiva total o que somente veio a ser alterado já nos idos dos anos 90 com as primeiras privatizações. Cf. ANDRADE, Maria Lúcia Amarante de in *BNDES 50 anos: histórias setoriais*. São Paulo: DBA Artes Gráficas, 2002. Vários Autores.

¹⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, 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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas

de atividade econômica pelo Estado novamente só seria permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, porém se retirou a previsão de que esta deveria sempre ser considerada complementar¹⁵.

Ocorre que a Constituição de 1988, imbuída de um forte desejo de mudança advindo do processo de democratização, foi debatida e promulgada ao mesmo tempo de uma grave crise econômica, o que não permitiu que se escapasse de uma discussão sobre o tamanho do Estado.

Tanto é assim que a Lei 8.031/90 que criou o Programa Nacional de Desestatização – curiosamente também chamado de PNDassim como o plano de intervenção desenvolvimentista dos anos 70 – foi promulgada já nos primeiros anos da nova Constituição.

Ainda assim, e mesmo depois de todo o processo que vivemos de alienação de participações em estatais e de delegação a entes privados de serviços públicos, o Estado brasileiro continuou e continua a ser um grande empresário.

Ademais, importa notar que não há uma linearidade no grau de participação direta do Estado na atividade econômica, o que talvez demonstre a maleabilidade da nossa Constituição para aceitar que uma política econômica ou outra seja adotada sem que haja uma ruptura ou necessidade de atuação do poder constituinte derivado. Tanto é assim que após esse primeiro momento de desestatização, se seguiu um momento de estabilidade e depois vimos ressurgir o modelo desenvolvimentista calcado na criação de estatais e a participação do Estado como sócio em empresas privadas¹⁶. Nesse momento, contudo, parece que se está considerando o esgotamento desse modelo e um novo processo de privatização e desestatização está ressurgindo¹⁷.

minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹⁵ Como já dissemos em nossa introdução, esse trabalho não pretende adentrar na discussão sobre se as estatais são ou não necessárias, porém a verdade é que independentemente do que se pense sobre esse assunto, a Constituição está repleta de princípios que levam a crer que a participação do Estado no mercado deve precipuamente se dar por meios que não sejam a atuação direta do Estado na atividade econômica. Nesse sentido, temos a própria livre iniciativa como um corolário inserto no art. 1º da CF ou, ainda que se valendo do princípio da proporcionalidade, deveria o Estado sempre lançar mão do mecanismo menos gravoso para atingir determinado fim. Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º4, 2005, p. 13. Disponível em http://direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf. Acesso em Agosto de 2017 e TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

¹⁶ A criação de estatais decorreu do modelo de regulação do estado em setores considerados estratégicos. Então, no caso do setor de petróleo e gás, por exemplo, foi criada a PPSA, para o setor de ferrovias se criou a ETVA que depois se transformou na EPL e assim por diante.

¹⁷ A criação do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI por meio da Lei 13.334 e que tem como uma de suas políticas a desestatização é um dos exemplos desse novo período.

Porém, ainda que o grau de intervenção direta e a sua funcionalidade e conveniência tenha suas próprias discussões, a verdade é que a regra acerca do modo de condução das atividades de empresas estatais equiparado ao das empresas privadas continua válida na forma do art. 173, §1º, II e também do seu §2º, o qual proíbe a concessão de qualquer privilégio fiscal.

De tal sorte que as estatais continuam a se sujeitar “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Não obstante, esse comando nas suas mais variadas dimensões acabou por não ser aplicado de forma integral, seja porque se passou a entender que há regimes jurídicos distintos para empresas estatais prestadoras de serviços públicos e aquelas que atuam em atividades econômicas em sentido estrito ou porque se continuou a adotar o entendimento que vinha do período anterior à Constituição de 1988¹⁸.

Em nosso entendimento, nos filiamos no sentido de que não há qualquer exceção para que esse comando não incida sobre todas as estatais independentemente do mercado em que atuem, pois este tem como condão a preservação do mercado evitando que seja destruído pela força estatal. Note-se que não é uma discussão sobre se o Estado pode participar ou não do mercado, mas sim de que quando o faça, a sua atuação deve se dar igual a de um agente econômico racional incidindo sobre ele as mesmas regras que incidiriam sobre qualquer outro empresário.

Na verdade, o art. 173, §1º, II da Constituição é uma regra de aplicação direta¹⁹ e cujo fundamento se retira da livre iniciativa como valor fundante da sociedade brasileira e da ordem econômica, tal como preceitua o art. 1º, IV e o art. 170 da Constituição, já que somente garantindo que as estatais atuarão segundo o mesmo regime das demais empresasse permitirá o ingresso de outras empresas no mercado ou, quando isso não seja possível por existir um monopólio natural ou exclusividade em determinada atividade, que a sua atuação se dará de acordo com o que se esperaria de um mercado concorrencial.

3 A LEGITIMAÇÃO INCONSTITUCIONAL DA NÃO EQUIPARAÇÃO ENTRE EMPRESAS PRIVADAS E ESTATAIS

¹⁸ O conceito de *path dependence* pode ser perfeitamente transmutado para os nossos tribunais ou qualquer outro órgão político e seria pouco provável que os mesmos ministros do STF mudassem sua compreensão sobre um determinado tema de modo abrupto. Sobre o conceito de *path dependence* ver PIERSON, P. Increasing returns, path dependence, and the study of politics. *American Political Science Review*, v.94, n.2, p.251-267, 2000.

¹⁹ Ainda que o §1º do art. 173 estipule uma lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública a fim de dispor, inclusive, sobre o inciso II que trata sobre a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a verdade é que essa regra não pode ser violada nos atos ordinários das estatais ou pelo próprio Estado, pois se estaria violando não somente essa regra, mas sim os próprios princípios conformadores da Ordem Econômica como a livre iniciativa.

O art. 173, §1º, II traz várias dimensões nas quais as empresas estatais devem atuar em regime de igualdade com as empresas privadas, porém essa não tem sido a prática adotada pelos diferentes órgãos de controle e tampouco pelo Poder Judiciário.

O presente capítulo demonstra, a partir de casos práticos, como a jurisprudência tem se posicionado a respeito do modo do exercício da condução empresarial de estatais, em especial, aquelas sociedades controladas pelo Estado, porém com participação de outros sócios privados, ou seja, as sociedades de economia mista.

Trataremos das sociedades de economia mista pelo fato de que, ademais da velha discussão de que estas devem atuar em regime isonômico às demais empresas privadas, há que se reconhecer que os interesses insertos nessas companhias não são exclusivamente públicos.

Na verdade, as sociedades de economia mista surgem em diferentes momentos e com diferentes razões, podendo ser para incentivar a poupança popular²⁰, como mecanismo para diminuir a presença estatal²¹ ou ainda como forma de alavancar os investimentos dessas empresas²².

Dessa forma, não se pode dizer que há uma única razão para o surgimento das sociedades de economia mista, porém o que sim se pode dizer é que estas não contam única e exclusivamente com interesses públicos e, portanto, devem receber uma proteção maior contra a atuação do sócio controlador.

Dito isto, selecionamos um caso no qual a CVM analisou a atuação do Estado de São Paulo em duas companhias controladas por ele e tangenciou a discussão sobre regulação de bem público. Também selecionamos outro caso decidido pela CVM sobre a atuação da União na Eletrobrás, cujo objeto foi a possibilidade do controlador votar a favor da adesão a um novo regime jurídico para os principais ativos da companhia, os quais não necessariamente seriam em favor dos interesses da companhia.

Por fim, selecionamos um terceiro caso em que procuramos fazer uma análise do comportamento da Petrobras com relação ao represamento dos preços dos derivados de petróleo no mercado e como isso tem desorganizado o mercado trazendo ainda as decisões do CADE e do Poder Judiciário acerca do tema.

²⁰ O Fundo 157, criado pelo Decreto Lei nº 157, de 10/2/1967, tratava-se de uma opção dada aos contribuintes de utilizar parte do imposto devido, quando da declaração do Imposto de Renda, na aquisição de quotas de fundos administrados por instituições financeiras de livre escolha do aplicador.

²¹ Os Fundos Mútuos de Privatização com utilização de recursos do FGTS, conforme Lei nº 9.491/97, são um bom exemplo dessa política.

²² Lei n.º 17.992, de 21 de março de 2014 do Estado do Paraná aprovando a emissão primária de ações da SANEPAR.

2.1. O caso SABESP e EMAE²³

A SABESP é uma sociedade de economia mista controlada pelo estado de São Paulo, a qual possui a titularidade da concessão dos serviços de água e esgoto de determinados municípios paulistas utilizando, portanto, de água proveniente de cursos hídricos desse estado para realizar as suas atividades.

A EMAE, por sua vez, também é uma sociedade de economia mista controlada pelo estado de São Paulo e foi criada a partir da cisão dos ativos de geração de energia elétrica, precipuamente hidrelétricas, detidos pela Eletropaulo antes de sua privatização.

Nesse sentido, estas são partes relacionadas com controle comum e compartilham recursos hídricos como matéria-prima para as suas atividades, porém com propósitos distintos, a primeira para serviços de água e esgoto e a segunda para geração elétrica, de modo que a ação de uma pode afetar na condução das atividades da outra.

E foi em razão desse suposto conflito que se instaurou um processo administrativo na CVM a fim de averiguar se retiradas de água realizadas pela SABESP em reservatórios detidos pela EMAE ocorreram sem que houvesse a correspondente devida indenização, de modo que a EMAE teria uma perda de receita anual no montante de cerca de R\$120 milhões em razão do Estado de São Paulo estar em falta com o seu dever de lealdade²⁴ e atuar em flagrante abuso de poder²⁵ ao privilegiar uma companhia em detrimento da outra.

O Estado de São Paulo alegou que: (i) não atuou movido pelo interesse econômico (interesse público secundário), mas sim na consecução das políticas públicas prioritárias, como o atendimento de água para a população (interesse público primário); (ii) a empresa estatal teria um papel instrumental na persecução do interesse público, o que até justificaria o sacrifício de sua finalidade lucrativa²⁶; (iii) a estrutura hierarquizada do Poder Executivo não asseguraria a existência de unidade volitiva em relação às múltiplas empresas estatais que integram a administração pública indireta e, portanto, a atuação desta não teria visado a um interesse público secundário; (iv) por força da descentralização administrativa, o nível de autonomia dos dirigentes de empresas estatais seria sensivelmente maior do que o constatado nas empresas privadas sob controle acionário comum e; (v) qualquer disputa com relação ao uso da água deveria ser dirimido no âmbito do Conselho Estadual de Recursos Hídricos.

A CVM, entretanto, entendeu que existiria sim uma transação entre partes relacionadas, o que demandaria uma maior cautela na análise do caso. Porém em diversas passagens do voto, esta

²³PAS nº RJ 2012/1131

²⁴ Art. 116 da Lei 6.404/76

²⁵ Art. 117 da Lei 6.404/76

²⁶ O que estaria amparado pelo art. 238 da Lei 6.404/76 ainda que em nossa opinião este artigo venha sendo usado de modo deturpado a fim de legitimar atos contrários ao esperado em uma sociedade privada tal como preceitua o comando constitucional.

alegou que o artigo 238 da Lei das Sociedades Anônimas autorizaria o controlador a perquirir outros interesses que não os da companhia e que isso deveria ser um elemento dado e reconhecido por qualquer acionista minoritário, tal como se denota da leitura do voto na seguinte parte:

“...o acionista minoritário deve investir na companhia ciente de que o ente que a controla, ao conduzir os negócios da companhia, poderá dar prioridade ao interesse público, ainda que isso prejudique seu retorno financeiro (art. 238). Mas por outro lado, esse mesmo ente público se compromete a observar todas as demais regras da Lei 6.404, de 1976, inclusive as que limitam o seu próprio poder (art. 235), ou que lhe atribuem deveres fiduciários (art. 116 e 117), assim como as regras emitidas pela CVM (art. 235, §1º).”

Em nossa visão, a dicção do art. 238 não autoriza a qualquer ato do controlador em detrimento da companhia, apenas esclarece que a companhia pode ter planos condizentes com políticas públicas, mas não que estas devam ser custeadas em prejuízo da companhia.

A relevância desse caso, entretanto, reside, principalmente, no fato de que deveria existir uma suposta separação entre o Estado como controlador de entidades da Administração Indireta e o Estado Regulador e orientador de políticas públicas, o que apesar de existir formalmente não ocorreu. Tanto que o órgão regulador dos recursos hídricos²⁷ estava ciente dessa contenda desde os idos dos anos 90 e foi omissivo, assim como o próprio órgão central de controle das estatais paulistas²⁸ preferiu se desincumbir da tarefa de dar uma resolução para o caso.

De todo modo, está clara na decisão da CVM que há uma divisão de funções, tanto é assim que, em seu voto, esta afirma que não poderia analisar a responsabilidade do Estado de São Paulo na sua condição de legislador e menos ainda se a implementação do seu modelo regulatório para o setor hídrico teria se dado de forma correta.

Porém, por outro lado, reconhece que dar a destinação dos recursos hídricos da melhor forma a atender ao interesse público é uma obrigação do Estado, porém sem ignorar os interesses privados dos acionistas.

A partir desse caso, podemos constatar que mesmo em sociedades de economia mista, a CVM entende que a dicção do art. 238 da Lei das Sociedades Anônimas (“LSA”) ²⁹ permite que estatais não ajam como se fossem empresas privadas, apesar da dicção da Constituição de 1988 que não dá suporte a esse entendimento.

Na verdade, a questão que exsurge é da própria recepção³⁰ do art. 238 da LSA no nosso

²⁷ Conselho Estadual de Recursos Hídricos instituído pela Lei Estadual 7.669/91

²⁸ Conselho de Defesa dos Capitais do Estado de São Paulo

²⁹ 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.

³⁰ Note-se que não discutimos a recepção da norma frente à Constituição de 1988, pois entendemos que ela apenas

ordenamento com a interpretação que tem sido conferida nos últimos anos. Pois como pode se legitimar que uma empresa estatal possa agir em desacordo com as suas finalidades empresariais? Há aí uma contradição clara, já que qualquer empresa pode utilizar recursos que aparentemente não estejam relacionados diretamente com a sua finalidade ou até mesmo sem expectativa de retorno, como sói ocorrer com investimentos realizados no patrocínio de instituições ou doações a projetos que entenda ser socialmente relevantes, porém o faz em regime de exceção e em regra dependendo da aprovação dos acionistas ou de seus conselheiros.

É claro que no caso apresentado há uma dificuldade em identificar onde está o papel regulatório do Estado sob o uso de um bem público (a própria água) e o de empresário. Porém, em razão de este atuar como regulador do mercado e ainda como agente regulado, claramente, surge a necessidade de separação dos dois papéis a fim de preservar a integridade dos mercados em discussão.

Ao fim, ainda que não tenha sido categórica nas razões do seu voto, a CVM decidiu pela aplicação de penalidade ao Estado de São Paulo o que reforça que houve sim um desvio de finalidade na ação do sócio controlador.

2.2.– Caso ELETROBRAS³¹

A Eletrobras é uma sociedade de economia mista de capital aberto controlada pela União Federal e tem como papel atuar nos setores de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

A exploração econômica das atividades de geração é feita por meio de concessões por prazo determinado, uma vez que um número significativo delas estava previsto para vencer no ano de 2017, sem que o governo federal definisse como seria realizado o procedimento de sua renovação ou o término dos contratos com a correspondente indenização de eventuais valores ainda não amortizados.

Diante da incerteza sobre a forma de cálculo da indenização devida ao final dos contratos de concessão, a Eletrobras, assim como outras companhias do setor, vinha depreciando e amortizando ativos de concessão com base nas taxas que constavam no manual de contabilidade do setor elétrico, aprovado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”).

Ocorre que a União editou medida provisória, por meio da qual, visando a reduzir o custo de energia elétrica para o consumidor e ampliar a competitividade do setor produtivo, criou a

esclarece que as finalidades das sociedades de economia mista serão aderentes a sua função social, porém entendemos sim que a interpretação que veio se consolidando para a mesma é que não é aderente aos ditames constitucionais atuais.

³¹PAS nº RJ 2013/6635

possibilidade de renovação das concessões, porém com base em uma nova fórmula de cálculo inferior àquela aplicada e pela qual o contratado deveria abrir mão de discutir eventuais valores a serem ressarcidos ao fim do prazo de renovação do contrato.

Mesmo diante de condições desfavoráveis, a União, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”) e o BNDES Participações S.A. votaram pela renovação antecipada das concessões, enquanto praticamente todos os acionistas minoritários presentes foram contrários.

A questão primordial nessa discussão é sobre se a União deveria ter se absterido de votar em razão do conflito de interesses existente, já que estava por um lado propondo uma regra na sua condição de legisladora e contratante dos serviços e por outro agindo como a parte contratada para a realização daquela atividade.

A União alegou que existia *“uma total confluência dos interesses da acionista controladora União com os da sociedade de economia mista controlada, pois, tanto uma quanto outra, estão adstritas, por exigência constitucional e legal, a atuar na estrita defesa do interesse público primário”*

Porém, por outro lado, está claro que a política pública que se desenhou para o setor não atendia aos interesses da companhia ou, mesmo que atendesse, mereceria ao menos que fosse deliberada por aqueles que seriam neutrais com relação a essa medida, ou seja, todos os outros sócios que não aquele que editou a referida norma.

Neste caso, a CVM entendeu que a atuação do Estado como acionista da Eletrobras tinha um claro conflito de interesses com o seu papel como parte contratante e apontou, inclusive, que em reuniões sobre o assunto os representantes da sociedade de economia mista eram os próprios representantes do Ministério de Minas e Energia.

Ou seja, estava claro que não havia a independência esperada na tomada de decisão sobre o assunto pelo controlador e que, portanto, deveria ser aplicado o art. 115 §1 da LSA de modo a coibir que houvesse uma decisão por parte da companhia em detrimento dos seus interesses.

Este caso é importante porque a CVM também se debruçou sobre a extensão do disposto no art. 238, o qual teve, conforme já comentamos, o seu conteúdo transmutado a fim de muitas vezes legitimar que o acionista controlador possa se utilizar das sociedades de economia mista da forma que melhor lhe aproveite em detrimento tanto dos demais acionistas quanto, principalmente, na nossa visão, no funcionamento do próprio mercado, que é o que justificaria a atuação direta do Estado na economia.

Com isso, a atuação estatal que encontra seu fundamento justamente em uma falha de mercado, acaba por manter a mesma falha de mercado, porém com outra roupagem advinda da má atuação de uma estatal em um mercado competitivo. Neste caso, estamos claramente diante

de uma falha de governo, pois o Estado lançou mão de uma estatal para implementar uma política pública sem que de algum modo fossem levantados os custos dessa decisão e nem nos impactos que isso traria ao próprio mercado.

É importante ressaltar que os ativos que foram renovados são de mercados onde hoje já há competição, apesar da forte regulação existente no mercado e, portanto, essa seria mais uma razão para que não fossem permitidas condutas lesivas não só aos acionistas da estatal quanto aos próprios agentes envolvidos nesse mercado.

Não se quer dizer com isso que as estatais devam atender somente aos interesses de maximização de lucro e retorno aos seus acionistas, já que isso seria um contrassenso do ponto de vista político e de organização social, porém a verdade é que a forma de implantação das políticas públicas tampouco pode se dar por meio do esvaziamento do patrimônio das estatais.

O mais correto é que as políticas públicas sejam criadas, analisadas, precificadas e custeadas por meio dos mecanismos corretos e não de forma pouco transparentes como quando se utiliza o caixa de estatais.

2.3. A regulação de preços pela Petrobras

Após a edição da Emenda Constitucional n.º 9/95 foi flexibilizado o monopólio do setor de petróleo previsto no art. 177 da Constituição Federal, de modo a permitir que a União continuasse a titular e monopolista das atividades relacionadas a esse setor, porém com a possibilidade de contratar empresas privadas ou estatais para a realização de tais atividades.

Nesse sentido, se editou a Lei 9.478/97, a qual no §1º do art. 61³² previu que a Petrobras – sociedade de economia mista controlada pela União – deveria atuar em regime de livre competição com outras empresas e, portanto, sem qualquer benefício ou de forma contrária a uma atuação empresarial privada.

A intenção do Estado, portanto, era a de continuar atuando no exercício dessa atividade econômica, a qual foi definida pelo STF na ADI n.º 3273³³ como o exercício de uma atividade econômica em sentido estrito, porém não mais em regime de exclusividade e em regime de igualdade de condições e claramente, portanto, de acordo com o disposto no art. 173, §1º, II da CF. Essa condição era essencial, inclusive, para que outros agentes se interessassem por ingressar

³² Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

³³ ADI n.º 3273, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 16/03/2005, DJ 02/03/2007.

nesse mercado, já que até aquele momento a Petrobras era a monopolista legal e de fato do setor.

A abertura do setor, portanto, se deu em bases nas quais a União mantinha o monopólio da atividade – decidindo pela realização ou não dessas atividades – porém com a possibilidade de contratar empresas estatais ou privadas para o exercício dessas atividades.

A questão que colocamos é que nos idos dos anos de 2013, após um repique nos preços de petróleo e uma alta desvalorização do dólar, a Petrobras decidiu, por meio de várias decisões do seu Conselho de Administração, não repassar as variações do preço da matéria-prima para os derivados de petróleo³⁴. Essa estratégia recebeu duras críticas de agentes do mercado, porém a direção da companhia alegava que esta era comercialmente justificável e possuía uma lógica empresarial, pois segundo estes, a companhia não repassaria automaticamente as variações nos preços da matéria-prima aos derivados de petróleo tanto em momentos de alta dos preços quanto nos de baixa, o que no longo prazo anularia as perdas que a empresa vinha sofrendo.

Essa política de preços, contudo, não era transparente, pois não se podia determinar quando ocorreria o repasse dos preços aos derivados, e o que se percebia era que os preços se formavam de forma errática e sem qualquer previsibilidade. Note-se neste ponto que a Petrobras apesar de não ser mais monopolista legal no setor de refino brasileiro apresenta quase a totalidade da capacidade de refino instalada, o que a leva a ser uma monopolista de fato.

É claro que a decisão tomada pelo controlador da Petrobras pode ter atingido a um interesse primário do Estado, qual seja o controle da inflação e a diminuição da carestia da população, porém por outro lado, implicou em graves prejuízos aos cofres públicos e aos seus acionistas, os quais sequer foram contabilizados e apresentados. E aqui fazemos a primeira crítica com relação à decisão tomada pela companhia e que em nosso entendimento fortalece o argumento de que deve existir uma relação de igualdade na forma de condução das atividades empresariais entre estatais e sociedades privadas, principalmente com relação à formação de preços³⁵.

2.3.1. A questão orçamentária

A Constituição exige que a lei orçamentária anual apenas contemple o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, tal como preceitua o art. 165, §5, II, silente, portanto, com relação ao

³⁴ Em Fato Relevante sobre Política de Preços publicado em 29/11/2013 a empresa comunicou que a sua política de preços teria três princípios: (i) assegurar que os indicadores de endividamento e alavancagem retornem aos limites estabelecidos no Plano de Negócios e Gestão 2013-2017 em até 24 meses, considerando o crescimento da produção de petróleo e a aplicação desta política de preços de diesel e gasolina; (ii) alcançar, em prazo compatível, a convergência dos preços no Brasil com as referências internacionais e; (iii) não repassar a volatilidade dos preços internacionais ao consumidor doméstico. (<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/fato-relevante-politica-de-precos>)

³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 432

orçamento da companhia para as suas atividades hodiernas.

A razão para tanto, a nossa ver, é que a estatal sempre estaria incluída no comando do art. 173. §1º, II e, portanto, não seria necessário, por exemplo, deliberar sobre uma política de preços que estivesse em desacordo com as regras de mercado. Isso não significa que a companhia nunca vá ter prejuízo, mas sim de que sempre atuará agindo como uma empresa privada em ambiente concorrencial (pois foi para superar as falhas de mercado que esta foi criada).

Dessa forma, não existiria conceitualmente a possibilidade de formação de subsídios cruzados dentro das estatais ou de políticas deliberadas de preços baixos ou formação de preços de monopolista. E se houvesse isso, em razão, de esta estar sujeita aos mesmos comandos de qualquer empresa privada, tal estatal se sujeitaria a sanções e controles por outros órgãos, como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) ou a CVM.

No caso em tela, a decisão da Petrobras pode ser interpretada como a imposição de um subsídio aos derivados de petróleo por meio de uma decisão política tomada pelo controlador sem que tal subsídio tivesse sido discutido, deliberado e aprovado na lei orçamentária.

No limite, o que ocorreu foi uma política de subsídios a combustíveis fósseis sem que fosse utilizado o mecanismo correto de deliberação sobre este.

Dessa forma, se realizou uma opção política que não passou por qualquer escrutínio popular que a legitimasse, tal como seria exigido se fossem concedidos subsídios a todos os agentes do mercado ou fosse realizada a diminuição de tributos incidentes sobre a cadeia. Ou seja, a Petrobras pôde ser utilizada como se fosse uma extensão do Tesouro Nacional sem que esse gasto tivesse que ter sido autorizado pelo Poder Legislativo.

Entretanto, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, pode-se dizer que há claramente uma vedação a esse comportamento.

A Constituição somente exige que os investimentos a serem realizados por estatais façam parte da peça orçamentária, pois aqueles ganhos ou perdas que elas tenham em decorrência de suas atividades fazem parte do jogo de mercado se partimos do pressuposto de que está é gerida como uma empresa privada, ou seja, desde que aceitemos que elas estão sob jugo do art. 173, §1, II.

Dessa forma, somente novos aportes e, por conseguinte, no aumento da intervenção estatal em decorrência de uma maior musculatura da companhia, é que deveriam ser deliberados e aprovados, já que todas as outras ações de administração da companhia serão realizadas de acordo com o comportamento esperado dos demais agentes do mercado.

2.3.2. O efeito da regulação de preços exclusivamente por estatais

Além da questão da falta de legitimidade social e política na ação tomada pela Petrobras, há ainda que se analisar outra consequência para o mercado de derivados de combustíveis. Nos últimos anos, após as descobertas realizadas no país, uma das grandes preocupações que se passou a ter foi sobre uma possível desindustrialização do país e a ocorrência da doença holandesa³⁶, já que esse fenômeno foi observado em outros países em razão das altas rendas extraordinárias advindas desse setor.

Nesse sentido, uma das políticas públicas que passou a ser considerada para o setor foi a de promoção do setor de refino e de toda a cadeia para-petrolífera, como o setor naval, a fim de evitar uma situação na qual o país se tornaria exclusivamente um exportador de petróleo bruto.

Ocorre que a manutenção dos preços de derivados de combustível em patamares muito abaixo daqueles esperados em um regime de concorrência levou a que o setor de refino passasse a ser extremamente deficitário e inviabilizou a atividade de refinarias independentes – que diferentemente da Petrobras não são verticalizadas –, pois as estas têm que comprar a matéria-prima a preços internacionais e depois vender o resultado do refino ao preço que a Petrobras pratica.

Sobre esse ponto, é importante lembrarmos que essa não teria sido a primeira vez que a Petrobras teria sido acusada de agir em desacordo com as regras de mercado e de concorrência com os mesmos fundamentos.

Tanto é assim que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) analisou essa mesma alegação no âmbito da Averiguação Preliminar 08012.007897/2005-98, a qual, contudo, foi arquivada sem que sequer tivesse tido o seu mérito analisado sob o argumento de que não existiam indícios de prática de preço predatório ou de qualquer outro prejuízo ao consumidor, pois este no limite, inclusive, seria beneficiado com preços mais baixo para os produtos³⁷.

Contudo, aparentemente, olvidou-se o CADE que a defesa da concorrência é um

³⁶ Esse termo surgiu a partir da experiência ocorrida na Holanda nos anos 70 em decorrência das descobertas de hidrocarbonetos que ocorreram no país. Em apartada síntese, a exploração dos hidrocarbonetos leva a um incremento no ingresso de moeda estrangeira que desloca a paridade da moeda local com a estrangeira fazendo com que a mesma se valorize. Esse novo “equilíbrio” do câmbio, no entanto, faz com que outros setores fiquem com o seu câmbio “desequilibrado” e passem a ser afetados por importações de produtos levando a um processo de desindustrialização e de especialização no setor extrativista de petróleo e gás. Para mais detalhes Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos in *Doença holandesa e sua neutralização: uma abordagem Ricardiana*. <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2007/07.26.doen%C3%A7aholandesa.15dezembro.pdf> Acesso em 28/08/2017.

³⁷ A nossa crítica a essa decisão é que o CADE alegou que para que restasse configurada a prática de preço predatório deveria a empresa ter como estratégia excluir concorrentes do mercado para, posteriormente, aumentar o preço e recuperar suas perdas, o que no caso seria impensável considerando que a mesma já tinha quase a totalidade do mercado.

instrumento para a realização do princípio da livre iniciativa e de proteção do funcionamento do mercado, o qual inclui os benefícios ao consumidor, porém não somente a ele. A sua função é a proteção do mercado em todas as suas dimensões.

A decisão do CADE assim legitimou o mau funcionamento de um mercado pela atuação do monopolista, a qual pode se valer de endividamento público ou ao fim e a cabo de emissão de moeda sem ter qualquer preocupação com os efeitos deletérios da sua política comercial para a continuidade da empresa ou o retorno aos acionistas.

Mais correto teria sido o CADE dizer que a política de preços adotada pela Petrobras realmente não era condizente com o que se esperava de um mercado concorrencial, porém que a manutenção de preços baixos para derivados de petróleo poderia ser uma política pública levada adiante desde que adotada na forma de uma política de subsídios do governo federal a beneficiar qualquer agente do mercado.

Seguindo esse entendimento dos danos causados pela política de preços, a Refinaria de Manguinhos ingressou com uma ação de indenização³⁸, na qual alegou que a política adotada pela Petrobras claramente a afetou e chegou a resultar na suspensão de suas atividades. Tal ação obteve sucesso no 1º grau e agora encontra-se em fase de apelação.

Note-se que o mesmo argumento agora tem sido levantado pelo setor sucroalcooleiro, o qual nos últimos anos tem ingressado com ações na justiça federal pedindo ressarcimento pelos danos causados pela mesma política, porém agora com o novo argumento de que os preços mantidos artificialmente baixos levaram a uma queda na venda de etanol por essas usinas³⁹ decorrente do fato de que a maior parte dos automóveis em circulação no país é bi-combustível.

A novidade aqui é que a política de preços adotada pela Petrobras passou a afetar não somente o setor de petróleo, mas sim o setor de energia como um todo⁴⁰ em decorrência dos avanços tecnológicos que levam os derivados de petróleo a contar com substitutos, como o etanol, que podem ter a sua demanda facilmente deslocada.

Pois bem, com a adoção dessa política, o que se percebeu é que os agentes privados se afastaram do mercado de refino de petróleo. Tanto é assim que, apesar de programas de fomento⁴¹ que foram idealizados para o setor, não houve interesse de qualquer agente privado em entrar

³⁸ Processo 0259040-67.2013.8.19.0001, da 25ª Vara Cível do Rio de Janeiro no qual restou consubstanciado que a refinaria Manguinhos foi vítima de preço predatório e reconheceu as perdas da refinaria de Manguinhos por conta da política de preços da Petrobras no montante de R\$935.532.723,97.

³⁹<http://www.valor.com.br/agro/5092514/politica-da-era-dilma-leva-usinas-justica> (Acesso em 25/08/2018)

⁴⁰ É importante notar que ademais do etanol se afetou o setor de energia elétrica, pois o bagaço de cana-de-açúcar é utilizado como fonte para as caldeiras e a energia de biomassa representa 8% aproximadamente da produção nacional. (Fonte: Balanço Energético Nacional 2016; Elaboração: EPE)

⁴¹ A Lei 12.249/10 criou o REPENEC - Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste com o intuito de fomentar investimentos em refinarias nessas regiões do país, porém somente a Petrobras se valeu desse benefício.

nesse mercado e nem mesmo agora durante o programa de desinvestimentos que tem sido feito pela Petrobras houve interessados em assumir participação em refinarias.

Assim, conclui-se que a política de preços adotada pela Petrobras serviu não somente para piorar o seu desempenho financeiro como no médio e longo prazo levou a não realização de investimentos em um setor que tinha sido considerado prioritário pelo próprio Estado, o que demonstra que as consequências nefastas de uma política de regulação de preços por meio de uma estatal em especial em um mercado potencialmente concorrencial.

4 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.303/16

A Lei 13.303/16 foi editada em atendimento ao disposto no art. 173, §1º que afirma que a lei estabelecerá o “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias dispendo sobre”, conforme o art. 173, §1º, II, a sua “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Nesse sentido, ainda que entendamos que o comando constitucional previsto no art. 173, §1º, II já podia ser aplicado sem a necessidade de qualquer lei integradora considerando a clareza nele inserto, é verdade que a edição dessa lei traz um ambiente mais fácil para que as estatais atuem dessa forma, não tanto por trazer dispositivos inovadores, mas sim por esclarecer comandos que em nossa concepção já estavam claros apenas com o dispositivo constitucional. Ademais, a lei, em consonância com o próprio dispositivo constitucional, afasta a possibilidade de que se retorne à velha dicotomia de estatais atuando em atividades econômicas em sentido estrito e aquelas de serviços públicos⁴².

Sobre esse ponto, inclusive, conforme já tivemos oportunidade de tangenciar, não nos parece que haja uma diferenciação entre os comandos do art. 173 e o art. 175 da CF. O primeiro artigo engloba o segundo no que concerne ao modo de atuação do Estado na economia. A diferença entre eles, na verdade reside no fato de que o art. 173 abre a possibilidade para atuação do Estado na economia enquanto que o segundo já autoriza esse exercício quando estejamos diante de serviços públicos⁴³.

De todo modo, determinados comandos da lei afastam dúvidas que pairavam sobre os limites na condução da direção de estatais, alguns dos quais apontados acima, já que estabelece mecanismos que indicam que a direção das estatais deve se pautar em conformidade com a atuação de empresas privadas e quando não o fizer exige maior transparência e que se afira o custo dessa decisão.

⁴² FIDALGO, Carolina Barros. O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017. p. 246

⁴³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 131 e ss.

Ademais, a lei procura profissionalizar a administração das estatais ao criar requisitos para o ingresso de conselheiros e diretores, além de prever membros independentes para o conselho de administração (art.22), a criação de um comitê de auditoria (art. 24) e de um conselho fiscal (art. 26).

Esse novo arranjo institucional e de governança das estatais acaba por auxiliar em um movimento para que se separem os diferentes papéis de atuação do Estado, já que por um lado este é o agente que atua no mercado e em outro ele é o próprio formulador e implementador de políticas públicas. São dois papéis distintos, mas que em nossa história têm se confundido com bastante frequência e acabam por ser um empecilho no desenvolvimento do país.

Note-se, entretanto, que a lei por outro lado não serviu para afastar por completo todas as dúvidas que existiam acerca da condução das atividades de direção das estatais. A nova lei em seu art. 4, §1º quase repetiu o comando do art. 238 da Lei 6.404/76, o qual como já discutimos aqui tem sido interpretado pela própria Administração Pública e pelas estatais como uma válvula de escape para se valerem de decisões contrárias aos interesses da companhia.

Não obstante, esta trouxe um requisito de transparência para que seja tomada uma decisão em desacordo com o esperado de qualquer outra empresa privada, tal como se apreende da leitura do art. 8º, I combinado com o seu §2º, onde expressamente passa-se a exigir que essas obrigações tenham seu custo e suas receitas discriminados e divulgados por meio de carta anual.

Dessa forma, se criou uma barreira para que o administrador tome decisões em desacordo com os interesses da companhia, pois se o administrador e o controlador estarão sujeitos às regras da Lei das Sociedades Anônimas⁴⁴, tal como preceitua a lei, não há espaço para que se tome uma decisão contrária aos interesses da companhia.

Se assim o fizer, ainda que de forma transparente e amparado nos custos que essa decisão implicará, nada mais razoável que os demais acionistas ingressem com uma ação de reparação de danos ou indenização.

Não obstante, essa dinâmica é um avanço com relação ao que vinha se consolidando em nosso sistema opaco e pouco transparente.

Outrossim, passou-se a contemplar em seu art. 27 que as estatais terão a função social de realização do interesse coletivo ou do imperativo de segurança nacional que fundamentou a sua criação, mas que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos seus recursos.

Com isso, já não há mais espaço para que uma decisão possa ser tomada em desacordo com aquilo que se espera de uma empresa privada, pois não há qualquer outra alocação socialmente eficiente para uma empresa que não seja a de atender aos seus interesses, dos seus empregados, de seus

⁴⁴ Art. 16

acionistas e da comunidade em que atua⁴⁵.

Nesse sentido, o avanço que a lei estabeleceu foi criar um sistema no qual: (i) o controlador deve atuar de acordo com os deveres e responsabilidades determinados pela Lei de Sociedades Anônimas e, portanto, de acordo com os interesses da companhia; (ii) deixa-se claro que o atendimento à políticas públicas pelas estatais devem ter seu custo e receitas discriminado de forma transparente e; (iii) o acionista controlador responde pelos atos praticados com abuso de poder cabendo ainda ação de reparação sem a necessidade de autorização da assembleia geral de acionistas.

Por ser assim, o caso que trouxemos do represamento dos preços de derivados de petróleo pela Petrobras não poderia ter ocorrido da forma como ocorreu e se ocorresse sob a égide da nova lei, ao menos levaria à necessidade de que fossem explicitados os custos dessa decisão, o que levaria a que os demais acionistas e participantes do mercado pudessem ingressar com ações de indenização ou reparação de danos tendo em vista que a Petrobras não tem em sua missão vender derivados de petróleo em desacordo com os preços de mercado. Na verdade, o que há, pelo contrário, é a sua obrigação de agir em regime de livre competição como já explicitamos anteriormente.

5 CONCLUSÃO

Com base no acima exposto, se demonstra que mais além da discussão sobre se as estatais são ou não necessárias para o país, é imperioso que se discuta como se dará a sua atuação, já que o Estado tem o poder de criar e destruir utilizando-se de seus instrumentos. Nesse sentido, questões de governança das estatais e a aplicação do art. 173, §1º, II e da própria Lei 13.303/16 servirão para que a condução de suas atividades não mais se dê de acordo com os alvedrios político de curto prazo, mas sim nos interesses da própria companhia.

Espera-se assim que haja um avanço no debate, hoje quase que exclusivamente calcado em uma questão ideológica sobre a conveniência ou não de existirem estatais, ao invés de se discutir instrumentos para que as estatais possam ser protegidas do patrimonialismo que assola as nossas instituições e que resulta em que interesses públicos nem sempre estejam alinhados com os interesses da sociedade⁴⁶.

Assim, nossa visão é a de que não há mais espaço para que estatais atuem em desacordo com o que se esperaria da atuação de uma empresa privada em um regime de concorrência perfeita e nem da aplicação do art. 173, §1º, II da Constituição Federal, principalmente, após a edição da

⁴⁵ Parágrafo único do art. 116

⁴⁶ Faoro, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Globo, 1976

Lei 13.303/16.

Na verdade, há que se entender e reconhecer que estatais são empresas e não apenas uma roupagem que pode ser utilizada de modo indiscriminado e sem que se observem os seus propósitos e finalidades. Tanto é assim que se determinada estatal não realiza uma atividade econômica, ainda que serviço público, o mais correto é que esta seja extinta e passe a ser uma autarquia ou qualquer outro órgão.

Por outro lado, há que se parar de discutir se estatais podem ou não perquirir outras finalidades que não as de uma empresa privada. O que há de se reconhecer é que qualquer decisão dela em sentido contrário ao que se teria por uma empresa privada deve ser devidamente indenizado e reconhecido, a fim de que a sociedade possa definitivamente decidir se está de acordo ou não com a destinação desses recursos no modo proposto.

Dessa forma, defender que a estatal pode ter uma meta-finalidade⁴⁷ acaba por ser um desserviço para o fortalecimento das estatais como instituições e, portanto, para preservá-las da ingerência política que muitas vezes tem efeitos nefastos sobre estas.

Espera-se assim que nos próximos anos as estatais se fortaleçam e passem a estar menos permeáveis a interesses políticos nem sempre legítimos e claramente apresentados à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos in Doença holandesa e sua neutralização: uma abordagem Ricardiana. <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2007/07.26.doen%C3%A7aholandesa.15dezembro.pdf>. Acesso em 28/08/2017.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Globo, 1976
- FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado*. São Paulo: Almedina, 2017.
- FORGONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- FRANK, Robert H. *Microeconomia e comportamento*. Tradução: Christiane de Brito Andrei. Revisão

⁴⁷ José Vicente afirma que: “O texto legal informa que, na sociedade de economia mista, o acionista controlador pode fazer com que as atividades ordinárias da estatal sejam desviadas até objetivos de finalidade não imediatamente econômicas (...) tudo, é claro, dentro de limites de razoabilidade, moderação e bom senso, porque o simples fato de haver um controlador público não significa autorização para expropriação de acionistas privados.” Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 213

Técnica: Giacomo Balbinotto Neto. 8ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2013, pp. 578

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?* In: *Teoria do Estado Regulador*. (Sergio Guerra – Coord.) Curitiba: Juruá, 2015.

MAJONE, Giandomenico. *Do estado positivo ao estado regulador*. In: *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.) São Paulo: Singular, 2006.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, pp. 217-218

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.º4, 2005, p. 13. Disponível em http://direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf. Acesso em Agosto de 2017

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). *A intervenção do Estado no Domínio Econômico: condições e limites*. São Paulo: LTr, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PIERSON, P. Increasing returns, path dependence, and the study of politics. *American Political Science Review*, v.94, 2000

PINTO, Henrique Motta. *Empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

SADDY, A. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001