

A COEXISTÊNCIA E OS CONFLITOS ENTRE O ESTADO REGULADOR E O ESTADO EMPRESÁRIO NO BRASIL: O CASO DA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DA ELETROBRAS

The coexistence and the conflicts between the Regulatory State and the Entrepreneur State in Brazil: the Eletrobras case

Submetido(submitted): 19/12/2018
Parecer(revised): 14/01/2019
Aceito(accepted): 31/01/2019

Mayara Gasparoto Tonin*

Abstract

Purpose – This essay examines the Regulatory State and the Entrepreneur State, focusing on the needed separation of these functions which can overlap and cause conflicts, as occurred with the extension of the electric power concession contracts of Eletrobras (CVM-PAS-RJ2013/6635).

Methodology/approach/design – The first section presents the characteristics of the different paradigms observed by the State during the years. The two following sections deal with the Regulatory and Entrepreneur States. After analyzing a case of conflict – the extension of the electric power concession contracts of Eletrobras (CVM-PAS-RJ2013/6635) –, the last section examines the need to separate the regulatory and entrepreneur functions.

Findings – The exam of the Brazilian State evolution, which presents itself as a Regulatory State but still has many characteristics of an Entrepreneur State, shows the need to clearly separate the functions, due to the risk of concrete conflicts and damage to the parts involved.

Practical implications – The conclusion is essential because of the (still) expressive number of Brazilian state-owned companies and not only their economic relevance but also their importance in the effectiveness of collective interests, even with the development of the Regulatory State.

Originality/value – The paper intends to contribute to the discussion and the study of the relationship between Regulatory and Entrepreneur States. The reflections about both functions normally focus on their individual aspects. However, the current complex reality demands a joint exam of these State functions, their relations, and the need to better limit their boundaries.

Keywords: Regulatory State. Entrepreneur State. State-owned companies. Public companies. State intervention in the economy.

*Mestre em Direito Comercial pela USP. Advogada. E-mail: mayaragtonin@gmail.com.

Resumo

Propósito – O presente trabalho analisa o Estado Regulador e o Estado Empresário, com foco na necessidade de separação dessas duas funções, que podem se sobrepor e causar conflitos, como se deu no caso concreto da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras (CVM-PAS-RJ2013/6635).

Metodologia/abordagem/design – A primeira seção do trabalho apresenta as características dos diferentes paradigmas pelos quais o Estado passou ao longo dos anos. As duas seções subsequentes tratam do Estado Regulador e do Estado Empresário, bem como da sua convivência no cenário brasileiro. Após o exame de um caso de conflito entre as funções empresária e reguladora – a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras (CVM-PAS-RJ/2013/6635) –, a última seção do artigo trata da necessidade de separação dessas funções do Estado.

Resultados – A análise da evolução das formas de atuação do Estado Brasileiro, que se apresenta como Estado Regulador, mas guarda características relevantes de Estado Empresário, demonstra a necessidade de separação clara dessas funções, sob pena de ocorrência de conflitos e prejuízos aos envolvidos.

Implicações práticas – A conclusão do trabalho é importante especialmente diante da quantidade (ainda) expressiva de empresas estatais no Brasil – Estado Empresário – e da sua relevância, tanto na economia como na realização de interesses coletivos, mesmo com o desenvolvimento do Estado Regulador.

Originalidade/relevância do texto – O artigo pretende contribuir com a discussão e com o estudo da relação entre o Estado Regulador e o Estado Empresário. As reflexões sobre as configurações e formas de atuação do Estado normalmente têm abordagens separadas, com enfoque individual. Mas a complexa realidade atual demanda exame conjunto dessas funções, da sua relação e da necessidade de melhor delimitação concreta.

Palavras-chave: Estado Regulador. Estado Empresário. Empresas estatais. Companhias públicas. Intervenção estatal na economia.

INTRODUÇÃO

O Estado Empresário e o Estado Regulador são formas de atuação do Estado que convivem no cenário econômico brasileiro, pois, apesar das transformações observadas ao longo dos anos (ou justamente em razão delas), “existem muitos Estados dentro do mesmo Estado” (MOREIRA, 2017, p. 153).

No Brasil, a industrialização e o desenvolvimento do capitalismo ocorreram de maneira tardia (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015). Somente a partir de 1930 as empresas estatais surgiram com mais força, especialmente nos setores estratégicos da economia, formando o Estado Empresário (PINTO JUNIOR, 2013).

Nos últimos anos, tem-se observado cada vez mais o desenvolvimento do Estado Regulador, com a retração da intervenção estatal na execução direta

de serviços e a expansão da regulamentação, fiscalização e garantia da prestação desses serviços (MOREIRA, 2017).

Mas o Estado Empresário ainda tem presença relevante no domínio econômico brasileiro. Atualmente existem muitas empresas estatais – são 138 apenas no âmbito federal (GOVERNO FEDERAL, 2018) –, sendo que em várias situações o Estado exerce ao mesmo tempo papel de formulador das regras, fiscalizador da atuação e *player* de mercado.

Não obstante a grande relevância econômica e jurídica dessas formas de atuação do Estado, o estudo sobre a relação entre as funções regulatória e empresária permanece incipiente. O objetivo do presente artigo é, portanto, contribuir para essa discussão mediante revisão bibliográfica do tema, com enfoque em caso específico – a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras em 2012 –, julgado pela Comissão de Valores Mobiliários em 2015 e revisto pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em 2017.

O estudo tratará dos paradigmas de Estado e depois, mais especificamente, do Estado Regulador e do Estado Empresário, considerando as peculiaridades da realidade brasileira na coexistência desses modelos. Após, será examinado um caso concreto de conflito entre esses papéis: a controvérsia na votação, em assembleia de sociedade de economia mista controlada pela União Federal (Eletrobras), acerca da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica firmados com a própria controladora na sua condição de poder concedente. Em seguida, será analisada a necessidade de separação das funções do Estado, de modo a evitar a ocorrência de interferências danosas nas formas de atuação concreta. Ao final, pretende-se expor considerações finais sobre a pesquisa e análise realizadas.

OS PARADIGMAS DE ESTADO

As características e funções assumidas pelo Estado não são estáticas. Em razão das disputas sociais, a produção das normas levou a diferentes configurações de Estado e de instituições jurídicas (LOPES, 2018). Em outras palavras, o Estado assumiu e vem assumindo diversos papéis ao longo dos anos.

Essas diferentes configurações são retratadas por meio dos paradigmas, que são modelos consensuais adotados pela comunidade científica de determinada época (KUHN, 2005). Na linguagem das ciências sociais, são as lentes por meio das quais é possível analisar e responder aos desafios sociais de determinado tempo e espaço, são uma espécie de guia, cuja função principal é a abertura de portas para o mundo (LOPES, 2018). Assim, os paradigmas funcionam como um pano de fundo não temático, intervindo na consciência de

todos, dos cidadãos, dos clientes, do legislador, da justiça e da administração (HABERMAS, 2003).

Não se pode ignorar, contudo, que a configuração dos paradigmas de Estado – o Estado Burguês Absolutista, o Estado de Direito acompanhado do Estado Liberal, o Estado Social e seu desdobramento de Estado de Bem-Estar Social, e o Estado Democrático de Direito acompanhado do Estado Regulador –, é baseada na realidade europeia¹. O Brasil, em razão da sua colonização e industrialização tardia, não vivenciou todos esses paradigmas (LOPES, 2018). Além disso, a convivência mútua e pouco delimitada entre o Estado Empresário e o Estado Regulador é uma peculiaridade da realidade brasileira atual que não pode ser desconsiderada.

O Estado Burguês Absolutista

O Estado Burguês Absolutista caracterizou-se por um Direito escrito que assimilou assuntos antes regulados apenas pela tradição e pelos costumes. A Lei em seu conceito moderno, com características de positividade, universalidade e formalidade, passou a prevalecer (LOPES, 2018).

O conjunto de poderes era fundado no monarca, que centralizava todas as funções do Estado, que “vive em torno de si próprio” (SOARES, 2015, p. 224). Sua atuação englobou várias frentes, com a característica de que “os serviços são desenvolvidos sempre visando o interesse próprio, ou seja, em prol da própria monarquia” (SOARES, 2015, p. 229).

Nesse período houve o nascimento da sociedade capitalista, com a regulação do comércio e do mercantilismo, permitindo a organização de corporações e pessoas jurídicas, assim como a celebração de contratos e a livre transferência de propriedades. Também surgiu a sociedade civil, com a definição de uma esfera de autodeterminação negativa ao indivíduo, que passou a deter uma esfera privada mínima (LOPES, 2018).

O Estado Liberal e o Estado de Direito

Surgiram então o Estado Liberal e o Estado de Direito, fenômenos contemporâneos e simbióticos, com ênfases diferentes da sociedade: político-econômica e jurídico-política, respectivamente (LOPES, 2018).

O Estado Liberal tinha um governo abstinente, autolimitado pela necessidade de adequação ao mercado, regido por leis quase-naturais, com clara separação entre política e economia e dependência do saber de especialistas (LOPES, 2018). A igualdade entre os cidadãos era meramente formal, com a

¹A própria “alusão a um ‘modelo de Estado Regulador’ somente pode ser compreendida em face da evolução da União Europeia” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 25).

garantia de direitos civis e políticos relacionados às liberdades individuais. Sua preocupação era garantir o desenvolvimento da burguesia (SOARES, 2015).

O Estado de Direito também se preocupava com a proteção dos interesses individuais do cidadão, no âmbito da sua vida privada, inclusive contra as autoridades e suas eventuais arbitrariedades. Nesse paradigma, o ordenamento jurídico se fortaleceu e passou a regular a sociedade civil, justamente como forma de limitação externa da soberania. O status de cidadão passou a ser protegido constitucionalmente, principalmente por meio da propriedade e do contrato (LOPES, 2018).

O Estado Social e o Estado de Bem-Estar Social

O Estado Social nasceu da insuficiência dos paradigmas acima, ou seja, da “percepção de que a garantia tão somente das liberdades e igualdades formais não se refletiam em igualdade na prática” (SOARES, 2015, p. 229). A passagem desses paradigmas “pode ser resumida pela passagem da igualdade formal para a igualdade material” (SOARES, 2015, p. 230).

Seu surgimento representou a imposição de limites ao sistema econômico e a sua adequação às demandas sociais. O Estado passou a intervir na economia, com implementação de utilidades sociais, formando cidadãos clientes do Estado. O modelo econômico manteve-se produtivista, fundado na propriedade e no contrato, mas o Estado, que antes era *omissivo*, passou a ser *prestador* (MOREIRA, 2017).

Sua evolução resultou no Estado de Bem-Estar Social, com a garantia jurídica das liberdades individuais e a constitucionalização de relações privadas sob uma perspectiva social. Os direitos das pessoas frente ao Estado mudaram: a Administração “deixou de se omitir e passou a agir positivamente em favor do bem-estar social” (MOREIRA, 2017, p. 159).

Nesse cenário, a economia passou a ser preocupação não apenas da iniciativa privada, mas se tornou uma “questão de Estado”. As Constituições “passaram a se dedicar, com intensidade crescente, a assuntos econômicos” (MOREIRA, 2017, p. 160).

O Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador

Os paradigmas mais recentes são os do Estado Democrático de Direito e do Estado Regulador, também feições simbióticas e contemporâneas que possuem ênfases distintas da dinâmica social (LOPES, 2018).

O Estado Democrático de Direito desenvolveu-se contra relações de dominação e dependência que surgiram com o aparato burocrático e a empresa capitalista. As instituições jurídicas foram reordenadas e passaram a ser concebidas como um sistema de regras apoiado, justificado e respeitador de princípios e diretrizes políticas. A participação política passou a ser reflexo da

liberdade, ou seja, a legislação só é considerada válida quando fundada em participação democrática (LOPES, 2018).

O Estado Regulador surgiu da insuficiência de programas condicionais, típicos dos modelos anteriores, e de uma infinidade de normas procedimentais e de organização para regular matérias complexas em âmbitos funcionais, com lógica interna própria. Trata-se de “um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 20). Tem como um de seus objetivos aproximar o Estado e a iniciativa privada (SOARES, 2015).

Nesse paradigma, os indivíduos passam a fazer parte de um sistema, sendo submetidos ao exercício de funções de controle e regulação. As normas precisam ser fundamentadas e justificadas, principalmente em razão da regulação se caracterizar por padrões de burocracia e técnica.

A faceta reguladora do Estado decorre de transformações de outras formas de atuação estatal (MEDEIROS, 2016). O Estado Regulador tem como característica a retração da execução direta de serviços, em contrapartida ao aumento da regulamentação setorial específica, fiscalização das atividades e garantia da prestação de serviços de titularidade estatal. Nessa configuração, o Estado “deixa de empreender e passa a regular e a garantir” a prestação adequada dos serviços (MOREIRA, 2017, p. 168).

O Estado rompe com uma tradição apenas interventiva e passa a ser agente normativo e regulador (SANTOS, 2011). A intervenção direta do Estado no domínio econômico não é extinta, é reduzida; e essa redução é compensada pelo crescimento da ação estatal indireta (SANTOS, 2011). Isso significa que o Estado permanece grande: “se retrai em algumas áreas (execução direta) e, simultaneamente, se expande em outras tantas (regulação e garantia da prestação)” (MOREIRA, 2017, p. 169).

De todo modo, diante das relações econômicas e sociais cada vez mais complexas e específicas, não se sustenta mais um Estado capaz de tudo, de prestar todos os serviços. Portanto, o Estado Regulador é aquele que tem funções de coordenação, controle, intervenção, regulação; trata-se da compreensão do Estado e do mercado como fenômenos interdependentes e essenciais à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos (ARANHA, 2018).

A COEXISTÊNCIA DO ESTADO EMPRESÁRIO E DO ESTADO REGULADOR

O Estado Regulador ainda está em desenvolvimento no Brasil. Inclusive,

“a alusão a ‘Estado Regulador’ não pode ser interpretada no sentido da existência de uma configuração padronizada e unitária. Fala-se muito mais de um ‘modelo regulador’ de Estado para indicar uma situação variável e heterogênea, que se concretiza de diversos modos” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 25).

No caso brasileiro, ainda há grande atuação do Estado Empresário, ou Estado Empreendedor, que intervém e atua diretamente no domínio econômico por meio das empresas estatais, conforme será demonstrado a seguir.

A participação estatal direta na economia diminuiu com o surgimento do Estado Regulador, e a atuação indireta aumentou, “para melhor regular, controlar, fiscalizar, planejar e fomentar as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada” (SANTOS, 2011, p. 332). Mas o Estado Empresário, um resquício do Estado de Bem-Estar Social e, de certa forma, uma dimensão do Estado Regulador (ARANHA, 2018), não foi preterido totalmente – até porque, como já afirmado, existem “todas essas facetas vinculadas à mesma Administração, desdobrando-se simultaneamente em vários planos de ação. Ou seja, são muitos os Estados-Administração dentro de um só Estado” (MOREIRA, 2017, p. 155).

O desenvolvimento do Estado Empresário

O Estado Empresário exerceu papel importante no desenvolvimento econômico e social do país, sendo que as empresas estatais se tornaram inclusive órgãos planejadores e direcionadores em diversos setores (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014).

Os primeiros dispositivos normativos referentes a empresas estatais surgiram na Constituição de 1946, mas eram limitados às proibições da celebração de negócios e acumulação de cargos por parte de servidores públicos (arts. 46, 181 e 185)². Mesmo sem previsões mais específicas, iniciou-se com

²Art. 48. Os Deputados e Senadores não poderão: I – desde a expedição do diploma: a) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes; b) aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito

isso a consolidação do “Estado-Empresário como técnica por meio da qual o Poder Público veio a se tornar um dos principais agentes econômicos brasileiros” (MOREIRA, 2017, p. 162).

Na Constituição de 1967, o tema passou a ter configuração mais parecida com a realidade atual, com a inserção das expressões empresa pública e sociedade de economia mista no texto constitucional (art. 163)³. O assunto assumiu grande relevância na configuração do Estado, pois o Poder Constituinte passou a se preocupar com a exploração da atividade econômica e não mais apenas com a organização do Estado, o regime de governo e os direitos fundamentais e sociais (MOREIRA, 2017).

Como resultado, o Estado Brasileiro passou a atuar indistintamente, sem a correspondente *expertise*, nos mais diversos setores da economia, tais como mineração, aço, petroquímica, ferrovias, transportes marítimos, telecomunicações, eletricidade, tornando-se “um enorme e desajeitado Estado-Empresário” (MOREIRA, 2017, p. 165). O resultado foi a criação de muitas empresas estatais que, com o tempo e em razão de fatores econômicos diversos (crise do petróleo, crescimento da inflação, aumento da dívida externa, taxas de juros mundiais, fatores climáticos), tornaram-se dependentes do governo, endividadas, deficitárias e com baixa capacidade de desenvolvimento.

A convivência com o Estado Regulador

A Constituição de 1988 trouxe uma possibilidade de alteração desse cenário. O art. 1º, IV, e o art. 170 consagraram a atividade empresarial e o regime capitalista no Brasil, com algumas importantes limitações (JUSTEN

público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público; (...).

Art.181, §3º. Nenhum brasileiro poderá, a partir da idade inicial, fixada em lei, para prestação de serviço militar, exercer função pública ou ocupar emprego em entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, sem a prova de ter-se alistado, ser reservista ou gozar de isenção.

Art. 185. É vedada a acumulação de cargos, no Serviço Público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como em entidades autárquicas, parastatais ou sociedade de economia mista, exceto a prevista no art. 96, nº I, a de dois cargos de magistério, ou a de um destes com outro técnico ou científico ou, ainda, a de dois destinados a médicos, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.

³Art. 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. §1º. Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. §2º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. §3º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

FILHO, 2018)⁴. Surgiu a nova ordem econômica constitucional, que “afasta a postura, até então marcante, do Estado brasileiro empresário como produtor de bens e serviços e fixa-se a sua função normativa e reguladora” (SANTOS, 2011, p. 318), definindo e limitando a sua atuação na economia.

Assim, a intervenção ou atuação do Estado no domínio econômico passou a ser excepcional e subsidiária (MENDES, 2017). Em outras palavras, a regra passou a ser a atuação do Estado Regulador, por meio da edição de normas para a regulação do mercado (art. 174)⁵; e a exceção passou a ser o Estado

⁴Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...). Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁵Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. §1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. §2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. §3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. §4º. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Empresário, exercendo atividade econômica ou prestando serviços públicos por meio das empresas estatais (arts. 173⁶ e 175⁷).

Desse modo, e muito pela experiência pouco satisfatória com as empresas estatais, “o Estado Empresário tornou-se coadjuvante de outros Estados” (MOREIRA, 2017, p. 166), inclusive do Estado Regulador.

Mesmo assim a atuação empresária do Estado corre o risco de ser ineficiente. Normalmente seus gestores carecem de incentivos e de monitoramento adequado, seus objetivos sociais muitas vezes conflitam com a rentabilidade, não raras vezes os políticos as usam em proveito próprio ou em benefício de outros empresários, ou quase nunca há pressão suficiente para os gestores apresentarem resultados eficientes e positivos (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015).

Todavia, o Estado Empresário continua exercendo papel importante na concretização de finalidades públicas, por meio da prestação de serviços públicos (art. 175 da Constituição) ou atividade econômica precisamente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173 da Constituição).

⁶Art. 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 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.

⁷Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A escolha do Estado pela técnica empresarial é legítima e permitida constitucionalmente, decorrendo ainda do reconhecimento de que é mais apropriada que outras para a realização de determinadas finalidades públicas no caso concreto (SCHWIND, 2017, p. 56). Ou seja, em situações específicas o Estado poderá usar a técnica empresarial para intervir no domínio econômico e realizar determinada finalidade pública. Nesses casos, a lógica e o regime jurídico privado e empresarial devem ser observados (TONIN, 2018).

Portanto, mesmo com o desenvolvimento do Estado Regulador, a atuação do Estado Empresário é permitida constitucionalmente, possibilitando a realização não só de serviços públicos como de atividades econômicas de finalidade pública por meio da técnica empresarial. A Constituição reconhece, de certa forma, uma espécie de “Administração Pública empresarial”, que usa a racionalidade privada para o desenvolvimento de atividades de titularidade pública e dotadas de interesse coletivo (SCHWIND, 2017).

A relação entre o Estado Empresário e o Estado Regulador

Na realidade brasileira essas duas formas de manifestação do Estado coexistem, convivem e se relacionam. O Estado Empresário, oriundo do Estado de Bem-Estar Social e que, na “evolução” dos paradigmas⁸, deveria ter cedido espaço ao Estado Regulador, ainda se mantém presente em diversos setores econômicos.

O Estado Regulador no Brasil decorre mais de razões pragmáticas do que de construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório (SOARES, 2015). Talvez por isso englobe um pouco de cada um dos elementos dos outros tipos de Estado, sem limitar-se a eles. O Estado Regulador

“não é o mesmo que o Estado Liberal, porque não visa apenas proteger as liberdades individuais: não é Estado Mínimo, porque enxerga o mercado como uma realidade institucional que necessita da intervenção estatal: não é Estado Subsidiário, porque se mostra protagonista em diversos âmbitos e não se limita a atuar apenas após a atuação privada: não é Estado Social dado que, embora assume o compromisso de efetivar direitos sociais, aceita a execução indireta de serviços pela iniciativa privada, e não enxerga as pessoas como meras usuárias de serviços públicos, mas como cidadãos que, juntos com o Estado, são protagonistas na efetivação de direitos fundamentais” (ANJOS, 2016, p. 296-297).

Não obstante o surgimento e desenvolvimento do Estado Regulador, a função empresária tem atuação marcante no Estado Brasileiro, especialmente

⁸O termo não é utilizado no sentido de melhoria. As mudanças de paradigmas não representam necessariamente evoluções nas concepções de mundo dos sujeitos. Um paradigma não deve ser visto como superior ao anterior; o paradigma subsequente apenas atende de forma mais adequada as necessidades daquele período histórico (KUHN, 2005).

nos setores estratégicos. E embora tenham ocorrido diversas privatizações ao longo das décadas de 1980 e 1990, “o Estado ainda é acionista relevante de várias companhias” (MUSACCHIO, LAZZARINI; PARGENDLER, 2013, p. 80).

Das 138 empresas estatais federais existentes hoje, 42 estão no setor de energia; 20 no setor de petróleo e gás; 18 no setor financeiro; 14 em comércio e serviços; 7 em indústria e transformação; 7 no setor portuário; 6 na pesquisa, desenvolvimento e planejamento; 5 no setor de seguros; 4 em abastecimento; 4 no setor de transportes; 4 em participações; 3 no setor de comunicações; 3 em saúde; e 1 no desenvolvimento regional (GOVERNO FEDERAL, 2018).

Apesar de significativo, o número das estatais federais (138) não representa a presença e o tamanho reais da atuação estatal na economia – que é muito maior. Dados de 2014 da FGV demonstram que existiam naquele ano aproximadamente 230 empresas estatais estaduais e distritais e 60 municipais (HOLLAND, 2017). Em países como o Brasil, essas empresas “dominam as negociações e respondem por algo entre 30% a 40% da capitalização de mercado” (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 11).

Ainda, as empresas estatais representam “parcela significativa do valor total de capitalização das companhias listadas em bolsa de valores” (PINTO JUNIOR, 2013, p. 78). Muitas estatais estão listadas na B3 – Brasil, Bolsa, Balcão (antiga BM&FBOVESPA), tanto no segmento tradicional como nos segmentos especiais de listagem⁹. Com isso, movimentam ativos financeiros consideráveis no mercado de ações.

Portanto, a relevância da atuação do Estado Empresário na realidade brasileira é inegável, seja em razão da quantidade de empresas estatais ativas, da sua presença nos setores estratégicos da economia, ou do movimento significativo de valores no mercado acionário. Inclusive, segundo a Comissão de Valores Mobiliários, “a realidade brasileira tem demonstrado que os entes públicos controladores de companhias abertas no Brasil são tão atuantes e coordenados quanto os controladores privados” (CVM, 2015, p. 31).

Essa constatação é importante na medida em que a coexistência do Estado Empresário e do Estado Regulador é evidente, de modo que a convivência entre eles se mostra necessária e demanda delimitação das funções, bem como controle das formas de atuação.

⁹A SABESP, por exemplo, sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo e concessionária do serviço de saneamento estadual, está listada no Novo Mercado, com quase 50% de free-float e emissão de American Depositary Receipts (ADR) lastreados em ações na Bolsa de Nova Iorque desde 2003 (SCHAPIRO; MARINHO, 2018).

O CONFLITO ENTRE O ESTADO REGULADOR E O ESTADO EMPRESÁRIO: O CASO DA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DA ELETROBRAS

A coexistência e a convivência do Estado Empresário e do Estado Regulador podem gerar conflitos concretos, como se deu no caso da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras em 2012.

Trata-se de acusação de descumprimento do art. 115, §1º, da Lei 6.404/1976 (conflito de interesses) pela União, que, na condição de acionista controladora da Eletrobras, votou favoravelmente à renovação de contratos de concessão de geração e transmissão de energia elétrica celebrados entre ela, enquanto poder concedente, e sociedades controladas da Eletrobras.

O processo foi analisado pela Comissão de Valores Mobiliários em 2015 (PAS-RJ2013/6635, Conselheira Relatora Luciana Dias)¹⁰ e pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em 2017 (SEI nº 10372.000246/2016-82, Conselheiro Relator Flávio M. F. dos Santos)¹¹.

O contexto fático-normativo envolvido no caso

Em 2012, havia grande preocupação no setor elétrico em relação a muitas concessões que se encerrariam até 2017, em razão da inexistência de previsão normativa ou contratual sobre eventual renovação. Na época, a Eletrobras era a concessionária mais afetada: estavam envolvidos quase 50% dos seus ativos de geração e mais de 90% dos seus ativos de transmissão (CVM, 2015).

Também havia dúvida sobre o valor da indenização devida pela União às concessionárias pelos investimentos ainda não depreciados ou amortizados. Os contratos celebrados pelas controladas da Eletrobras continham apenas cláusula padrão, e a Eletrobras, assim como outras companhias do setor, depreciava e amortizava ativos de concessão com base em taxas do manual de contabilidade do setor elétrico, aprovado pela ANEEL (CVM, 2015).

Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 579/2012¹², dispondo sobre a possibilidade de prorrogação das concessões (art. 1º)¹³ e determinando que os ativos de transmissão existentes no ano de 2000 fossem considerados

¹⁰Relatório, votos e acórdão disponíveis em www.cvm.gov.br.

¹¹Relatório, votos e acórdão disponíveis em www.fazenda.gov.br.

¹²A Medida Provisória nº 579 foi posteriormente convertida na Lei nº 12.783/2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária.

¹³Art. 1º. A partir da publicação desta Medida Provisória, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até trinta anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.

totalmente amortizados, independentemente da vida útil remanescente dos respectivos equipamentos (art. 15, §2º)¹⁴ (CVM, 2015).

Quanto ao cálculo da indenização devida pela União às concessionárias, a MP nº 579 determinou a utilização do “valor novo de reposição” (art. 8º, §2º)¹⁵ – um método de cálculo definido a partir de informações prestadas pelas concessionárias ou obtidas em bancos de preços, que levava em consideração o valor de mercado dos bens na época da edição da MP. O emprego desse valor deveria ocorrer no cálculo das indenizações devidas a todas as concessionárias, independentemente da renovação dos contratos. O cálculo resultava em valores muito inferiores aos que a Eletrobras até então entendia corretos (CVM, 2015).

A renovação dos contratos ainda pressupunha a renúncia a quaisquer direitos preexistentes que contrariassem a MP (art. 11, §4º)¹⁶. Conforme exposto no relatório do voto da Conselheira Relatora, os efeitos que essa renúncia teria sobre a Eletrobras foram analisados em parecer interno para subsidiar a decisão sobre a renovação das concessões. A análise teria se concentrado na impossibilidade de a companhia, renovando as concessões, questionar judicialmente a presunção de amortização dos ativos de transmissão. Também teria apontado que a renúncia poderia inviabilizar uma discussão posterior quanto à metodologia de apuração do valor novo de reposição, para fins de indenização, e, portanto, prejudicar uma demanda da Eletrobras a favor do modo como até então vinha calculando o montante devido pela União (CVM, 2015).

Mesmo assim, o Conselho de Administração da Eletrobras convocou assembleia geral extraordinária e recomendou a aprovação da renovação dos contratos. A União e as pessoas jurídicas a ela vinculadas exerceram seu direito de voto na assembleia, aprovando a renovação das concessões. Quase a totalidade dos votos favoráveis foi proferida pela União, BNDES e

¹⁴Art. 15, §2º. Os bens reversíveis vinculados às concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo §5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, existentes em 31 de maio de 2000, independentemente da vida útil remanescente do equipamento, serão considerados totalmente amortizados pela receita auferida pelas concessionárias de transmissão, não sendo indenizados ou incluídos na receita de que trata o caput. A redação do dispositivo foi posteriormente modificada pela MP nº 591/2012: Fica o poder concedente autorizado a pagar, na forma de regulamento, para as concessionárias que optarem pela prorrogação prevista nesta Medida Provisória, nas concessões de transmissão de energia elétrica alcançadas pelo §5º do art. 17 da Lei nº 9.074, de 1995, o valor relativo aos ativos considerados não depreciados existentes em 31 de maio de 2000, registrados pela concessionária e reconhecidos pela ANEEL.

¹⁵Art. 8º, §2º. O cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente.

¹⁶Art. 11, §4º. O contrato de concessão ou o termo aditivo conterão cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem o disposto nesta Medida Provisória.

BNDESPAR. Praticamente todos os acionistas minoritários presentes foram contrários à renovação dos contratos (CVM, 2015).

A condenação do controlador público por conflito de interesses

Diante disso, a União foi acusada de exercer seu direito de voto na assembleia em conflito de interesses com a companhia e, por isso, de descumprimento do art. 115, §1º, da Lei 6.404/1976. Isso porque era, ao mesmo tempo, devedora da indenização aos concessionários e acionista controladora da companhia, podendo usar sua posição de controle para auferir vantagens não extensíveis aos demais acionistas.

No caso, a acusação entendeu que a decisão da Eletrobras de renovação ou não das concessões definiria o valor da indenização que a empresa receberia, de modo que a União tenderia a aprovar a opção que lhe fosse individualmente mais vantajosa. Em sua defesa, a União invocou o art. 238 da Lei 6.407/1976 para afastar seu impedimento no exercício do direito de voto na assembleia geral extraordinária, argumentando que era pertinente a formulação de uma política energética de redução de tarifas em prol dos consumidores.

Assim, o ponto central da discussão e do julgamento do caso envolveu, de um lado, o art. 115, §1º, e, de outro, o art. 238 da Lei 6.404/1976, que possuem as seguintes redações:

Art. 115, §1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

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.

A Comissão de Valores Mobiliários, por unanimidade, entendeu que houve conflito de interesses, ou seja, que o controlador público (União) tinha interesse conflitante com o da companhia controlada (Eletrobras), por a deliberação envolver uma transação entre partes relacionadas, e deveria se abster do exercício do voto acerca da renovação das concessões.

Aplicou-se o art. 115, §1º, e não o art. 238. Consignou-se que o art. 238 somente poderia prevalecer sobre o art. 115, §1º, se o Estado, enquanto controlador (Estado Empresário), não detivesse os mesmos meios de um controlador privado para realizar seus interesses no âmbito da companhia; mas, nesse caso, o Estado não só teria as mesmas prerrogativas do controlador

privado como teria todo o aparato de poder público, inclusive o de alterar o ambiente regulatório do setor de atuação da companhia (CVM, 2015).

A CVM concluiu que, em situações como essa, em que há desequilíbrio entre as forças e os recursos do Estado se comparados à companhia e aos outros acionistas, o controlador público não pode simplesmente invocar o interesse público, mesmo que seja aquele que justificou a criação da companhia, para afastar a regra de conflito de interesses. Portanto, entendeu-se que, se o Estado tem poderes amplos e efetivamente os usa como controlador, regulador e formulador de políticas públicas, impondo condições específicas e inegociáveis, haverá conflito de interesses, e “o acionista controlador público estará impedido de votar” (CVM, 2015, p. 34).

Em suma, prevaleceu a atuação do Estado Empresário. Inclusive, esse posicionamento agradou o mercado, pois “desestimula o uso da empresa estatal listada em bolsa de valores como instrumento de política pública”, mas “coloca em cheque [sic] o uso da companhia mista para organizar setores estratégicos que demandam atuação direta do Estado” (ENGLER, 2017, p. 15).

A absolvição do controlador público por inexistência de conflito de interesses

O entendimento acerca do conflito de interesses foi revisto posteriormente pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, responsável por julgar em última instância administrativa recursos contra as sanções aplicadas pela CVM (art. 1º do Decreto nº 8.652/2016)¹⁷.

O CRSFN, por maioria de votos, entendeu que houve conflito concreto de normas e que deveria prevalecer o art. 238 da Lei 6.404/1976, que dispõe sobre o controlador público poder orientar a companhia ao interesse público que motivou a sua criação¹⁸, em vez do art. 115, §1º, que trata do impedimento de voto em caso de os interesses do controlador serem conflitantes com o da companhia.

¹⁷Art. 1º. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar, em última instância administrativa, os recursos: I – previstos: (...) c) no §4º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; (...). Esse dispositivo legal trata justamente das penalidades (advertência, multa, inabilitação, suspensão de autorização, proibição temporária) impostas pela CVM e do cabimento de recursos ao CRSFN.

¹⁸Sobre a palavra “poderá” do art. 238: “Considerando que existe um interesse público que motiva a criação da sociedade de economia mista e que esse interesse integra seu objeto social em conjunto com a atividade econômica que será desenvolvida e a finalidade lucrativa, a interpretação do termo no sentido de ‘deverá’ parece mais adequada. Assim, o dispositivo estabelece um dever ao acionista controlador público” (TONIN, 2018, p. 114).

Com isso, concluiu que a União, na posição de acionista controladora da Eletrobras, tinha o *poder-dever* de exercer seu direito de voto na decisão acerca da renovação dos contratos de concessão de energia elétrica¹⁹. Nas palavras do Conselheiro Relator:

“(…) tem-se, de um lado, o poder-dever da União em votar numa decisão crucial para o futuro da companhia. As vantagens da opção de renovar logo as concessões eram mais imediatas, palpáveis e atreladas às diretrizes públicas traçadas para o setor elétrico no Brasil. Mas, ao se optar por esse caminho, a companhia teria que renunciar a direitos eventualmente prejudicados pela então nova legislação. Sob a ótica da companhia, a decisão crucial para o seu futuro, tomada pelo controlador no seu dever de conduzi-la para atender ao interesse público que justificou a sua criação, se afigura mais relevante do que o interesse – secundário, nessas circunstâncias – em manter a faculdade de pleitear judicialmente eventuais direitos preexistentes. Ponderando todos os pontos, tanto sob a perspectiva do conflito formal de normas, quanto do substancial, tem-se que obrou com acerto a União ao exercer o direito/dever de votar na forma em que fez na referida AGE da Eletrobras” (CRSFN, 2017, p. 25).

O Conselho entendeu que era mais importante a garantia da renovação dos contratos de concessão, fundada no interesse público que justificou a criação da companhia e na formulação de política energética de redução de tarifas no setor, do que a possibilidade de se pleitear judicialmente os direitos da Eletrobras preexistentes à MP e de se discutir a metodologia de cálculo do valor das indenizações devidas às concessionárias.

Com isso, prevaleceu a atuação do Estado Regulador.

A NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO EMPRESÁRIO E DO ESTADO REGULADOR

O caso da Eletrobras representa uma situação peculiar de conflito de interesses entre acionista controlador e companhia controlada. A dificuldade de solução concreta se dá especialmente diante das partes envolvidas: tem-se a atuação de uma pessoa jurídica de direito público, com todas as suas competências regulatórias e administrativas, que ao mesmo tempo é acionista controladora de empresa estatal, com sujeição às normas de direito privado.

Na verdade, os diretores da companhia talvez tenham se equivocado ao tentar justificar a decisão empresarial favorável à renovação antecipada das concessões na suposta vantagem econômica para a empresa, quando poderiam desde logo ter invocado o art. 238 da Lei nº 6.404 e a finalidade pública da

¹⁹Processo nº 10372.000246/2016-82, Acórdão nº 282/2017, Relator Flávio Maia Fernandes dos Santos, julgado em 28.6.2017.

Eletrobras. Assim, não seria sequer necessário recorrer à assembleia geral e ao voto do controlador público sobre a matéria (ENGLER, 2017).

De todo modo, o caso representa não só esse conflito entre controlador público, empresa estatal e acionistas minoritários, mas um conflito entre a atuação do Estado Regulador e a do Estado Empresário. Essa constatação não resolve o problema, e talvez sirva “apenas para registrar uma ideia de arranjo institucional que não está necessariamente conectada ao marco legal brasileiro” (ENGLER, 2017), mas identifica um problema no cenário econômico brasileiro e demanda reflexão. Em situações como essas,

“(...) há uma posição ambivalente do Estado que é de difícil enquadramento. A um só tempo, os gestores do Estado detêm dois interesses que são potencialmente conflitantes: (i) o interesse financeiro, de também obter dividendos com a sua posição de controlador e (ii) o interesse político, de fazer cumprir seu mandato de políticas setoriais” (SCHAPIRO; MARINHO, 2018, p. 1.427).

Esse conflito de funções reguladora e empresária do Estado não é exclusivo do caso da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras. Outras disputas ocorreram ao longo dos anos em setores como petróleo, telecomunicações e alumínio, como o caso de conflito entre a política siderúrgica do governo federal e os interesses corporativos no BNDES na década de 1960, em que o Estado Empresário tentou impedir as mudanças pretendidas pelo Estado Regulador, sem sucesso (SCHAPIRO; MARINHO, 2018)²⁰.

Outro caso mais recente ilustra situação em que os interesses do Estado Empresário prevaleceram em detrimento do Estado Regulador. A SABESP pleiteou administrativamente o reequilíbrio econômico-financeiro do seu contrato de concessão em razão da diminuição do consumo de água pelos usuários, causada pela grave crise hídrica do Estado de São Paulo em 2014 e 2015. O governo, por meio da agência reguladora competente, adotara medidas de racionamento, gerando queda no consumo de água e conseqüentemente perdas econômicas para a empresa, que se apresentou como vítima da crise. Porém, o pagamento de dividendos aos acionistas não diminuiu nesse período, permanecendo sempre acima da previsão estatutária. No caso, destaca-se que a distribuição generosa de dividendos não favoreceu somente os acionistas

²⁰O BNDES era conhecido na época como o Banco Nacional do Aço. Controlava as empresas USIMINAS e COSIPA e havia investido cerca de 60% dos seus recursos financeiros em empresas do setor siderúrgico. Houve alteração na diretriz política, e o governo pretendeu realizar uma reorganização no setor, por meio da constituição de uma holding (Siderbras). O BNDES, na qualidade de banco de investimento setorial, resistiu a essa reorganização. A disputa só foi resolvida com um acordo entre o governo e o banco em 1973 (SCHAPIRO, MARINHO, 2018).

minoritários privados, mas especialmente o controlador público (SCHAPIRO; MARINHO, 2018).

O caso retrata a atuação do Estado como Empresário e Regulador:

“Como controlador da empresa o Estado tem interesse em obter retorno com os dividendos pagos pela companhia. Como regulador setorial, teve a possibilidade de garantir o seu reequilíbrio econômico, ainda que o alegado desequilíbrio possa ser imputável à atuação da própria empresa, a quem cabe planejar e executar a oferta do serviço de saneamento” (SCHAPIRO; MARINHO, 2018, p. 1.452).

Esses são alguns exemplos, ao lado do caso analisado, que demonstram a existência de conflitos concretos em razão das formas de atuação do Estado. Inclusive, no julgamento do caso da Eletrobras, a própria CVM reconheceu que a separação das funções reguladora e empresária do Estado não é observada adequadamente no Brasil:

“O princípio de separação das funções do Estado regulador e do Estado controlador de companhias que atuam em setores competitivos não é plenamente adotado no Brasil – a realidade demonstra que os responsáveis por políticas públicas setoriais têm grande influência na gestão das companhias estatais atuantes no setor por eles regulado” (CVM, 2015, p. 32).

No caso da Eletrobras, chamou (e chama) atenção o fato de a função reguladora (Estado Regulador) ter sido exercida pelas mesmas pessoas que avaliaram as consequências da normativa para a companhia estatal (Estado Empresário). Ora, os envolvidos na edição dos atos normativos do Ministério de Minas e Energia que regulamentaram os valores das indenizações previstas na MP nº 579 eram os mesmos que compareciam às reuniões do Conselho de Administração e que analisaram o impacto da Medida Provisória para a companhia.

É evidente que haverá interferência e influência na atuação: as pessoas representando cada uma das funções estatais, “cada um dos Estados”, com interesses distintos, são exatamente as mesmas.

No entanto, esses papéis do Estado devem se manter distintos e inconfundíveis, sob pena de causar conflitos. Essa é a orientação constante das normas e boas práticas internacionais. O Guia de Governança Corporativa para companhias estatais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indica justamente “a necessidade de o Estado conciliar seu papel de promotor de políticas públicas, com o seu papel de controlador dessas empresas” (SCHAPIRO; MARINHO, 2018, p. 1.433).

O item I.A do capítulo I do Guia (“Assegurar uma estrutura reguladora e legal efetiva para empresas de propriedade estatal”) dispõe o seguinte:

“Deve existir uma separação clara entre as funções de propriedade do Estado e outras funções estatais que possam influenciar as condições das empresas

de propriedade estatal, particularmente no que diz respeito às regulamentações do mercado” (OCDE, 2015, p. 10).

Em seguida, o Guia fornece a seguinte explicação:

“O Estado muitas vezes tem um papel duplo de regulador de mercado e proprietário das estatais que desenvolvem operações comerciais, particularmente nas novas redes industriais desregulamentadas e, muitas vezes, parcialmente privatizadas. Quando for o caso, o Estado será ao mesmo tempo um competidor importante de mercado e um mediador. Uma total separação administrativa entre as responsabilidades de proprietário e de regulador do mercado é, então, pré-requisito fundamental para criar um nível de igualdade entre as estatais e as empresas privadas e para evitar distorção da competição” (OCDE, 2015, p. 10).

Essa recomendação sobre a separação das funções reguladora e empresária do Estado pretende evitar o favorecimento do Estado Empresário em relação ao Estado Regulador, e vice-versa, facilitando a promoção da igualdade no ambiente jurídico e regulatório, principalmente em setores econômicos em que as empresas privadas atuam e competem com as estatais. Também confere às empresas estatais a oportunidade de atuarem com independência e isenção em relação aos seus reguladores, orientadas por seu objeto social e pelas finalidades públicas que justificaram sua criação, mas também considerando os outros interesses que a sociedade anônima envolve. Ou seja, permite que as atuações do Estado Empresário e do Estado Regulador sejam independentes.

A realidade brasileira demonstra que os responsáveis por políticas públicas setoriais têm forte influência na gestão das companhias estatais atuantes nos setores regulados. No caso examinado, o conflito entre as funções do Estado foi tão evidente que a função regulatória do Estado (Estado Regulador) foi exercida pelas mesmas pessoas que avaliaram as consequências dessa política para a companhia (Estado Empresário). Assim, os responsáveis pela edição das regras tinham motivos legítimos para defender as medidas, mas não tinham isenção para avaliá-las dentro do contexto societário da Eletrobras.

Não há uma solução perfeita e aplicável indistintamente, mas essa situação de conflito demonstra a importância da separação dessas funções é crucial no Brasil, em que o Estado, como acionista majoritário ou exclusivo de empresas estatais, e consequentemente controlador, tem a tendência de agir como se fosse o “dono” da companhia, como se a estatal fosse uma extensão do Estado (TONIN, 2018).

CONCLUSÃO

A realidade brasileira é de coexistência e convivência entre o Estado Regulador e o Estado Empresário, e a relação entre essas duas formas de atuação do Estado é bastante complexa, não só em razão das normas aplicáveis, mas

especialmente pela importância prática que as empresas estatais possuem no cenário econômico atual. Como se viu, não obstante a grande relevância econômica e jurídica do tema, seu estudo permanece incipiente.

O objetivo do presente artigo foi justamente tentar contribuir na discussão em torno do conflito entre as funções reguladora e empresária do Estado brasileiro. Para tanto, tratou-se dos paradigmas vivenciados pelo Estado ao longo dos anos (Estado Burguês Absolutista, Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem-Estar Social, Estado Democrático de Direito; Estado Regulador) para depois, de maneira separada, abordar as características do Estado Regulador e do Estado Empresário no Brasil, em que o desenvolvimento da função regulatória do Estado não substituiu totalmente a sua atuação empresária.

Um conflito concreto entre as funções reguladora e empresária do Estado foi objeto de exame: a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica da Eletrobras e a acusação da União de descumprimento do dispositivo legal que trata do exercício do direito de voto em conflito de interesses. Por meio da sua análise, foi possível observar a atuação do Estado Regulador (responsável pela edição das normas aplicáveis ao setor e envolvidas diretamente na votação da assembleia) em conflito com o Estado Empresário (acionista controlador da companhia diretamente afetada pela votação e pelas normas recém editadas).

O caso, julgado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e depois revisto pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), talvez não pudesse ter sido solucionado de outra forma, diante de todas as implicações econômicas, jurídicas e políticas envolvidas. De todo modo, demonstra a necessidade de separação mais clara das funções do Estado Regulador e do Estado Empresário e da atuação de cada um com mais independência.

As orientações internacionais constantes do Guia de Governança Corporativa para companhias estatais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico são recomendações pertinentes para casos de conflito como o que foi analisado. As diretrizes da OCDE não são capazes, por si só, de solucionar ou extinguir todos os problemas decorrentes da atuação dessas facetas do Estado, mas são balizas importantes de atuação e fiscalização, especialmente considerando a ausência de normas infra legais mais concretas sobre o tema.

Portanto, é imprescindível que as funções reguladora e empresária do Estado brasileiro se mantenham independentes, sob pena de influência e interferência indevidas do governo (Estado Regulador) nas empresas estatais (Estado Empresário), e vice-versa. As formas de atuação de “cada Estado”

dentro do grande Estado brasileiro devem ser claramente delimitadas, para justamente serem passíveis de controle, mitigando-se o risco de ocorrência ou facilitando a solução dos conflitos concretos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANJOS, E. B. R. Pressupostos conceituais do Estado Empreendedor na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 289-322, maio 2016.
- ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 4ª ed. Londres: Laccademia Publishing, 2018.
- COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (CRSFN). *Processo Administrativo 10372.000246/2016-82*, Acórdão nº 282/2017, Relator Flávio Maia Fernandes dos Santos, julgado em 28.6.2017. Relatório, votos e acórdão disponíveis para consulta em www.fazenda.gov.br.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Processo Administrativo Sancionador RJ2013/6635*, Relatora-Diretora Luciana Dias, julgado em 25.5.2015. Relatório, votos e acórdão disponíveis para consulta em www.cvm.gov.br.
- GOVERNO FEDERAL. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Boletim das Empresas Estatais Federais*, nº 7, 2º trimestre, 2018.
- HABERMAS, J. *Direto e democracia: entre facticidade e validade*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOLLAND, M. *Seminário sobre a Lei 13.303/2016*. Observatório das Estatais da FGV. Tribunal de Contas da União (TCU), Brasília, 2017.
- JUSTEN FILHO, M. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. In: *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 1, n. 2, 2018.

- JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Coleção Debates (Ciência). 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- LOPES, O. A. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MEDEIROS, G. J. M. O Estado Regulador e o Estado Administrativo: a expertise política e o governo dos técnicos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 381-393, outubro 2016.
- MENDES, G. 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.
- MOREIRA, E. B. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo e hiperativo. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, ano 1, 2017.
- MUSACCHIO, A.; LAZZARINI, S. G. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.
- MUSACCHIO, A.; LAZZARINI, S.; PARGENDLER, M. O Estado como acionista: desafios para a governança corporativa no Brasil. In: FONTES FILHO, Joaquim Rubens; LEAL, Ricardo Pereira Câmara (Org.). **O futuro da governança corporativa: desafios e novas fronteiras**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais**, Edição 2015, OECD Publishing, Paris.
- PINTO JUNIOR, M. E. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PINTO JUNIOR, M. E. Exercício do controle acionário na empresa estatal: comentários a decisão da CVM no caso Eletrobras. **FGV Direito SP Research Paper Series nº 146**, 2016. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765264> (acesso em 30.01.2019).
- SANTOS, C. E. S. R. A excepcionalidade constitucional do Estado Empresário Brasileiro. **Revista Controle**, v. 9, n. 1, jan./jun., 2011.

SCHAPIRO, M. G.; MARINHO, S. M. M. Conflito de interesses nas empresas estatais: uma análise dos casos da Eletrobras e Sabesp. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 3, 2018, p. 1.421-1.461.

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

SOARES, P. F. Paradigmas e pragmatismos no surgimento do Estado Regulador brasileiro em cotejo com o modelo americano de regulação. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 219-242, outubro 2015.

TONIN, M. G. *Sociedades de economia mista e acionistas minoritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>