

Título : QUAL O REGIME JURÍDICO QUE INCIDE SOBRE AS LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS CHAMADAS "SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DE FATO"?

Autor : Aldem Johnston Barbosa Araújo

QUAL O REGIME JURÍDICO QUE INCIDE SOBRE AS LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS CHAMADAS "SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DE FATO"?

ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO

Advogado em Mello Pimentel Advocacia; Membro da Comissão de Direito à Infraestrutura da OAB/PE; Autor do livro "Processo Administrativo e o Novo CPC - Impactos da Aplicação Supletiva e Subsidiária" publicado pela Editora Juruá; Articulista em sites, revistas jurídicas e periódicos nacionais; Especialista em Direito Público. (e-mail: aldem.johnston@mellopimentel.com.br)

Quando atua intervindo na economia por meio de sua faceta empresarial, o Estado faz tanto uso de tradicionais estruturas institucionais como as empresas públicas e sociedades de economia mista, em que ele detém o **controle majoritário acionário, como também lança mão de estruturas jurídicas não tão conhecidas por parte dos operadores do direito como as chamadas** "empresas público-privadas [1]" ou "empresas semiestatais [2]", nas quais a sua participação acionária é minoritária.

Para a doutrina, quer o Poder Público tenha ou não preponderância nas decisões tomadas pelas empresas público-privadas, tais entidades: (1) não se submetem ao regime jurídico previsto na Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) [3], (2) não integram a Administração Pública e (3) não estão sujeitas ao controle por parte dos Tribunais de Contas [4].

Embora apenas tenha tangenciado o problema das empresas público-privadas e a sua relação com o regime previsto na Lei nº 13.303/2016, a CVM - Comissão de Valores Mobiliários manifestou-se em consonância a esse entendimento da doutrina, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito, extraído da decisão proferida no Processo CVM nº 19957.008923/2016-12:

"a aplicação do Estatuto das Estatais a sociedades controladas em conjunto por sócios públicos e privados teria o efeito de impor a esses últimos regime jurídico eminentemente público, em clara extrapolação o fundamento constitucional da lei".

Pois bem, mas o que ocorre quando o Estado acidental, ocasional ou mesmo voluntariamente [5] (v.g. acordo de acionistas) assume o **controle societário de uma** empresa público-privada e constitui na prática uma "sociedade de economia mista de fato"?

Como é de notório conhecimento, o ordenamento jurídico brasileiro, na forma do art. 37, XIX da CFRB de 1988, dos artigos 3º e 4º do Estatuto das Estatais e dos incisos II e III do art. 5º do Decreto-lei 200/1967, impõe a necessidade de autorização legislativa para a criação de estatais.

Em reforço, diga-se ainda, que o artigo 4º do **Decreto nº 8.945/2016 (que regulamenta o Estatuto das Estatais no âmbito da Administração Pública Federal)** impõe que, mesmo nos casos de assunção de controle societário por parte da União ou de suas estatais em uma empresa público-privada da qual participavam como acionistas minoritários, a constituição de uma nova estatal decorrente de tal condição só pode se dar em caso de prévia autorização legal.

Todavia, o surgimento de uma sociedade mista de fato não é precedido da devida autorização legislativa.

Como a autorização legislativa prévia constitui elemento conceitual das empresas estatais, a doutrina entende que, a sociedade de economia mista de fato, em razão da ausência desta

autorização legislativa, não integra a Administração Pública apesar do controle estatal.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as regras de direito público que incidem sobre as estatais não alcançam as sociedades em que há participação societária do Estado sem a devida autorização legislativa prévia:

“a exigência de autorização legislativa de tal forma se incorporou ao conceito de sociedade de economia mista, que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, se não houve autorização legislativa, não existe esse tipo de entidade, mas apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado (cf. acórdãos do STF in RDA 143/118 e 145/170; e do TRF in RDA 157/222). Esse entendimento foi consagrado pelo legislador constituinte, como se verifica pela referência, em vários dispositivos, a esse tipo de empresa, como categoria à parte (...) Essa conclusão tem, na realidade, alcance mais amplo, pois todas as sociedades em que o Estado tenha participação acionária, sem no entanto, ter a natureza de sociedade de economia mista, não se aplicam as normas constitucionais, legais ou regulamentares referentes a esta última entidade, a menos que sejam abrangidas expressamente. É o caso do capítulo das Sociedades por Ações concernente às sociedades de economia mista.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 384)

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles ^[6] afirma que a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista depende de lei específica autorizadora de modo que “as sociedades em que o Estado tenha participação acionária, mas cuja instituição não tenha sido autorizada por lei, não constituem sociedade de economia mista e a elas não se aplicam as normas constitucionais e legais referentes a estas.”

Em 1979, ainda sob a égide da CF/67 o STF afastou a incidência das regras de direito público das sociedades sob controle acionário do Estado que não tivessem sido criadas após prévia autorização legal (no caso específico decidiu-se pela impossibilidade de uma empresa nesta situação litigar numa vara da fazenda pública). Eis a ementa do julgamento:

“Sociedade de economia mista – com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura através da lei criadora de pessoa jurídica que a caracteriza como sociedade de economia mista” (STF, RTJ 96:1323, RE 91.035/RJ, Rel. Min. Soares Munhoz)

No voto do relator, citam-se as lições de Waldemar Ferreira e Pontes de Miranda no sentido de que “não se podem qualificar como de economia mista as sociedades privadas como tais organizadas pelo simples efeito de intromissão neles, transitória ou permanentemente, de pessoas jurídicas de direito público interno. Pouco importa que estas, pela aquisição da maioria das ações consigam dominá-la; elegendo os seus órgãos administrativos, deliberantes e fiscalizadores, subordinados de um lado aos estatutos sociais e, do outro, aos dispositivos da lei regente da sociedade anônima, principalmente quando o objetivo da sociedade seja o exercício da atividade mercantil ou industrial” e “mesmo se o Estado se faz titular de mais da metade, ou de mais de dois terços, ou de quase totalidade das ações de sociedade por ações, ou tem quota superior à de qualquer dos acionistas, a sociedade não se torna de economia mista”.

Assim, à luz da doutrina aqui mencionada, e do entendimento do STF no RE 91.035/RJ, em tese não estariam as sociedades de economia mista de fato sujeitas ao regime de direito público que exige a realização de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos.

Todavia, para o TCU (que entende que o Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais ^[7]), “se o Estado vier a ser caracterizado como o controlador de uma empresa público-privada, haverá duas possibilidades” nos termos do Acórdão 1220/2016 - Plenário:

“1) ou se transforma a empresa público-privada em sociedade de economia mista, mediante autorização legal específica para tanto e aquisição da maioria das ações com direito a voto, nos termos do art. 5º, inciso III, do decreto-lei 200/1967; ou 2) o Estado deverá se desfazer das ações e/ou direitos que lhe garantem a preponderância do poder de controle na empresa. Parece-me plausível que o prazo para cumprimento da segunda condição, na ausência de implemento da primeira, seja o mesmo que o anteprojeto da Nova Lei Orgânica da Administração propõe para situações similares: ao

fim do exercício subsequente ao da assunção do controle (arts. 15, § 2º, e 18, § 3º)".

Cabe aqui um pequeno alerta sobre esta decisão do TCU, vez que, em que pese entendimentos como o consagrado no Acórdão 177/2018-Plenário [8], "é preciso indagar: em qual medida se mostra compatível com a ordem constitucional brasileira a incorporação por parte de órgãos e entidades da administração pública das razões de decidir contidas em julgados da corte de contas — produzidos a partir de casos concretos — como enunciados abstratos e normativamente vinculantes? Salvo nos casos de consulta, cuja resposta do TCU possui caráter normativo, olvida-se que as decisões da corte em sede de representações, prestação de contas e tomada de contas especial são respostas a situações concretas, diante das peculiaridades e circunstâncias do caso analisado. E, em assim sendo, não constituem, por si só, um precedente ou um entendimento a ser inexoravelmente aplicado em outros casos [9]".

Assim, é preciso analisar com temperança o Acórdão 1.220/2016 – Plenário e evitar utilizá-lo como fundamento sem fazer a devida contextualização e o devido cotejo com cada caso concreto.

Feita essa pequena digressão acerca do entendimento do TCU, restamos com um problema de ordem prática: em que pese aquela Corte de Contas ter entendido que uma sociedade de economia mista de fato só pode subsistir de forma transitória, seja até a autorização legislativa, seja até o retorno do controle societário da empresa a algum particular, tal órgão de controle não se pronunciou sobre qual seja o regime jurídico impositivo às sociedades de economia mista de fato enquanto elas subsistam. Seria o regime de direito privado ou o regime de direito público o aplicável às estatais?

Repita-se: à luz da doutrina aqui mencionada, e do entendimento do STF no RE 91.035/RJ, as sociedades de economia mista de fato não estariam sujeitas, em tese, ao regime de direito público, vez que, em razão da falta de autorização legislativa para sua criação, elas sequer integram a Administração Pública. Estariam, portanto, as sociedades de economia mista de fato sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

De incontroversa nessa situação temos apenas a conclusão de que os contratos de direito privado, celebrados antes da aquisição do controle societário por parte do Estado, são a rigor, insubmissos aos ditames da Lei 13.303/2016, Lei 8.666/1993, vez que a legislação em vigor, quando da celebração do negócio jurídico, continua a exercer seus efeitos sobre o instrumento contratual, conforme já inclusive já decidiu o STF [10].

Ora, se a adaptação entre regimes de direito público é inviável nos casos em que uma licitação ou um contrato se realizaram sob a égide da Lei 8.666/1993 e, durante o seu transcurso, a Lei 13.306/2016 passou a vigorar [11], mais justificável ainda é essa inviabilidade quando se trata da adaptação de um regime privado para um regime público.

Mas segue a dúvida sobre o que fazer acerca das relações jurídicas que surgirem a partir da formação da sociedade de economia mista de fato, as que foram firmadas antes da assunção do controle societário do Estado seguem sendo tuteladas pelo regime de direito privado, mas, e as que forem firmadas depois de o Estado assumir o controle?

Por cautela, sobretudo em nome da *accountability* e da governança, o gestor da sociedade de economia mista de fato deve atuar em conjunto com o controlador para agir como se estivesse na direção de uma subsidiária integral, submetendo a empresa às normas aplicáveis às empresas estatais até que a irregularidade que pauta a existência transitória da sociedade de economia mista de fato seja sanada, quer seja por uma autorização legislativa, quer seja pela perda do controle societário por parte do Estado.

Agindo de tal forma - promovendo licitações, empreendendo contratações diretas e celebrando contratos sob a égide da Lei 13.303/2016 - o gestor da sociedade de economia mista de fato, mitiga, durante a existência transitória de tal entidade, os riscos de responsabilização junto aos órgãos de controle.

Todavia e por fim, é preciso que fique bem claro que essa situação de incerteza quanto ao regime jurídico que incide sobre a atuação das sociedades de economia mista de fato – que pode na prática submetê-las ou não à necessidade de realizarem licitações e de celebrarem contratos da

Administração ou contratos administrativos (dentre outras implicações da incidência do regime de direito público) – caracteriza claramente não só um obstáculo/dificuldade que impõe, limita ou condiciona a ação do agente, como também uma excludente de erro grosseiro (arts. 22 e 28 da LINDB), desautorizando-se a aplicação de sanções ao gestor neste particular.

[1] “Como alternativa à sociedade de economia mista clássica, em que o Estado é titular da maioria do capital votante e dirige a atividade empresarial de forma soberana, têm surgido propostas de parcerias societárias com o mesmo Estado na posição de acionista minoritário estratégico. A ideia é fazer com que a companhia com tal configuração seja considerada juridicamente uma entidade privada e, portanto, não fique sujeita às restrições legais sobre licitações, contratação em período eleitoral, contingenciamento do crédito do setor público, limites da lei de responsabilidade fiscal, exigência de concurso público para admissão de pessoal, alm de outros controles próprios da Administração Pública (...)” (PINTO JÚNIOR, Mario Engler, Regulação econômica e empresas estatais, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, nº 15, p. 147-148, 2006 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de, Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 448)

[2] “A doutrina pátria tem descrito o fenômeno que aqui chamo de empresa semiestatal. Para os fins deste trabalho, tomo emprestada a denominação utilizada por Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto. Os autores identificaram forma de associação empresarial que ocorre, em geral, pela participação estatal minoritária, porém relevante, em empresas cuja maioria do capital votante fica em mãos de particulares. Nelas, o controle societário efetivo seria exercido de forma conjunta, partilhada, mas com predominância da maioria do capital societário nas mãos do sócio privado.” (SAADI, Mario, Empresa semiestatal, Belo Horizonte: Fórum, 2019, pág. 49)

[3] “(...) a incidência do Estatuto das Estatais é restrita, nos termos do artigo 1º, *caput* e § 6º, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias ou controladas. Salvo desvios patológicos de verdadeiros abusos de estruturas societárias, em que qualquer conceito jurídico deve ser relativizado, o conceito de controle societário, em matéria de direito administrativo, pe objetivo, formal e nominal, ou seja, exige-se a titularidade da maioria das ações com direito a voto, independentemente da existência ou não de preponderância nas decisões da empresa.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de, Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 456)

[4] “O ordenamento jurídico brasileiro admite diversas formas de atuação empresarial do Estado. Elas vão desde os casos nos quais este detém integralidade do capital votante de determinadas empresas (empresas públicas) até os casos nos quais o investimento é minoritário. A multiplicidade de formas jurídicas faz com que haja discussões sobre elas. No tocante às empresas semiestatais, a Lei das Empresas Estatais e o Decreto nº 8.945 delinearão que não integram a Administração Pública indireta. A mesma conclusão já decorria, em verdade, da leitura do DL nº 200 (...) a Lei das Estatais e o Decreto nº 8.945 estabelecem que ações e deliberações de órgãos de controle não pode implicar interferência na gestão de empresas públicas e sociedades de economia mista, tampouco ingerência no exercício de atribuições ou na definição da forma de execução das políticas públicas setoriais (art. 90 e art. 50, respectivamente). Tendo a lei excluído a competência fiscalizatória dos atos de gestão e de execução de políticas públicas por tais empresas, também está excluída a fiscalização sobre atuação das empresas semiestatais. Em vista de tais atos normativos, o controle externo exercido por Tribunais de Contas não recairá sobre as empresas semiestatais. Este controle incidirá sobre as empresas estatais que as constituem, incluindo as razões que justificaram a criação das empresas semiestatais.” (SAADI, Mario, Empresa semiestatal, Belo Horizonte: Fórum, 2019, págs. 96, 231 e 232)

[5] “(...) por um sem-número de circunstâncias, seja por mera decisão política, seja para socorrer empresas privadas em dificuldades, ou como resultado da execução de garantias, da desapropriação, da adjudicação judicial de cotas ou ações, de herança ou doação, pode acontecer de o Estado vir a adquirir a maioria das ações com direito a voto de determinada sociedade sem qualquer autorização legislativa prévia.” (Aragão, Alexandre Santos de, Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 149)

[6] MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006,

[7] “O exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle em uma empresa público-privada (sociedade na qual o ente estatal detém participação minoritária) importa na caracterização da empresa como uma sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais.” (TCU, Acórdão 1220/2016 - Plenário, relator: Bruno Dantas)

[8] “Compete ao gestor, ao assumir o cargo, tomar conhecimento das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente”

[9] AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência, Conjur, 17.04.2018 https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia#_ftn7. Acesso em 11.08.2020

[10] "Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República" (STF, RE 204769-RS)

[11] “Não parece correte o pensamento daqueles que defendem a necessidade de aditamento dos contratos firmados anteriormente, com base no regime anterior, para adaptação ao regime da Lei nº 13.303/2016. A alteração do regime poderia trazer prejuízos à isonomia e aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório. As prerrogativas extraordinárias, como alteração unilateral, por exemplo, impactam na composição dos custos de uma proposta, pelos riscos inerentes. Da mesma forma as regras de vigência. Alterar o regime contratual para o definido por outra Lei, através de termo aditivo, certamente afetaria indiretamente a equação econômica do contrato, que é intangível, por expressa manifestação constitucional. Assim, eventual alteração, para mudança do regime jurídico do contrato, atentaria ilegítimamente contra o que fora pactuado na licitação, em favor ou em desfavor do licitante.” (BARCELOS, Dawison e TORRES, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 56)

Como citar este texto:

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. *Qual o regime jurídico que incide sobre as licitações e contratos nas chamadas “sociedades de economia mista de fato”?* Zênite Fácil, categoria Doutrina, 26 ago. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.