

REVISTA DE  
**DIREITO ADMINISTRATIVO  
CONTEMPORÂNEO**  
**ReDAC**

ANO 1 • 2 • SETEMBRO-OUTUBRO • 2013

COORDENAÇÃO:  
MARÇAL JUSTEN FILHO

PARTICIPAM DESTA EDIÇÃO:

CARLOS ARI SUNDFELD • CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO • DEMIAN GUEDES • DIOGO ALBANEZE GOMES RIBEIRO • DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO • GUILHERME F. DIAS REISDORFER • ISABELLA MOREIRA DE ANDRADE VOSGERAU • JACINTHO ARRUDA CÂMARA • JOSÉ ALEXANDRE FERREIRA SANCHES • JULIANE ERTHAL DE CARVALHO • MARÇAL JUSTEN FILHO • MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFÈVRE • RICARDO PERLINGEIRO • RODRIGO PAGANI DE SOUZA • VITOR LANZA VELOSO • WILLIAM ROMERO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

ISSN 2317-7349

REVISTA DE  
**DIREITO ADMINISTRATIVO  
CONTEMPORÂNEO**

Ano 1 • vol. 2 • set.-out. / 2013

*Coordenação Geral*  
**MARÇAL JUSTEN FILHO**

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**  
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

Car A. Guimarães  
Egon Bockmann  
Marques Neto,  
Vanella Di Pietro,  
Ergio Ferraz

REVISTA DE  
**DIREITO ADMINISTRATIVO  
CONTEMPORÂNEO**  
**ReDAC**

ANO 1 • 2 • SETEMBRO-OUTUBRO • 2013

Eduardo García de Enterría: um mestre de dois mundos – Conceitos Jurídicos Indeterminados e atribuição de competência discricionária – Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013 – Servidão de aqueduto em imóvel público – Descarte inadequado de resíduos sólidos e a proteção dos bens ambientais – Desaposentação e contagem recíproca entre sistemas previdenciários: análise à luz da jurisprudência do STJ – EC 70, de 29 de março de 2012 – Geração distribuída de energia elétrica de pequeno porte e o sistema de compensação de energia elétrica: comentários à Res. Normativa Aneel 482/2012 – Lei 12.815, de 5 de junho de 2013 – Dec. 8.033, de 27 de junho de 2013 – Concepção das negociações no regime do RDC – É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? – Autoritarismo e Processo Administrativo no Brasil – Responsabilidade civil do Estado enquanto agente fomentador – Contratualização do exercício de funções estatais e o direito urbanístico – Empresas privadas com participação estatal minoritária – Cade e as agências reguladoras independentes.

ISSN 2317-7349

9772317734008 00002



2240130003



363

REDAC

## AS EMPRESAS PRIVADAS COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL MINORITÁRIA

MARÇAL JUSTEN FILHO

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Penal

**RESUMO:** Um dos temas controvertidos no julgamento da APn 470/MG foi a gestão de recursos financeiros vinculados a uma empresa privada com participação estatal minoritária, a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP. A referida empresa constituiu um Fundo (Visanet), no âmbito do qual se permitia que os sócios, inclusive o estatal, se valessem dos bens afetados no seu interesse próprio. Durante o julgamento, houve manifestações diversas a respeito da natureza dos bens de titularidade da CBMP e daqueles afetados ao Fundo Visanet, bem como do regime jurídico correspondente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Empresa privada - Participação estatal minoritária - Natureza dos bens - Regime jurídico - Mensalão.

**ABSTRACT:** One of the controversial themes in the ruling of Criminal Suit 470/MG was the management of financial resources bound to a private corporation in which the government is a minority shareholder, the Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP (Brazilian Methods of Payment Corporation). This corporation created a Fund (Visanet), which permitted the shareholders, including the government ones, to make use of the its assets for their own interests. During the trial, there were several discussions on the nature of the resources belonging to CBMP and those assigned to the Visanet Fund, as well their corresponding legal regime.

**KEYWORDS:** Private corporation - Minority government shareholder - Nature of the assets - Legal regime - Mensalão.

**SUMÁRIO:** 1. A indispensável ressalva inicial - 2. A questão jurídica examinada - 3. A disciplina constitucional das empresas estatais: 3.1 A administração direta; 3.2 A administração indireta; 3.3 A disciplina constitucional da criação de entidades; 3.4 O âmbito normativo dos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/1988: 3.4.1 A exigência de previsão legal; 3.4.2 O conteúdo dos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/1988 - 4. A participação estatal minoritária e o regime de direito privado: 4.1 Considerações gerais: 4.1.1 Empresas estatais e função pública; 4.1.2 Empresas privadas e participação estatal; 4.1.3 O cabimento do fomento com recursos públicos; 4.1.4 A expressa disciplina da Lei 4.320/1964; 4.1.5 A legitimidade da solução; 4.2 Uma nova modalidade interventiva do Estado brasileiro: 4.2.1 A não configuração de empresa estatal; 4.2.2 A não submissão ao controle externo; 4.2.3 A inaplicabilidade dos meios de controle jurisdicional - 5. A decisão do STF relativamente à natureza dos bens: 5.1 A qualificação jurídica da CBMP; 5.2 A situação jurídica diferenciada no âmbito da CBMP: 5.2.1 A identificação da situação jurídica existente; 5.2.2 O posicionamento isolado do Min. Carlos Britto; 5.2.3 O tratamento diferenciado de parcela do patrimônio; 5.2.4 A formação de um patrimônio de afetação; 5.2.5 A submissão dos valores do Fundo aos interesses dos sócios; 5.2.6 A existência da empresa estatal como sócia minoritária; 5.3 A ausência de negação da natureza privada da empresa - 6. O prisma do direito penal - 7. Conclusão.

### 1. A INDISPENSÁVEL RESSALVA INICIAL

A avaliação de um precedente jurisprudencial comporta diversos níveis de abordagem. Uma alternativa é a revisão da solução consagrada no julgado relativamente aos pressupostos fáticos e seu enquadramento jurídico. Essa não é a opção consagrada no presente ensaio, que se preocupa em analisar algumas teses jurídicas contempladas na decisão.

Portanto, não se trata de discutir a conduta concreta de indivíduos, mas de identificar e expor certas teses jurídicas consagradas pelo STF. Para tanto, é necessário ter em vista a controvérsia jurídica existente, mas isso não importa qualquer tomada de posição relativamente a condutas reputadas como penalmente puníveis.

### 2. A QUESTÃO JURÍDICA EXAMINADA

Um dos temas controvertidos no processo da APn 470/MG relacionou-se com a gestão de recursos financeiros vinculados à Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – CBMP (conhecida como Visanet). A CBMP é uma sociedade anônima privada, tal como indicam os dados constantes da decisão. À época dos fatos controvertidos, a CBMP contava com 26 instituições financeiras como sócias. Segundo passagem à f. dos autos, as participações societárias da CBMP encontravam-se distribuídas entre os Bancos Bradesco/Alvorada (38,8383%), Banco do Brasil Banco de Investimento (31,9964%), ABNAMro/Real (14,2823%), Visa Internacional (10,0090%) e diversas outras instituições com participação inferior a 1%.

Da análise dos autos, pode-se concluir que a CBMP deliberou constituir um Fundo de Incentivo (Fundo Visanet). Ao que se infere, uma parcela da receita anual proveniente da exploração empresarial privada (utilização de cartões de créditos pelos clientes) foi destinada a esse Fundo. O problema examinado se referiu ao destino desses recursos, uma vez incorporados ao Fundo Visanet.

Segundo os dados do processo, uma parcela dos recursos do Fundo Visanet teria sido destinada, por deliberação de diretor do Banco do Brasil S.A., a uma agência de publicidade.

Boa parte dos Ministros do STF reputou que as verbas em questão apresentariam natureza pública, rejeitando a tese da defesa de que se trataria de recursos de natureza privada. Essa questão foi objeto de interpretações diversas dos vários Ministros. De modo geral, no entanto, todos eles insistiram em que o tipo penal do peculato (art. 312 do CP) prevê a apropriação de bem móvel público ou privado, verificada em vista da condição de funcionário público do sujeito ativo da infração. Nesse ponto, a decisão propicia meditações relevantes no tocante às empresas privadas com participação estatal minoritária.

### 3. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS

Um tópico relevante pertinente à organização estatal se relaciona com a criação de entidades que poderiam ser denominadas de “derivadas”.

3.1

A  
da U

3.2

M

centr

ca, n

Aden

priva

funçõ

expre

const

3.3

A c

art. 37

ser cri

econo

rizaçã

no inc

da”. Es

3.4

O ár

ainda q

3.4.1

A cri

própria

3.4.2

A dis

uma ent

figura in

Como

empresa

Constitu

e a “parti

### 3.1 *A administração direta*

A Constituição prevê que o Brasil é uma federação e que tal envolve a existência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

### 3.2 *A administração indireta*

Mas a Constituição também admite que o Estado brasileiro promova a desconcentração e a descentralização do poder, no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, mediante a criação de órgãos, autarquias e outras instituições assemelhadas. Ademais, faculta a criação de figuras dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Tais entidades também são destinadas basicamente ao desempenho de funções administrativas. Daí a difusão, inclusive na dimensão constitucional, da expressão "Administração indireta" – indicando que tais figuras não têm assento constitucional, mas são criadas em nível infraconstitucional.

### 3.3 *A disciplina constitucional da criação de entidades*

A criação dessas entidades de direito privado está disciplinada em dois incisos do art. 37 da CF/1988. No inc. XIX, está previsto que "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (...)". No inc. XX se determina que "depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada". Essa é uma regra especialmente relevante para a matéria examinada.

### 3.4 *O âmbito normativo dos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/1988*

O âmbito normativo dos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/1988 é inconfundível, ainda que em ambos os casos haja a consagração da autorização legislativa.

#### 3.4.1 *A exigência de previsão legal*

A criação pelo Estado brasileiro de entidades dotadas de personalidade jurídica própria somente por ser produzida quando prevista em norma legal.

#### 3.4.2 *O conteúdo dos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/1988*

A disciplina constitucional deixa evidente que a participação minoritária de uma entidade estatal não significa a transformação da empresa privada em uma figura integrante da administração pública.

Como visto, no inc. XIX, a Constituição dispõe sobre a criação de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação. Já no inc. XX a Constituição disciplina a criação de "subsidiárias" das figuras previstas no inc. XIX e a "participação" delas em empresa privada.

Se a participação de uma entidade administrativa acarretasse a automática submissão do sujeito ao regime de direito público, seria desnecessária a existência do inc. XX do art. 37. Bastaria existir o inc. XIX. Então, toda e qualquer entidade passaria a ser considerada como uma “autarquia”, uma “empresa pública”, uma “sociedade de economia mista” ou uma “fundação” simplesmente por contar com o Estado entre seus sócios ou titulares.

O inc. XX refere-se a duas situações específicas, que não se confundem com aquelas previstas no inc. XIX. Trata-se dos casos de “subsidiárias” e de “empresas privadas com participação estatal”.

O termo “subsidiária” é bastante problemático no direito brasileiro. A Lei das S.A. alude apenas à figura da “subsidiária integral” (art. 251), que se caracteriza como uma sociedade anônima cuja totalidade das ações se encontra na titularidade de uma sociedade brasileira. Na ausência de uma definição formal genérica, pode-se reputar que a “subsidiária” consiste numa sociedade controlada. Portanto, e seguindo a modelagem da Lei das S.A., a subsidiária é uma sociedade em relação à qual outra sociedade detém participações societárias que lhe asseguram de modo permanente a maioria dos votos em assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 116, *a*, da Lei das S.A.).

Essa disciplina adquire pleno sentido em face da previsão adicional do inc. XX do art. 37 da CF/1988. A criação de uma subsidiária por uma das entidades referidas no inc. XIX significa a instituição de uma sociedade controlada – mesmo nos casos em que não exista subsidiária integral.

Já a participação em empresa privada envolve os casos em que uma entidade estatal adquire a condição de sócio, mas sem alcançar a condição de titular do controle. Dito de outro modo, se a entidade estatal adquirir participação societária que lhe assegure (individualmente ou em acordo com terceiros) a condição de sócia controladora, configura-se a hipótese prevista na primeira parte do inc. XX do art. 37 da CF/1988. Mas se a participação societária for insuficiente para atribuir à entidade estatal a condição de controlada, incide a segunda parte do mesmo dispositivo.

#### 4. A PARTICIPAÇÃO ESTATAL MINORITÁRIA E O REGIME DE DIREITO PRIVADO

A interpretação da Constituição conduz a que a participação estatal minoritária não acarreta a transformação da entidade em sujeito estatal. Não passa a incidir o regime de direito público. Não há o exercício pela empresa privada de atividade estatal. Não há desempenho de função pública. Portanto e rigorosamente, o patrimônio da empresa privada é submetido à disciplina do direito privado. Não existe, em face da Constituição, alternativa distinta.

##### 4.1 Considerações gerais

É inquestionável que o atingimento dos fins do Estado decorre do exercício de função administrativa pública e se desdobra mediante atividades desempenhadas sob regime de direito público. No entanto, também é irrefutável que o Estado pode

valer-se  
transfe  
sob reg

4.1.

Um  
privado  
de com  
diferen  
estatal  
estatai  
vados, r

A tit  
mas nã  
dos esse  
função  
do direi  
de pers  
direito p  
CF/1988  
público

4.1.2

Verifi  
ca recur  
um sujei  
co, segu  
desse su  
mecanis

1. Cab  
da n  
ecor  
cum
2. Carl  
são  
Revi  
Fóru  
“emj  
p. 12

valer-se de soluções jurídicas de direito privado. Mais do que isso, o Estado pode transferir recursos para o desempenho de atividades desenvolvidas integralmente sob regime de direito privado.

#### 4.1.1 *Empresas estatais e função pública*

Um dos modos pelos quais se produz a atuação estatal sob regime de direito privado envolve as empresas estatais. Nesses casos o Estado institui uma sociedade com personalidade de direito privado, mas subordinada a um regime jurídico diferenciado – precisamente por ser instrumento do desempenho de uma função estatal pública. Em alguns casos, essa sociedade é constituída somente por sócios estatais (empresa pública). Em outros casos, prevê-se a participação de sócios privados, mas o controle se encontra na titularidade de um sujeito estatal.

A titularidade do controle por parte do Estado é uma característica relevante, mas não se constitui no traço essencial. O ponto fundamental reside em que, em todos esses casos, existe empresa estatal como instrumento para melhor exercício da função pública. Por esse fundamento, incidem instrumentos de controle próprios do direito público. Ainda que as empresas estatais sejam pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, aplicam-se mecanismos típicos do direito público.<sup>1</sup> A atuação dessas entidades se subordina ao disposto no art. 37 da CF/1988. Assim e por exemplo, a contratação de empregados depende de concurso público e suas contratações devem ser precedidas de licitação.

#### 4.1.2 *Empresas privadas e participação estatal*

Verifica-se uma situação distinta nos casos em que o Estado simplesmente aplica recursos (públicos, na sua origem) numa empresa privada. Em tais hipóteses, há um sujeito privado organizado empresarialmente para atuar como agente econômico, segundo os postulados da iniciativa privada e da livre concorrência. A atuação desse sujeito não configura o desempenho de função pública. Não se aplicam os mecanismos de direito público.<sup>2</sup>

1. Cabe ressaltar que as empresas estatais se subordinam a regime jurídico que varia em vista da natureza da atividade que desempenham conforme se trate de exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público. E existem as empresas estatais que atuam cumulativamente sem que haja solução específica para a determinação do seu regime.
2. Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto utilizam a expressão “empresa semiestatal” para designar essa entidade jurídica (Empresas semiestatais, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 36, ano 9, p. 75-99, Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2011). Alexandre Santos de Aragão opta por tratar do fenômeno como “empresa público-privada” (*Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 134 e ss.). Já o ora autor, por ocasião de obra doutrinária, designou tais empresas como



### 4.1.3 O cabimento do fomento com recursos públicos

O Estado é titular de recursos financeiros e econômicos. É inquestionável que a gestão de tais bens deve ser orientada à promoção dos interesses coletivos. A destinação de verbas estatais para satisfazer interesses egoísticos de particulares infringe a Constituição e configura, usualmente, ato de improbidade e conduta criminosa.

Mas essa hipótese não se confunde com a destinação de recursos públicos ou de benefícios diferenciados visando a assegurar o desenvolvimento de atividades econômicas por particulares, que se configurem como necessárias à promoção do bem comum, à satisfação de necessidades coletivas e à realização dos valores protegidos pela ordem jurídica.<sup>3</sup>

Aliás e justamente por isso, a própria Constituição Federal de 1988 legitima, em diversas passagens, o tratamento diferenciado para os menos favorecidos, inclusive com a transferência de recursos estatais com vistas a reduzir as diferenças e a incentivar o desenvolvimento. Apenas para exemplificar, lembre-se a regra de que:

“Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

(...)

II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas” (art. 43, § 2.º, da CF/1988).

Ou seja, é vedada a aplicação dos recursos públicos ou a outorga de vantagens em favor da iniciativa privada como uma prática desconectada da realização de valores protegidos constitucionalmente. Mas é perfeitamente cabível a transferência de recursos públicos à iniciativa privada quando for meio eficaz de fomentar atividades benéficas ao desenvolvimento nacional.

### 4.1.4 A expressa disciplina da Lei 4.320/1964

Outra comprovação do cabimento do mecanismo examinado se encontra na disciplina da Lei 4.320/1964, que veiculou normas gerais de direito financeiro (aplicáveis precipuamente no âmbito da administração direta). Esse diploma já previa a participação do Estado em empresas privadas. O § 5.º do art. 12 tem a seguinte redação:

“sociedades com participação estatal minoritária” (*Curso de direito administrativo*, 9. ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 317 e ss.).

3. Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, “Devemos enfatizar que importâncias recebidas pelas empresas, a título de empréstimos, com juros privilegiados, constituem não ato de liberalidade da administração pública, que isso não pode fazer, mas cumprimento de metas perseguidas – como é, por exemplo, o desenvolvimento de alguma região do país, com a finalidade de reduzir as desigualdades regionais (arts. 3.º, III, e 170, VII, da Constituição Federal)” (*Curso de direito administrativo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95).

“C  
I -  
II  
qualq  
III  
objeti

4.1

Ess  
gurar-  
do bra  
para n  
põe so  
dispõe  
9.478/

4.2 U

As c  
para fo  
tervent  
econôm  
tal na c  
energét  
Aeropoi

4.2.1

Em t  
sa estata

4. “Art  
pita  
cien

5. “Art  
de si  
priv  
capit  
de 19  
conu

6. “Art.  
dústr  
assoc

“Classificam-se como inversões financeiras as dotações destinadas a:

I – aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização;

II – aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital;

III – constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros.”

#### 4.1.5 A legitimidade da solução

Essa solução está implicitamente autorizada pelo ordenamento e pode configurar-se como a mais razoável e satisfatória à realização dos fins últimos do Estado brasileiro. Ademais, há o reconhecimento explícito da legitimidade da solução para muitos casos, tais como os referidos no art. 5.º da Lei 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa;<sup>4</sup> no art. 2.º da Lei 11.908/2009, que dispõe sobre o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal<sup>5</sup> e no art. 64 da Lei 9.478/1997, que trata da política energética nacional.<sup>6</sup>

### 4.2 Uma nova modalidade interventiva do Estado brasileiro

As circunstâncias econômicas e a necessidade de aporte de recursos públicos para fomento conduziram o Estado brasileiro a delinear uma nova modalidade interventiva. Em circunstâncias especiais e diferenciadas, o Estado assegura recursos econômicos indispensáveis a certos empreendimentos mediante o aporte de capital na condição de sócio minoritário. Essas soluções têm sido aplicadas no setor energético e foram especialmente consagradas nas concessões da exploração dos Aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília.

#### 4.2.1 A não configuração de empresa estatal

Em todos esses casos, o Estado não aplica recursos para constituir uma empresa estatal. Procura atrair o interesse da iniciativa privada, reduzindo a necessidade de

4. “Art. 5.º Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.”

5. “Art. 2.º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 10 daquela Lei.”

6. “Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a Petrobrás autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.”

captação de recursos perante o sistema financeiro. Ademais, a participação minoritária assegurará ao Estado uma atuação de fiscalização direta da atividade do agente econômico privado, tal como a fruição de uma parcela dos lucros eventualmente auferidos.

Isso não exclui o cabimento de o parceiro estatal minoritário assumir uma participação no grupo de controle. A relevância da participação do sócio estatal no empreendimento pode exigir esse compartilhamento. Devem ser adotados mecanismos para assegurar ao sócio estatal o poder jurídico de, por exemplo, vetar deliberações relativamente a certos temas, indicar alguns dos administradores, participar do conselho de administração e submeter determinadas decisões a quórum especial.

Usualmente, tais casos serão disciplinados por um acordo de acionistas, destinado a assegurar a fiscalização das atividades societárias e a possibilidade de o Estado dispor de todas as informações pertinentes à exploração empresarial. Isso não significa que a pessoa estatal controle indiretamente a sociedade em que é titular de participação minoritária. Ainda que o sócio estatal seja cotitular do poder de controle, não lhe serão asseguradas faculdades destinadas a orientar sociedade para o desempenho de função administrativa. Suas faculdades são estrita e unicamente relacionadas com a exploração privada do empreendimento e a garantia de proteção do investimento realizado com recursos públicos.

Uma vez adquirida a participação minoritária na empresa privada, caberá ao sócio público exercer todos os deveres e poderes jurídicos correspondentes às ações de que for titular. Isso envolverá a integralização do preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, a indicação de membro(s) para participar em órgãos de administração e assim por diante.

#### 4.2.2 A não submissão ao controle externo

Uma consequência da natureza essencialmente privada da empresa com participação estatal minoritária é a não submissão ao controle externo próprio da atividade administrativa. Os recursos públicos aportados como integralização da participação societária adquirem natureza puramente privada. Os recursos se integram ao patrimônio da sociedade privada, a qual não está sujeita ao regime de controle externo correspondente (nem mesmo à prestação de contas aos tribunais de contas). Não se aplica o art. 70, parágrafo único, da CF/1988. A sociedade com participação estatal minoritária não integra a administração pública e, por isso, a sua gestão e os eventos ocorridos no seu âmbito não se subordinam aos mecanismos de controle externo próprios da função pública.<sup>7</sup>

7. O TCU editou súmula para conferir essa interpretação ao art. 7.º da Lei 6.223/1975, com a redação dada pela Lei 6.525/1979. O dispositivo trata da exigência de controle externo das entidades com personalidade jurídica de direito privado, em que haja participação estatal na *totalidade* ou na *maioria* das ações ordinárias. A Súmula 75 do TCU, por sua vez, estabelece: "A competência conferida ao Tribunal de Contas da União pelo art. 7.º da Lei n. 6.223, de 14/07/75, não está condicionada à feição jurídica atribuída à entidade fiscalizada, nem à sua

C  
deter  
ridac  
prev

4.

O  
jurid  
por u  
aos r  
não s  
se po  
sua a

5. A

As  
pelo S

5.1 A

É i  
quer a  
Não s  
Banco  
uma p  
anteric

5.2 A

Os  
to ado

5.2.

No  
é públi  
precári

cri  
ou  
cha  
cor

O que poderá ocorrer é o exercício de controle externo sobre a empresa estatal detentora das participações sociais minoritárias, no sentido de verificação da regularidade dos resultados obtidos e do exercício apropriado de todas as prerrogativas previstas em lei e no acordo de acionistas.

#### 4.2.3 A inaplicabilidade dos meios de controle jurisdicional

Os atos praticados pela sociedade com participação estatal minoritária não são juridicamente imputáveis à administração pública. São atos jurídicos praticados por um sujeito puramente privado. Logo, esses atos jurídicos não se subordinam aos mecanismos de controle jurisdicional da atividade administrativa. Portanto, não são cabíveis a ação civil pública, a ação popular, a ação de improbidade. Nem se pode imputar à sociedade a prática de "atos de autoridade", para questionar a sua atuação mediante mandado de segurança.

### 5. A DECISÃO DO STF RELATIVAMENTE À NATUREZA DOS BENS

As considerações anteriores não foram desmentidas pela orientação adotada pelo STF no julgamento da APn 470/MG.

#### 5.1 A qualificação jurídica da CBMP

É inquestionável que a CBMP é uma sociedade privada, que não desempenha qualquer atividade de cunho administrativo. Exercita uma atuação puramente empresarial. Não se configura como uma empresa estatal. A única peculiaridade reside em que o Banco do Brasil (por meio da subsidiária BB Banco de Investimentos S.A.) é titular de uma participação societária minoritária. Portanto e tomando em vista as considerações anteriores, a CBMP é uma sociedade com participação estatal minoritária.

#### 5.2 A situação jurídica diferenciada no âmbito da CBMP

Os primeiros votos proferidos não deixaram perfeitamente claro o entendimento adotado pelo STF quanto à natureza jurídica dos bens de titularidade da CBMP.

##### 5.2.1 A identificação da situação jurídica existente

No voto do relator Min. Joaquim Barbosa, foi afirmado que "No Brasil, o que é público não se transmuda em privado em razão da mera detenção transitória e precária por parte do particular" (f. dos autos). Essa afirmativa poderia induzir ao

---

*criação por lei ou por ato presidencial; tampouco, se restringe à participação acionária direta ou primária da União e entidades da sua administração indireta, compreendendo, ao invés, as chamadas subsidiárias de segundo ou terceiro grau, mas sem obrigatoriedade de remessa das contas anuais quanto às entidades em que houver participação apenas minoritária".*

entendimento de que o patrimônio da empresa privada manteria a sua natureza pública. Criar-se-ia, desse modo, uma situação anômala e logicamente insustentável. O patrimônio da sociedade privada seria parcialmente público e parcialmente privado, na proporção da participação dos sócios. Então, seria necessário aplicar concomitantemente o regime de direito público e o de direito privado para disciplinar a atuação da sociedade com participação estatal minoritária. Essa solução conduziria a resultados despropositados. No voto do Min. Cesar Peluzo, a questão foi superada de modo agudo e preciso. Ficou esclarecido que os recursos objeto de aplicação questionada não envolviam propriamente o patrimônio da sociedade privada. Vale transcrever a passagem fundamental do voto examinado:

“E ouvi bem a respeito, porque me desconcertou a sustentação oral de que o dinheiro do Fundo era de caráter privado, porque provém – e de fato provém – do pagamento dos usuários dos cartões de crédito. O Fundo é formado por parcela do dinheiro advindo dos pagamentos feitos pelos usuários dos cartões de crédito, isto é, de todo o dinheiro arrecadado no uso dos cartões, parte é separada e depositada ou creditada nesse Fundo. Esse Fundo é o quê? É, na verdade, um condomínio entre os acionistas da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento-Visanet, os quais o conceberam e criaram como forma de reserva formada com parcela do produto do uso dos cartões de crédito. Muito bem, uma vez pagas as despesas dos cartões de crédito, das quais parte substancial é devida ao comerciante, e parte, ao titular da bandeira, esse dinheiro deixa de ser de quem pagou e passa a ser de quem o recebe como credor ou credores. No argumento que ouvi, se vamos a uma loja e compramos qualquer mercadoria, o dinheiro que entregamos ao vendedor continuaria sendo nosso... Se o dinheiro foi pago pelos usuários do cartão de crédito, como coisa devida, passou-lhe a propriedade para quem? Evidentemente, para os credores da obrigação de dar. Quais eram eles no caso? Os condôminos da Companhia de Meios de Pagamento, titulares das bandeiras de cartão de crédito e, portanto, na sua cota, o Banco do Brasil.

É que tal Fundo, sendo um condomínio, é estruturado e repartido por cotas, das quais o Banco do Brasil tem 30,2%. Portanto, 30,2% dos recursos do Fundo são de propriedade do Banco do Brasil. Não é por outra razão que o regulamento prevê que os condôminos podem dispor livremente da sua cota, porque se trata de dinheiro deles na respectiva proporção. E foi isso o que se deu na hipótese, onde do dinheiro público, pertencente à cota do Banco do Brasil, saíram as antecipações de crédito que constituíram o crime de peculato” (f.).

O trecho evidenciou a peculiaridade relevante da questão examinada. O ponto central residiu em que os valores objeto da controvérsia envolviam um *Fundo*, criado pela CBMP.

### 5.2.2 O posicionamento isolado do Min. Carlos Britto

É relevante destacar que o Min. Carlos Britto adotou interpretação distinta sobre os fatos do processo e consagrou um entendimento próprio sobre a qualificação jurídica apropriada. O Ministro insistiu em que:

“E c  
despub  
ção de  
O fenô  
cota-pa

Em

“(...

prio no;  
grante c  
dade ju  
Quando  
referênc  
empresa  
priamen  
pública i  
de que o  
bliciza p

E tam

“O Fu  
prolonga  
mal inter  
setor púb  
tura finan  
capitais n  
público n  
do ao Vis  
é público  
de Meios  
a persona  
sonalidade  
administra

Os voto  
da express  
como sufici  
se admitiu  
virtude de  
Mais ainda  
de uma so  
genérico, o  
do de que c  
diverso daç

“E o fato é que essa cota-parte do Banco do Brasil no capital do Visanet não a despubliciza, embora a Visanet seja uma pessoa jurídica de direito privado, a injeção de capital feita pelo Banco do Brasil no Visanet preserva o seu caráter público. O fenômeno da despublicização não ocorreu quanto à origem e a natureza dessa cota-parte subscrita pelo Banco do Brasil” (f. dos autos).

Em outro ponto, o Min. Carlos Britto acrescentou o seguinte:

“(…) o próprio nome Companhia Brasileira de Meios de Comunicação, o próprio nome Companhia Brasileira já sinaliza ou sugere que se trata de empresa integrante do setor Público, embora como toda companhia estatal dotada de personalidade jurídica de direito privado. Basta lembrar a Embratel, a Embraer, a Embrapa. Quando essas companhias, no seu próprio nome mercantil oficial, ostentam essa referência ao próprio País, companhia brasileira, isso já sinaliza que se trata de empresa integrante do setor Público, ou da administração pública indireta, propriamente dita, ou de uma subsidiária de qualquer das empresas da administração pública indireta; pelo que não dá, peço vênha para dizê-lo, não dá para aceitar a tese de que os recursos eram simplesmente privados; um recurso público não se despubliciza pelo fato de ser aplicado dessa ou daquela maneira” (f. dos autos).

E também acrescentou o seu entendimento no sentido abaixo reproduzido:

“O Fundo Visanet, como nós sabemos, é um apêndice do Banco do Brasil, é um prolongamento do Banco do Brasil. E eu tive a oportunidade de dizer algo que foi mal interpretado aqui. Eu disse: o dinheiro do Banco do Brasil – Banco do Brasil setor público, entidade da administração pública indireta –, injetado na musculatura financeira ou econômica do Visanet, não se despubliciza por essa injeção de capitais numa empresa privada. E interpretaram como se eu dissesse que o dinheiro público não se despubliciza nunca, jamais, em tempo algum. Eu estava me referindo ao Visanet. O Visanet, sim, é prolongamento do setor público, e seu dinheiro é público. Até porque, qual é o nome do Visanet, na verdade? Empresa Brasileira de Meios de Pagamento, para evidenciar a sua natureza especial, ou seja, embora a personalidade jurídica seja de direito privado, como o Banco do Brasil tem personalidade jurídica de direito privado, e, no entanto, é uma entidade integrante da administração pública indireta” (p. dos autos).

Os votos dos demais Ministros não adotaram idêntica orientação. A presença da expressão “brasileira” na denominação da empresa privada não foi considerada como suficiente para a qualificar como integrante da administração indireta. Nem se admitiu que a CBMP seria submetida ao regime de direito administrativo em virtude de contar com uma subsidiária do Banco do Brasil como sócia minoritária. Mais ainda, não se reputou que a contribuição do Banco do Brasil para o capital de uma sociedade privada manteria a sua condição de recurso público. De modo genérico, os demais Ministros seguiram a linha traçada pelo Min. Peluzo no sentido de que os recursos do Fundo Visanet submetiam-se a um tratamento jurídico diverso daquele reservado à pessoa e ao restante do patrimônio da CBMP.

### 5.2.3 O tratamento diferenciado de parcela do patrimônio

O referido Fundo era composto por uma parcela dos resultados da exploração empresarial.

Em princípio, todos os bens de titularidade da CBMP integram o seu patrimônio e se sujeitam ao regime jurídico de direito privado. No entanto, não existe impedimento a que bens individualizados dentro do patrimônio de um sujeito sejam subordinados a um regime jurídico próprio e específico.

Assim, por exemplo, o art. 988 do CC/2002 admite que, numa sociedade em comum, "Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum". Essa hipótese se verifica com frequência no tocante a bens reunidos em fundos.

Nessa linha, a Lei 8.668/1993 facultou a criação de fundos de investimento imobiliário, que são figuras destituídas de personalidade jurídica própria. Trata-se de um condomínio, formado por pessoas físicas ou jurídicas que investem seus recursos financeiros em empreendimentos pertinentes direta ou indiretamente ao setor imobiliário, visando a partilha dos lucros eventualmente auferidos. Os bens afetados ao fundo de investimento imobiliário não se confundem com o patrimônio da instituição que os administra.

### 5.2.4 A formação de um patrimônio de afetação

A análise da questão evidencia que os valores financeiros constantes do Fundo, criado no âmbito da CBMP, não se confundiam com o restante do patrimônio da empresa. A CBMP previu que os recursos do referido Fundo seriam administrados *segundo as determinações* dos sócios. Dito de outro modo, os valores aportados ao Fundo não estavam alocados ao desenvolvimento da atividade empresarial propriamente dita da CBMP. Ao que se infere das informações dos autos, cada sócio da CBMP dispunha do poder jurídico de dar o destino que melhor lhe aprouvesse relativamente a montante dos recursos do Fundo proporcional à própria participação no capital social.

### 5.2.5 A submissão dos valores do Fundo aos interesses dos sócios

Justamente por isso, a destinação dos valores do Fundo não se fazia segundo as conveniências, deliberações e finalidades da CBMP. Previu-se que tais valores seriam objeto de decisão no exclusivo interesse dos sócios. Segundo os dados apontados, afigura-se que a convenção adotada entre os sócios da CBMP assegurava que cada sócio tivesse controle total sobre a sua participação no Fundo.

### 5.2.6 A existência da empresa estatal como sócia minoritária

Ocorre que existia uma empresa estatal sócia minoritária da empresa privada. A titularidade da empresa (CBMP) sobre o patrimônio deixava de ser relevante relativamente aos bens alocados no Fundo, quanto aos quais vigorava uma convenção que assegurava a cada sócio o poder jurídico de disposição segundo a sua conveniência e interesse exclusivos.

Uma su-  
tribuído di-  
regime jur-  
vada se in-  
Investimen-  
tido ao reg-  
todos os m-  
pela empre-

Não se e-  
videndos. /  
incidente,  
laridade da  
dos interes-

### 5.3 A ausê-

Em sur-  
entendimen-  
regime de c-  
leceu que o  
rial seria su-

A decisã-  
participaçã-  
liação dos f-  
a interferên-  
sociedade p-  
co. Se a soc-  
bere no pró-  
princípios e

Um exen-  
necessidade  
empresariais  
sócio estatal  
nacionais ge-  
de deliberar,  
dos criados  
todos os der-  
nada tal corr-

### 6. O PRISM

A contro-  
conceito m-

Uma suposição permite compreender melhor a questão. Se a CBMP tivesse distribuído dividendos em favor do Banco do Brasil, nenhuma dúvida existiria sobre o regime jurídico aplicável a tais recursos. O dividendo distribuído pela empresa privada se integraria no patrimônio dos sócios inclusive do Banco do Brasil Banco de Investimentos. Como decorrência, o montante do dividendo passaria a ser submetido ao regime aplicável à referida entidade. Em tal hipótese, é evidente incidirem todos os mecanismos de controle do direito público sobre os valores distribuídos pela empresa privada ao sócio minoritário integrante da administração pública.

Não se contraponha que, no caso, não teria ocorrido a distribuição efetiva de dividendos. A ausência de distribuição de dividendos não afeta o tratamento jurídico incidente, na medida em que os valores pecuniários, embora formalmente na titularidade da empresa privada, podiam ser utilizados para a conveniência e satisfação dos interesses do sócio estatal minoritário.

### 5.3 *A ausência de negação da natureza privada da empresa*

Em suma, o STF não negou a natureza privada da CBMP. Nem incorporou o entendimento de que os bens da CBMP deveriam ser subordinados parcialmente ao regime de direito privado e parcialmente ao regime de direito público. Não estabeleceu que o destino dado aos bens utilizados pela CBMP na sua atividade empresarial seria subordinável a controles próprios do direito público.

A decisão reconheceu, no entanto, que a natureza privada da sociedade com participação estatal minoritária não se constitui em uma barreira insuperável à avaliação dos fatos ocorridos. A existência de mecanismos propiciando ao sócio estatal a interferência sobre o destino de bens formalmente integrantes do patrimônio da sociedade privada conduz à incidência dos mecanismos próprios do direito público. Se a sociedade privada consagrar soluções permitindo que o sócio estatal delibere no próprio interesse sobre o destino dos bens sociais, serão aplicáveis todos os princípios e regras de direito público.

Um exemplo prático permite compreender a questão. A CBMP pode promover, sem necessidade de licitação, todos os contratos necessários à satisfação de seus interesses empresariais. Mas a condição privada da CBMP não poderá ser invocada para que o sócio estatal promova contratações no seu próprio interesse valendo-se de recursos financeiros gerados no âmbito da dita CBMP. Se o Banco do Brasil tiver o poder jurídico de deliberar, no seu exclusivo interesse, sobre o destino de valores abrangidos em fundos criados no âmbito da CBMP, caberá submeter-se às regras da Lei de Licitações e a todos os demais controles correspondentes. Mais precisamente, a questão será examinada tal como se os recursos fossem de titularidade direta da própria empresa estatal.

## 6. O PRISMA DO DIREITO PENAL

A controvérsia foi decidida também à luz do direito penal, que consagra um conceito muito amplo para a expressão "funcionário público". Reputou-se que o



sujeito investido de competências inerentes à condição de agente público está sujeito a regras de conduta severas e rigorosas – ainda quando as suas decisões envolvam temas não diretamente relacionados ao cargo ou função exercitada.

A distinção societária foi reputada como irrelevante, tal como também foi rejeitado o argumento da natureza privada dos recursos integrantes do Fundo. O foco da decisão referiu-se à posição jurídica do administrador de uma sociedade estatal. Reconheceu-se que o exercício direto ou indireto das competências inerentes à posição ocupada poderá conduzir à consumação do crime quando presentes os demais elementos do tipo. Em princípio, essa interpretação não representa nenhuma surpresa relativamente ao tipo do peculato – que consagra a criminalização da conduta mesmo quando o objeto indevidamente apropriado não é de titularidade pública. Mas há uma relevante inovação na medida em que se reputa como subsumível ao tipo também a conduta desenvolvida pelo administrador da empresa estatal relativamente aos bens de titularidade de uma outra sociedade, dotada de personalidade jurídica privada.

## 7. CONCLUSÃO

A decisão adotada no bojo da APn 470/MG é extremamente relevante no tocante à organização administrativa estatal e ao fenômeno das sociedades com participação estatal minoritária. O montante de recursos financeiros envolvidos é muito grande. Essas verbas eram, na origem, públicas e subordinadas aos controles pertinentes. A sua transferência a uma sociedade privada somente se justifica pela relevância dos objetivos buscados. E tal transferência acarreta a eliminação de uma pluralidade de instrumentos de controle típicos do direito público.

No entanto, a adoção de mecanismos, no âmbito da empresa privada, que permitam ao sócio estatal valer-se dos bens no seu interesse próprio reativa os mecanismos de controle típicos do direito público. Em última análise, isso apenas reafirma o postulado de que toda a competência estatal deve ser exercitada no interesse do povo, segundo os postulados norteadores da atividade administrativa do Estado.

Mas a conclusão final reside em que a multiplicação da participação minoritária de entidades estatais em empresas privadas exige uma disciplina mais satisfatória. Não se pode permitir que a aplicação do modelo jurídico de direito privado abra oportunidade para práticas incompatíveis tanto com a eficiência empresarial como com a disciplina própria da atividade administrativa pública.

### PESQUISAS DO EDITORIAL

#### Veja também Doutrina

- As sociedades de capital público-privado sem controle estatal, de Carolina Barros Fidalgo – RT922/197; e
- Empresa público-privada, de Alexandre Santos de Aragão – RT890/33.

ÁREA DO

RESUMO:  
regulado  
verificar  
aprovaçã  
dos refer  
essa razão  
atenção p  
tensa de  
referidos  
uma maic  
públicas r

PALAVRAS-  
pendentes  
tração – S

SUMÁRIO  
– 4. O:  
tre as  
tração  
de sua  
envolv

## 1. INTF

Muitc  
tivo de E  
Brasileirc  
pressão à  
cionais d  
defesa do