

**RAFAEL HAMZE ISSA**

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE FOMENTO POR EMPRESAS  
ESTATAIS: ENTRE MISSÃO ECONÔMICA E OBJETIVOS SUBSIDIÁRIOS**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2020**

**RAFAEL HAMZE ISSA**

**IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE FOMENTO POR EMPRESAS  
ESTATAIS: ENTRE MISSÃO ECONÔMICA E OBJETIVOS SUBSIDIÁRIOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como condição parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado (Subárea Direito Administrativo), sob a orientação do Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2020**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

---

Issa, Rafael Hamze

Implementação de políticas de fomento por  
empresas estatais: entre missão econômica e  
objetivos subsidiários ; Rafael Hamze Issa ;  
orientador Floriano de Azevedo Marques Neto -- São  
Paulo, 2020.

277

Tese (Doutorado - Programa de Pós-  
Graduação em Direito do Estado) - Faculdade  
de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Empresas estatais . 2. Administração Pública.  
3. Fomento. I. Marques Neto, Floriano de  
Azevedo , orient. II. Título.

---

Nome: ISSA, Rafael Hamze.

Título: Implementação de políticas de fomento por empresas estatais: entre função econômica e objetivos subsidiários.

Data de Submissão à Banca:

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como condição parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado (Subárea Direito Administrativo), sob a orientação do Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

Banca Examinadora:

Prof. Dr.:	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:

Prof. Dr.:	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:

Prof. Dr.:	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:

Prof. Dr.:	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:

Prof. Dr.:	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:

Para Camila e Clara: meus amores.

## AGRADECIMENTOS

Por mais que a elaboração de um trabalho acadêmico demande reflexão e isolamento, o caminho não é percorrido de modo solitário. Somos constantemente apoiados e incentivados por parentes e amigos que vão, cada um à sua maneira, mostrando os passos a serem dados no longo caminho para a conclusão (ainda que parcial e temporária) do trabalho.

Para eles vão os agradecimentos.

Começo pela minha esposa, Camila, pelo apoio constante e por me permitir descobrir a alegria de ser o pai da Clara. A ambas agradeço pela paciência com minhas ausências para a elaboração desta tese. Mais difícil do que o trabalho, foi o tempo sem a presença de vocês.

Aos meus sogros, Helena e José Roberto, faço meus agradecimentos por todo o apoio na criação da Clara, bem como por suprirem, com o amor que lhes é próprio, a minha ausência para a elaboração deste trabalho.

Ainda no âmbito familiar, agradeço aos meus pais, Paulo e Maria Lúcia, por terem sempre me estimulado a seguir na trilha dos estudos, sem poupar esforços para a minha educação e da minha irmã, Denise.

No âmbito acadêmico, começo pelo meu orientador, Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, de quem, de admirador da obra, passei a aluno e a interlocutor. Sem a orientação, os ensinamentos e o exemplo de seriedade acadêmica, o trabalho dificilmente teria evoluído.

No período em que cursei o doutorado, tive a felicidade de ser aluno de Fernando Dias Menezes de Almeida, Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho, Vitor Rhein Schirato, Marcos Augusto Perez, Rodrigo Pagani de Souza, Egon Bockmann Moreira e Sérgio Guerra. A eles, pelos ensinamentos e pela generosidade no trato acadêmico, deixo os meus agradecimentos.

Agradeço também aos Professores Marcos Perez e Fernando Facury Scaff, pelas excelentes contribuições durante o meu exame de qualificação. Elas foram fundamentais para colocar o trabalho nos trilhos.

Faço um especial agradecimento aos meus colegas de escritório, Patricia Pessoa Valente, Henrique Motta Pinto, Giovanna Micalli, Lucas Módulo e Grazielle Pereira. O agradável convívio diário torna os desafios acadêmicos e da advocacia menos penosos. A

Henrique e Patricia devo um agradecimento especial, pelas incansáveis e intermináveis conversas a respeito dos temas desta tese, além das indicações bibliográficas e pontos para reflexão.

Dentre tantos colegas que foram sendo feitos ao longo dos anos de doutorado, tive o privilégio de poder contar com a amizade e o companheirismo de Alexandre Chiochetti, Ferrari, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Ana Rita de Figueiredo Nery, André Rodrigues Junqueira, André Rosilho, Andréa Magalhães, Anselmo Nogueira Júnior, Bruno Lopes Megna, Camila Rocha da Cunha Viana, Christianne de Carvalho Stroppa, Diego Jácome Valois Tafur, Fábio Libonatti, Filipe Natal de Gaspari, Guilherme Jardim Jurksaitis, Jacintho Arruda Câmara, Kamille Medeiros, Karlin Olbertz Niebuhr, Leonardo Coelho Ribeiro, Lívia Amorim, Lucas Pontes, Marco Antônio de Moraes Alberto, Marco Aurélio de Barcelos Silva, Marina Fontão Zago, Mariana Carnaes, Rafael Pereira Fernandes, Rafael Vêras de Freitas, Rafael Wallbach Schwind, Rodrigo Pinto de Campos, Ruy Pereira Camilo Júnior, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Yahn Rainer, Yasser Gabriel. Todos, de alguma forma, contribuíram para este trabalho.

Dentro deste grupo, deixo uma menção especial a Juliana Bonacorsi Palma e José Jair Marques Júnior. Além de companheiros de orientação do Prof. Floriano, são amigos firmes, com quem tenho o privilégio de dividir não apenas uma biblioteca, mas também agradáveis almoços aos finais de semana.

Durante boa parte do período de elaboração desta tese, tive a oportunidade de trabalhar na Secretaria de Governo do Estado de São Paulo, mais especificamente na Subsecretaria de Parcerias e Inovação, experiência que foi frutífera na percepção das relações entre direito administrativo e administração pública. A todos aqueles com quem pude compartilhar tais experiências, ficam aqui meus agradecimentos nas pessoas daqueles que lideraram a equipe no período de 2015 a 2018: Saulo de Castro Abreu Filho, Moacir Rossetti, Karla Bertocco Trindade e Isadora Chansky Cohen.

Aos membros da equipe, deixo meus sinceros agradecimentos. De todos eles, dois merecem destaque: Isabel Ópice e Eduardo Henrique de Azevedo. Durante trabalhos realizados em conjunto, eles, uma economista e um engenheiro, sempre me perguntavam se determinadas regras “fazem sentido” para o atingimento de finalidades públicas ou se há excesso de burocracia na sua instituição e interpretação. Estes questionamentos constantes me fizeram olhar o direito administrativo e a administração pública de modo diferente, o que está retratado nesta tese. Ao menos assim espero.

Também fez parte da elaboração deste trabalho um *séjour de recherche* junto ao Centre de Droit Public Comparé da Université Paris II – Panthéon-Assas, no período entre outubro de 2018 e janeiro de 2019. Ao professor Gilles Guglielmi, agradeço imensamente pela calorosa acolhida, bem como pelas conversas a respeito do direito administrativo. Agradeço, ainda, aos colegas que fiz na passagem pelo CDPC, especialmente a: Romain Leatham, Kheireddine Khelil, Clémence Bola, Tarek Darwish e Antoine Cnudde, registro os agradecimentos pela gentileza da acolhida e dos ensinamentos transmitidos.

A viagem não teria sido viabilizada sem a generosidade de Eduardo Jordão, Tarcila Reis, que forneceram importantes dicas e me encorajaram a seguir em frente, além do apoio acadêmico dos Professores Floriano e Fernando.

O período na França não teria sido tão proveitoso se não tivesse partilhado de bons momentos acadêmicos e mesmo de ideias a respeito desta tese com Vítor Monteiro, companheiro de jornadas acadêmicas e nos almoços nos restaurantes universitários do CROUS.

Também registro meus agradecimentos aos colegas e amigos do Núcleo Jurídico do OIC-USP, Carolina Mota Mourão, Vítor Monteiro, Fábio Gomes dos Santos, Diogo Coutinho, Maria Marinho, Daniel Babinski, Gabriel Romitelli, Eduardo Spanó, Andréa Villares, Carolina Foss. Poder compartilhar com vocês os desafios da inovação no setor público é sempre um grande aprendizado.

Por fim, Àquele em quem tudo começa e tudo termina.



## RESUMO

ISSA, Rafael Hamze. **Implementação de políticas de fomento por empresas estatais: entre missão econômica e objetivos subsidiários**. 277 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente tese tem por finalidade analisar a legitimidade das políticas de fomento implementadas por empresas estatais brasileiras. Para a sua elaboração, partimos da hipótese de que empresas estatais podem implementar ou ser utilizadas como instrumentos para a implementação de medidas de fomento a atividades privadas que possuam externalidades positivas para a coletividade, sem que isto represente, obrigatoriamente, desvirtuamento de suas funções econômicas típicas. Após analisarmos três experiências de fomento por empresas estatais (PROINFA da Eletrobrás; Petrobrás Socioambiental; e Centro Cultural Banco do Brasil), chegamos à conclusão da legitimidade de tais ações, que podem ser consideradas instrumentos de mercado para o aprimoramento da própria atividade empresarial das empresas estatais.

**Palavras-chave:** Empresas estatais. Administração Pública. Fomento.

## **ABSTRACT**

ISSA, Rafael Hamze. **Implementation of promotion policies by state-owned companies: between economic mission and subsidiary objectives.** 277 pages. Thesis (Doctorate) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The purpose of this thesis is to analyze the legitimacy of the encouragement policies implemented by Brazilian state-owned companies. In order to elaborate it, we start from the hypothesis that state-owned companies can implement or be used as instruments for the implementation of promotion measures for private activities that have positive externalities for the community, without this necessarily representing a distortion of their typical economic functions. After analyzing three experiences of fostering by state-owned companies (PROINFA by Eletrobrás; Petrobrás Socioenvironmental; and Centro Cultural Banco do Brasil), we reach the conclusion of the legitimacy of such actions, which may be considered market instruments for the improvement of the business activity of state-owned companies.

**Key-words:** State-owned companies; Public Administration; Encouragement.

## RÉSUMÉ

ISSA, Rafael Hamze. **La mise en œuvre des politiques d'encouragement par les entreprises publiques : entre mission économique et objectifs subsidiaires**. 277 pages. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

L'objectif de cette thèse est d'analyser la légitimité des politiques d'encouragement mises en œuvre par les entreprises publiques brésiliennes. Pour l'élaborer, nous partons de l'hypothèse que les entreprises publiques peuvent mettre en œuvre ou être utilisées comme instruments pour la mise en œuvre de mesures de promotion des activités privées qui ont des externalités positives pour la collectivité, sans que cela représente nécessairement une distorsion de leurs fonctions économiques typiques. Après avoir analysé trois expériences d'encouragement par des entreprises publiques (PROINFA d'Eletrobrás, Petrobrás Socioenvironnemental et Centro Cultural Banco do Brasil), nous arrivons à la conclusion de la légitimité de ces actions, qui peuvent être considérées comme des instruments de marché pour l'amélioration de l'activité commerciale des entreprises publiques.

**Mots-clés:** Entreprise Publique; Administration Publique; Encouragement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	16
<b>PARTE I - ASPECTOS TEÓRICOS</b> .....	21
<b>CAPÍTULO 1 - ASPECTOS CONCEITUAIS PARA A DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO DA PRESENTE TESE</b> .....	22
<b>SEÇÃO 1. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS EMPRESAS ESTATAIS.</b> .....	22
Subseção 1. As características comuns ao figurino empresarial do Estado. ....	24
1. Empresas estatais: entidades da administração indireta. ....	24
2. Empresas estatais: técnica de organização da ação administrativa. ....	25
3. Empresas estatais e figurino empresarial: finalidade lucrativa. ....	40
4. Empresas estatais e os limites de sua criação. ....	44
<b>Subseção 2. O figurino empresarial do Estado no Brasil: tentativa de classificação operacional para a presente tese.</b> .....	45
1. As classificações tradicionais e sua insuficiência para a presente tese. ....	45
1.1. Empresas estatais pelo critério da atividade. ....	47
1.2. Empresas estatais de acordo com a dependência econômica em relação à administração central. ....	52
1.3. A insuficiência dos critérios tradicionais para a presente tese.....	56
2. Os recortes metodológicos para a delimitação do objeto desta tese.....	58
2.1. O primeiro corte metodológico: as empresas estatais “não fomentadoras por natureza” e seus elementos constitutivos.....	58
2.2. O segundo recorte metodológico: as empresas estatais com atuação relevante no mercado.....	62
2.3. O terceiro corte metodológico: as empresas estatais federais.....	66
<b>SEÇÃO 2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA FOMENTADORA: TENTATIVA DE ANÁLISE OPERACIONAL PARA A PRESENTE TESE.</b> .....	67
1. As dificuldades em torno da conceituação do fomento administrativo.....	67
1.1. Primeira aproximação da doutrina brasileira sobre a atividade administrativa de fomento. ....	70
2. Conceituação da atividade administrativa de fomento: proposta operacional para a presente tese.....	74
2.1. O primeiro corte metodológico: fomento administrativo implementado por empresas estatais federais, não “fomentadoras por natureza” e de atuação relevante no mercado. ....	76

2.2. O segundo recorte metodológico: o fomento enquanto ação organizada, planejada e medidas para a implementação de determinada finalidade de interesse coletivo.....	77
2.3. O terceiro corte metodológico: o fomento por meio de entidades estatais atuantes no domínio econômico.....	79
2.4. O conceito de fomento operacional para esta tese.....	80
2.4.1. Fomento enquanto função administrativa exercida por empresas estatais.....	81
2.4.2. Fomento e estímulo aos particulares.....	82
2.4.3. Fomento e ampliação da esfera jurídica do agente fomentado.....	85
2.4.4. Fomento e atividade privada desenvolvida por agente privado.....	89
2.4.5. Fomento e benefícios à coletividade.....	91
2.4.6. Fomento como não decorrência do mero cumprimento de dever legal... ..	92
3. Elementos da ação administrativa de fomento a serem estudados nesta tese.....	93
<b>CAPÍTULO 2 - AS BASES JURÍDICAS PARA A ANÁLISE DO FOMENTO PRATICADO PELAS “EMPRESAS ESTATAIS NÃO FOMENTADORAS”: EXERCÍCIO DE FUNÇÃO SOCIAL E LIMITES PARA A ATUAÇÃO NO MERCADO.</b> .....	95
<b>SEÇÃO 1. FOMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS “NÃO FOMENTADORAS POR NATUREZA”.</b> .....	95
1. Função social das empresas estatais: uma falsa questão?.....	95
2. Os três conteúdos normativos do art. 27 da Lei das Estatais.....	99
2.1. A função social como atuação atrelada ao objeto social da empresa.....	99
2.2. A função social como prática de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade ambiental compatíveis com o mercado em que atuam.....	102
2.3. A função social com ações voltadas para o fortalecimento da marca: o patrocínio. ....	112
<b>SEÇÃO 2. LIMITES À AÇÃO FOMENTADORA DAS EMPRESAS ESTATAIS “NÃO FOMENTADORAS POR NATUREZA”</b> .....	117
1. Fomento administrativo como forma de atuação estatal na economia.....	118
2. Limites ao fomento de acordo com ordem econômica constitucional. ....	123
2.1. A subsidiariedade e a proporcionalidade. ....	124
2.2. Isonomia e impessoalidade. ....	125
2.3. Livre-concorrência.....	127
<b>PARTE II - ANÁLISE DA PRÁTICA DAS POLÍTICAS DE FOMENTO IMPLEMENTADAS POR EMPRESAS ESTATAIS</b> .....	132
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	132

<b>CAPÍTULO 1. A EMPRESA ESTATAL COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA DE FOMENTO DA ADMINISTRAÇÃO CENTRAL: O CASO DO PROINFA DA ELETROBRÁS.</b>	141
<b>SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.</b>	141
1. A importância da Eletrobrás para o mercado elétrico brasileiro.	141
2. A Eletrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.	143
<b>SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.</b>	147
1. A estrutura do PROINFA e a interação entre os agentes envolvidos.	147
2. O PROINFA e o desenvolvimento da produção de energia sustentável no Brasil: breve análise dos resultados do programa.	151
3. A análise da política implementada pelo PROINFA de acordo com os quadrantes de desta tese.	153
3.1. O PROINFA enquanto política de fomento administrativo.	153
3.2. O enquadramento do PROINFA na matriz de análise de casos.	153
<b>CAPÍTULO 2. POLÍTICA DE FOMENTO PLANEJADA E IMPLEMENTADA PELA PRÓPRIA EMPRESA ESTATAL: O PROGRAMA PETROBRÁS SOCIOAMBIENTAL.</b>	172
<b>SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.</b>	172
1. A importância da Petrobrás para o mercado energético brasileiro e sua posição em relação às demais empresas do setor.	172
2. A Petrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.	175
<b>SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.</b>	176
1. A estrutura do Programa Petrobrás Socioambiental e a interação entre os agentes envolvidos.	176
2. O Programa Petrobrás Socioambiental e o fomento às políticas socioambientais nas áreas de atuação: breve análise dos resultados do programa.	179
3. A análise da política implementada pelo Petrobrás Socioambiental de acordo com os quadrantes desta tese.	181
3.1. O Programa Petrobrás Socioambiental enquanto política de fomento administrativo.	182
3.2. O enquadramento do Petrobrás Socioambiental na matriz de análise de casos.	182
<b>CAPÍTULO 3. FOMENTO IMPLEMENTADO COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DA MARCA EMPRESARIAL: O PATROCÍNIO DO BANCO DO BRASIL À CULTURA.</b>	194
<b>SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.</b>	194
1. A importância do Banco do Brasil no setor financeiro nacional e sua posição em relação às demais empresas do setor: entre fomento, exclusividade e a competição direta com bancos privados.	194

2. O Banco do Brasil como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.....	199
<b>SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.</b> .....	200
1. A estrutura do fomento à cultura no Centro Cultural Banco do Brasil e a interação entre os agentes envolvidos. ....	200
2. O fomento à cultura no CCBB: breve análise dos resultados.....	204
3. A análise do patrocínio realizado pelo Banco do Brasil de acordo com os quadrantes desta tese.....	206
3.1. O patrocínio cultural e a cessão de espaço do CCBB enquanto política de fomento administrativo. ....	206
3.2. O enquadramento do fomento à cultura pelo Banco do Brasil na matriz de análise de casos. ....	206
<b>CONCLUSÕES DA PARTE II. O QUE A PRÁTICA DO FOMENTO POR EMPRESAS ESTATAIS TEM DEMONSTRADO?</b> .....	219
 <b>PARTE III - PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO E CONCLUSÕES DA TESE</b> .....	226
<b>CAPÍTULO ÚNICO. PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO BASEADAS NO REFORÇO AOS ELEMENTOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS EMPRESAS ESTATAIS: ASPECTOS EXTERNOS E INTERNOS ÀS EMPRESAS.</b> .....	228
<b>SEÇÃO 1. A LEI 13.303/16 E A GOVERNANÇA CORPORATIVA: REFORÇO À AUTONOMIA DAS EMPRESAS ESTATAIS E APRIMORAMENTO DA GESTÃO INTERNA DA EMPRESA.</b> ..	228
<b>SEÇÃO 2. ELEMENTOS EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO CENTRAL.</b> .....	232
1. Autonomia administrativa da empresa estatal como regra. ....	232
2. Contratualização das políticas de fomento da administração central desvinculadas do objeto social <i>stricto sensu</i> da empresa estatal: a regra do art. 8º, §2º, da Lei das Estatais.....	234
<b>SEÇÃO 3. ELEMENTOS EM RELAÇÃO AO FUNCIONAMENTO INTERNO DA EMPRESA ESTATAL: A GOVERNANÇA CORPORATIVA EM SEU ASPECTO MATERIAL.</b> .....	238
1. Os ônus argumentativos impostos aos gestores das empresas estatais.....	240
2. A empresa estatal como organização e a procedimentalização das ações de fomento. ....	250
3. A maior transparência na justificativa, acompanhamento e continuidade das ações de fomento administrativo. ....	253
<b>CONCLUSÕES DA TESE</b> .....	256
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	259

## INTRODUÇÃO

### 1. O tema, sua justificativa e a hipótese de pesquisa.

A reforma gerencial dos anos 90 do século passado – com a realização de privatizações de empresas estatais e concessões de serviços públicos e atividades estatais para a iniciativa privada – colocou as empresas estatais nacionais diante do desafio crescente de, em diversos mercados, concorrer com agentes privados.

Este movimento gerou para tais entidades uma nova faceta de sua atuação, se comparado ao momento de sua instituição e consolidação.

Com efeito, a partir de meados do século passado, a economia brasileira foi constituída em torno das empresas estatais, sendo elas o motor do desenvolvimento industrial do país, sendo elas os mecanismos pelos quais o Estado realizou “pesados investimentos em projetos intensivos de capital, com longo prazo de maturação, retorno incerto e baixa rentabilidade. Tratou-se, em outras palavras, de utilização das estatais como instrumentos de política industrial”<sup>1</sup>.

Neste passo, as empresas estatais foram criadas para serem monopolistas nos mercados em que atuavam, prestando serviços públicos ou explorando atividades econômicas de modo exclusivo<sup>2</sup>, sendo vedado, por meio de lei, que os agentes privados exercessem as mesmas atividades – inclusive, por vezes, com a tipificação penal de

---

<sup>1</sup> Diogo R. Coutinho; Clarissa Ferreira de Mello Mesquita; Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, jan./abr. 2019, p. 4.

<sup>2</sup> Ao analisar o período de surgimento das empresas estatais, Egon Bockmann MOREIRA afirma: “O comportamento do Estado pautou-se pelo simultâneo incentivo à iniciativa privada e constituição de empresas públicas ou outras entidades titularizadas com exclusividade pelo Poder Público. Tendo em vista inadimplências das pessoas privadas (derivadas da política de vedação aos reajustes e aumentos dos preços praticados), o Governo federal avocava a propriedade e gestão do empreendimento, ampliando o exercício de atividades econômicas. Alberto Venâncio Filho destaca que ‘a empresa pública foi o grande artifício trazido a partir da década dos 50, por força da atuação do Estado no domínio econômico, expelindo a iniciativa privada, e recusando mesmo a sua participação ainda que como um sócio silencioso e minoritário’. Essa dominação da economia pelo Estado configurou aquilo que Bresser Pereira denomina de ‘processo de monopolização’, a tornar peculiar a formação do capitalismo brasileiro, que ‘assumiu duas características básicas: a transformação do Estado em Estado produtor e a penetração das empresas multinacionais manufatureiras. O resultado desse processo de monopolização tardio foi a significativa participação das empresas estatais e das empresas multinacionais ao lado das empresas privadas nacionais’. (Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, n. 6, Abril / Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12767>>. Acesso em: 6 mar. 2018).



determinadas condutas, como ocorreu no âmbito da lei n. 6.538/78, cujo artigo 42 estipula ser infração penal “coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas”<sup>3</sup>. Outro exemplo deste tipo de atitude pode ser verificado no setor de petróleo e gás natural, no qual, durante décadas, a Petrobrás exerceu a atividade de explorar tais atividades (monopólios da União) com exclusividade, sem a participação dos particulares.

Neste período, parece possível afirmar – ainda que como generalização – que, onde houvesse empresas públicas, não haveria empresas privadas concorrentes. Estas, se quisessem, deveriam gravitar em torno da empresa estatal, fornecendo-lhe bens, serviços e obras. O caráter estratégico de determinados setores servia de justificativa para a retirada de determinadas atividades da competição entre agentes públicos e privados.

Tal realidade, no entanto, mudou. Com a reforma gerencial acima mencionada, as empresas estatais passaram a concorrer com empresas privadas. De centros em volta dos quais as empresas privadas gravitavam, as empresas estatais se viram premidas pela concorrência – nacional e, em determinados casos, internacional –, o que as obrigou à reinvenção. As principais empresas estatais nacionais passaram por um processo que os franceses chamam de *respiration du secteur public*<sup>4</sup>.

Tais entidades se tornaram, então, efetivamente participantes de mercados nos quais, apesar de sua relevante posição – até mesmo por razões históricas e reputacionais – a concorrência com agentes privados as obrigou a tomar medidas de aprimoramento de suas ações e de sua gestão empresarial, para poderem se manter ativas no mercado.

A via de mão única existente no século passado, no sentido de que as empresas estatais ditavam o ritmo da economia nacional e do comportamento das empresas privadas, parece ter sido substituído por um movimento de mão dupla, no qual as tais entidades influenciam e são influenciadas pelos demais agentes do mercado.

---

<sup>3</sup> Tal dispositivo foi objeto da ADPF n. 46, que lhe conferiu interpretação conforme à Constituição, para restringir sua aplicação às hipóteses do art. 9º da mesma lei.

<sup>4</sup> Cf. Jennifer Marchand. **Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques**. 2014, p. 57-60.

Abertura de capital para empresas privadas, celebração de parcerias estratégicas<sup>5</sup>, participação acionária minoritária, ações de fomento para descoberta de novas tecnologias aptas a aprimorar as ações empresariais passaram a fazer parte das atividades de tais entidades, bem como a influir a forma como o são gerenciadas.

Isto não impediu, porém, as empresas estatais de realizarem robustas ações fora do seu objeto social, com vistas a estimular determinadas atividades privadas. Assim, a Petrobrás publicou edital para selecionar entidades destinadas a atuar no setor socioambiental, em áreas nas quais exerce sua atividade econômica típica, destinando para tal programa o valor de R\$ 180 milhões de reais. Da mesma forma, o Banco do Brasil mantém o Centro Cultural Banco do Brasil, celebrando contratos com particulares para realizarem atividades artísticas das mais variadas.

De outro lado, a necessidade de se adequar ao mercado não impediu a União de envolver a Eletrobrás em programa de fomento à geração de energia renovável, o PROINFA, vinculando-a a contratos de vinte anos, pelos quais ela é obrigada a garantir demanda mínima de energia elétrica de produtores selecionados em tal programa, repassando os custos respectivos aos consumidores de energia elétrica, exceto os de baixa renda.

Estes casos parecem levantar questionamentos a respeito da juridicidade de tais ações que, ao mesmo tempo em que aparentemente se voltam a tutelar interesses da coletividade, podem desviar as empresas estatais de suas funções econômicas, ligadas à realização do objetivo social que motivou a sua criação, bem como ao excesso de ingerência em tais entidades.

A este propósito se dedica o presente trabalho. Para tanto, partimos da **hipótese** de que as empresas estatais podem implementar ou ser utilizadas como instrumento para a implementação de medidas de fomento a atividades privadas que possuam externalidades positivas para a coletividade, sem que isto represente, obrigatoriamente, desvirtuamento de suas funções econômicas típicas.

Tal hipótese está baseada em análise comparativa com outros agentes do mercado que exercem atividades “desviadas do objeto social”, tal qual ocorre com as fundações e

---

<sup>5</sup> A respeito das parcerias empresariais estratégicas das estatais, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 272, mai./ago. 2016, p. 59-92.

espaços culturais ligados a bancos privados ou grandes empresas, que gastam volumes significativos de recursos com ações sociais, patrocínio de filmes ou peças de teatro, bem como investimentos em empresas nascentes de base tecnológica. Em comum a essas práticas, há o investimento de recursos em atividades privadas que geram benefícios à coletividade, de acordo com valores constitucionalmente tutelados.

Nessa linha, se as empresas privadas realizam estas ações, parece haver sentido mercadológico na sua execução pelas empresas estatais.

De outro lado, a Lei n. 13.303/16 previu expressamente a possibilidade de ações das empresas estatais fora do seu objeto social, para o atingimento de finalidades coletivas, por meio do estímulo a ações de pessoas privadas, tal qual previsto no art. 27 de tal normativo.

É nessa esteira que cabe o questionamento a respeito da validade jurídica de tais ações, especialmente diante da possibilidade de elas se revestirem de medidas que venham a prejudicar o exercício das funções de interesse público ou de segurança nacional que levaram o Estado a criá-las (art. 173 da CF).

Seria esta posição do legislador com a inclusão de atividades desvinculadas do objeto social prejudicial às empresas? Seriam essas ações manifestações típicas de agentes do mercado ou seriam desvirtuamento dele? São elas conciliáveis com as ações para as quais foram criadas por lei ou representam a dicotomia função econômica x objetivos subsidiários? Como elas têm sido realizadas na prática nacional?

## **2. Questões metodológicas e o caminho a percorrer.**

Para respondermos às questões acima colocadas, analisaremos a prática das ações de fomento realizadas por empresas estatais aqui chamadas de “não fomentadoras por natureza”, que são aquelas que não possuem em seu objeto social a função de estimular intencionalmente as atividades privadas que possuem benefícios coletivos.

A análise a ser realizada tomará como base as políticas elaboradas pelas empresas estatais acima mencionadas, não como meros exemplos, mas sim como objeto de estudo, voltado a aferir a juridicidade das ações realizadas, de acordo com um conteúdo jurídico mínimo fixado e que balizará o estudo.

Ante a importância que possuem e a variedade de finalidades e posições das empresas estatais junto ao mercado em que atuam, selecionamos três políticas de fomento a serem estudadas: o PROINFA da Eletrobrás, que trata do fomento às fontes renováveis de energia elétrica; o Programa Petrobrás Socioambiental, que trata de ações de tal tipo fomentadas pela petrolífera nacional nas localidades em que explora atividades econômicas; e o Centro Cultural Banco do Brasil, no qual o Banco do Brasil realiza ações de patrocínio ativo, em setor no qual concorre com bancos privados.

Após a análise destas ações, realizamos um diagnóstico delas de sua aderência ao mercado em que atuam as empresas estatais, passando, na sequência, a propor algumas medidas de aprimoramento de tais ações, tanto internamente às empresas, quanto em relação ao seu relacionamento com a administração central.

## **PARTE I - ASPECTOS TEÓRICOS**

A Parte I desta tese trata dos aspectos teóricos que servem de base para a análise da implementação do fomento por empresas estatais. Para tanto, ela está dividida em dois capítulos: no primeiro, tecemos considerações a respeito das empresas estatais (Seção 1) e suas características gerais (Subseção 1), passando, em seguida, a apresentar o recorte metodológico utilizado para definir o objeto de estudo (Subseção 2). Na sequência, analisamos a atividade fomentadora do Estado, com especial atenção para aquela praticada pelas empresas estatais (Seção 2).

No segundo capítulo, estudamos a configuração jurídica da atuação fomentadora das empresas estatais, que, a nosso ver, se enquadra na função social da empresa, conforme o artigo 27 da Lei n. 13.303/16 (Seção 1). Em seguida, analisamos os limites à função fomentadora das empresas estatais, em virtude de ser ela uma forma de atuação do Estado na economia, o que demanda respeito aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade; impessoalidade e isonomia; e livre concorrência (Seção 2).

## **CAPÍTULO 1 - ASPECTOS CONCEITUAIS PARA A DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO DA PRESENTE TESE**

O presente capítulo tem como objetivo analisar os aspectos estruturantes dos dois elementos centrais desta tese: a atividade administrativa de fomento e as empresas estatais. A intenção é a de estabelecer as definições de cada um deles, com a finalidade de pontuar os aspectos que serão fundamentais para o desenvolvimento do Capítulo 2.

Neste sentido, buscamos aqui estudar apenas os aspectos mais relevantes de tais elementos, sem a intenção de criar uma teoria geral do fomento administrativo ou mesmo das empresas estatais no atual contexto socioeconômico nacional. Tais questões, por mais que sejam relevantes no cenário jurídico brasileiro, fugiriam aos limites estritos desta tese de doutoramento.

Assim, este capítulo constitui as bases a partir das quais pretendemos realizar o mergulho vertical no tema em apreço.

### **SEÇÃO 1. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS EMPRESAS ESTATAIS.**

1. Conforme veremos na seção 2 deste capítulo, a definição jurídica da atividade administrativa de fomento está imersa em dificuldades decorrentes da ausência de um conceito legal, o que exige um esforço argumentativo no sentido de bem delinear esta atividade e identificar seus aspectos marcantes. A mesma questão não ocorre, no entanto, com as empresas estatais, uma vez que a Lei n. 13.303/16 (Estatuto das Empresas Estatais) trouxe expressamente os seus tipos (empresa pública e sociedade de economia mista) e respectivos conceitos legais.

No caso da empresa pública, a lei em apreço a define como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios” (art. 3º, *caput*). Nos termos do parágrafo único, é permitida

a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno<sup>6</sup> ou de entidades da administração pública indireta no capital social da empresa pública, desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade do ente federativo que criou a referida entidade<sup>7</sup>.

No caso da sociedade de economia mista, à propriedade acionária estatal somam-se os acionistas privados, que, nos termos da referida lei, devem ser obrigatoriamente minoritários, conforme se depreende do artigo 4º, nos seguintes termos:

“Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976”.

Ao que se percebe, então, o grande traço diferenciador de ambas as espécies de empresas estatais está na existência ou não da conjugação de capitais público e privado na constituição da empresa.

No entanto, se o conceito está posto na legislação, a pluralidade com a qual as empresas estatais se apresentam no Brasil gera a necessidade de que haja a melhor delimitação do tema em apreço, com a determinação do tipo de estatais que iremos estudar, sendo este o objeto desta seção.

---

<sup>6</sup> As pessoas jurídicas de direito público interno estão previstas no artigo 41, *caput*, do Código Civil: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas ([Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005](#)); V - as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

<sup>7</sup> A redação do artigo 3º da Lei n. 13.303/16 é a seguinte: “**Art. 3º** Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. **Parágrafo único.** Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

## **Subseção 1. As características comuns ao figurino empresarial do Estado.**

2. Independentemente do tipo de empresa estatal a ser analisada, bem como do setor em que atua e das peculiaridades mercadológicas, todas elas possuem algumas características comuns, que impregnam o plexo de atividades a serem desenvolvidas, bem como suas relações com a administração pública central.

Neste passo, a presente Subseção é dedicada a explicitar tais características, de modo sumarizado, com a finalidade de fixar as bases com as quais trabalharemos na Subseção 2, na qual serão apresentados os cortes metodológicos utilizados para esta tese.

Não pretendemos, portanto, estressar e aprofundar todos os debates em torno das características das empresas estatais, mas, tão somente, explicitar as principais características, a fim de fixarmos as bases para as discussões a respeito da implementação de políticas de fomento por tais entidades estatais.

### **1. Empresas estatais: entidades da administração indireta.**

3. A primeira característica diz respeito às empresas estatais pertencerem à administração indireta do Estado, sendo criadas por meio de lei dentro da figura da descentralização administrativa. Assim, o Estado institui pessoa jurídica diversa da administração central, dotando-a de especialização institucional e funcional, além de lhe atribuir autonomia gerencial, administrativa e orçamentária, com a finalidade de permitir a flexibilização de suas ações e, com isto, atingir grau de eficiência maior do aqueles que seriam atingidos por meio da execução da respectiva atividade por órgão da administração direta<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Conforme Henrique MOTTA PINTO e Mario Engler PINTO JÚNIOR, “Os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) também são pessoas jurídicas, porém, imbuídas de objetivos multifacetados e com estrutura de governança *sui generis*. Tais características tornam bastante complexo o processo decisório interno e comprometem a agilidade para enfrentar situações concretas que demandam pronta resposta. Já as entidades da administração indireta, por possuírem foco de atuação mais restrito e modelo organizacional simplificado, podem desempenhar sua missão institucional com mais eficiência. A racionalidade da descentralização administrativa assenta-se na combinação de três fatores: (i) especialização funcional; (ii) autonomia gerencial; e (iii) flexibilidade de ação.” (**Empresas estatais...**, cit., p. 17).



Diante de tal característica coloca-se o desafio de, sem retirar a autonomia de tais entidades, fazê-las atuar de acordo com os planos e com as estratégias de ação da administração central, o que deverá ser realizado por meio de um sistema de coordenação de ações, evitando que haja feudalização<sup>9</sup> das empresas estatais, hipótese em que atuariam de modo ensimesmado “na busca da realização de objetivos meramente corporativos ou até mesmo pessoais dos administradores, tais como a alavancagem política ou o enriquecimento sem causa”<sup>10</sup>.

Como mecanismos de implementação de ações públicas, as empresas estatais, a despeito de gozarem de autonomia, são destinadas à execução de políticas públicas, bem como fazem parte da máquina administrativa, sendo suas missões e ações compreendidas dentro de um plexo de atuações do Estado na economia, consideradas, portanto, meio da ação estatal, não fins em si mesmas.

Nesse passo, conforme analisaremos mais adiante, há a necessidade de que a relação com a administração central seja pautada pelo equilíbrio entre autonomia e coordenação, o que deverá ocorrer tanto pela supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei n. 200/67, quanto pelos mecanismos societários estipulados na Lei n. 13.303/16.

## **2. Empresas estatais: técnica de organização da ação administrativa.**

4. Este posicionamento das empresas estatais dentro da organização administrativa – como integrantes da administração indireta – nos coloca diante da análise de tais entidades como técnica de organização da ação estatal, significando que o Estado, ao implementar alguma das atividades que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico, determina que sua execução seja realizada por uma entidade específica, de direito privado e forma mercantil, por considerar que a melhor forma de satisfazer o interesse público

---

<sup>9</sup> Para nos valermos da expressão empregada por Mario Engler Pinto Júnior. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2010, p. 98.

<sup>10</sup> Felipe de Melo Fonte. Supervisão ministerial e controle societário de empresas estatais: três *standards* para um modelo de complementariedade e limitação. In Alexandre Santos de Aragão (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2015, p. 185.

relevante envolvido em tal atividade é por meio de sua exploração econômica, seja a atividade enquadrada como serviço público ou não<sup>11</sup>.

Como efeito de tal técnica, tem-se que a sua gestão deve ser feita de acordo com a característica mercantil da entidade, o que impõe consequências tanto no que diz respeito à relação das empresas estatais com o ente criador e controlador, quanto em relação à gestão interna de tal entidade, que deve buscar se espelhar nos parâmetros do mercado para a sua organização e atuação.

**4.1.** Do ponto de vista do relacionamento com o ente criador e controlador, a configuração empresarial da entidade impõe àquele o respeito à autonomia e às finalidades mercantis na sua utilização como mecanismo de implementação de políticas públicas. O tema suscita a questão do respeito do ente controlador à finalidade específica que motivou a criação da empresa estatal, o que impõe limites à atuação daquele.

Tal questão nos parece estar situada na análise do objeto social da empresa estatal, que consiste em importante limite contra intromissões indevidas do ente controlador. O tema possui relevância, pois representa elemento de análise a respeito do tipo de utilização que o ente criador pode fazer da empresa estatal para atingir finalidades públicas, bem como dos limites à adequação da atuação da empresa estatal ao planejamento do governo central<sup>12</sup>.

A leitura da legislação nacional parece conduzir à afirmação de que os limites de interferência externa estão no objeto social das empresas estatais, não sendo possível ao governo central conduzir a empresa a realizar ações e políticas que estejam fora da finalidade que motivou a sua criação, estampadas no seu objeto social.

De acordo com o artigo 27, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 200/67, “[a]ssegurar-se-á às emprêsas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Govêrno.” (texto com grafia da época).

---

<sup>11</sup> Conforme afirma Henrique Motta PINTO, “a atuação das estatais é econômica, porque este é o melhor meio, segundo decisão do legislador, para a realização do seu objeto social, quer se esteja diante de serviço público ou não.” (**Empresa estatal: um modelo jurídico em crise?**. 2010, p. 41).

<sup>12</sup> No próximo capítulo, analisaremos esta questão à luz especificamente da implementação das ações de fomento. Neste momento, interessa-nos traçar apenas algumas considerações de ordem mais geral para fixar as bases sobre as quais o debate mais adiante será travado.

A redação do dispositivo possui duas regras importantes a respeito das empresas estatais: em primeiro plano, será assegurado a elas “condições de funcionamento idênticas às do setor privado”; em segundo plano, cabe a estas entidades ajustar-se ao plano geral da administração central, de acordo com a supervisão ministerial.

De acordo com o art. 26, *caput*, incisos I a IV, do mencionado Decreto-Lei, a supervisão ministerial nas entidades da administração indireta possui por finalidade assegurar são: “I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Govêrno no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade” (texto com grafia da época).

Da interpretação conjugada de tais dispositivos, é possível afirmar que as empresas estatais estão sujeitas à supervisão ministerial (enquanto espécie de controle governamental da atuação da empresa estatal<sup>13</sup>), mas cuja intensidade é medida e adaptada ao fato de serem elas (i) entidades administrativas, (ii) constituídas sob a forma de direito privado, e (iii) exploradoras de atividades econômicas em regime empresarial.

Nessa linha, as finalidades da supervisão ministerial devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com as características mercantis da empresa estatal, uma vez que o artigo 26 destina-se a todas as entidades da administração indireta. Assim, por exemplo, o nível de “harmonia com a política e a programação do Govêrno no setor de atuação da entidade”, objeto de supervisão ministerial de empresa estatal, deve levar em conta a sua finalidade lucrativa, bem como no mercado em que está inserida, na forma como interage com os demais agentes do mercado etc<sup>14</sup>.

Ainda na linha dos mencionados dispositivos é possível notar que a finalidade para as quais a empresa estatal foi criada representa limite para o seu emprego em políticas

---

<sup>13</sup> O controle governamental possui relevância no sentido de explicitar a integração da empresa estatal no aparato administrativo, conforme afirma Mario Engler PINTO JÚNIOR: “O controle governamental tem por fundamento tradicionalmente a necessidade de atuação coordenada com o restante da administração pública. A importância da coordenação administrativa pressupõe que a empresa estatal não seja simplesmente uma unidade produtiva isolada e com independência funcional para perseguir seus próprios objetivos. Ao contrário, trata-se de peça integrante de um complexo maior, que atua – ou deveria atuar – com base em planejamento macroeconômico mais abrangente e visando a um fim comum que transcende o interesse individual de cada companhia. A empresa estatal deve agir sempre de forma sincronizada com outras ações setoriais de governo, buscando o ponto de equilíbrio entre autonomia e sujeição, entre resultados financeiros e bem-estar social, entre êxitos empresariais e objetivos macroeconômicos.”. (**Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2010, p. 98).

<sup>14</sup> A modulação da supervisão ministerial de acordo com a natureza da empresa estatal foi bem destacada por Felipe Melo Fonte. Supervisão ministerial e controle societário de empresas estatais..., cit., p. 198.

públicas da administração central. O artigo 26, *caput*, inciso I, vincula a supervisão ministerial à “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade”, de modo que ela possui por finalidade, inclusive, coibir eventuais abusos na atuação da empresa que a tenham desviado de seu objeto social.

Na mesma linha, o ajuste ao plano geral do governo e a “harmonia com a política e programação do governo”, mencionadas respectivamente no artigo 27, parágrafo único, e 26, *caput*, inciso II, remetem-nos à ideia de que as empresas devem direcionar suas ações em tais sentidos, respeitados os limites dos objetivos fixados em seus atos de constituição, a teor do inciso I do art. 26, acima transcrito. Assim, a harmonização entre objetivos políticos e as ações da entidade empresarial pública<sup>15</sup> devem ser realizadas nos limites e do seu objeto social.

Mais recentemente, a Lei n. 13.303/16 reforçou esta vinculação do acionista controlador à atuação em respeito à autonomia da empresa estatal e ao seu objeto social, em dois dispositivos. Em primeiro, ao reforçar os limites à supervisão ministerial e à atuação dos órgãos de controle, que não podem reduzir a autonomia da entidade, nem interferir em suas políticas públicas, conforme os artigos 89 e 90 do mencionado diploma legal<sup>16</sup>.

Em segundo, ao estipular, no artigo 15, *caput*, que o “acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976”. Trata-se de norma dirigida tanto às empresas públicas quanto às sociedades de economia mista e impõe ao acionista controlador, como decorrência do seu dever fiduciário, que “embute o seu dever de lealdade e observância da boa-fé objetiva, que deve gerir a conduta do controlador”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> De acordo com Paulo Roberto MOTTA, “[o] propósito da supervisão ministerial é harmonizar o desempenho das empresas públicas com os objetivos e políticas do governo. A consonância entre governo e empresa pública é fundamental para garantir que os objetivos e valores dos seus programas não se desviem ou discordem da vontade da comunidade.” (Controle governamental das empresas públicas. **Revista de Administração Pública**. 1982, p. 78).

<sup>16</sup> “**Art. 89.** O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável”. “**Art. 90.** As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

<sup>17</sup> Bernardo Strobel Guimarães et al. **Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. 2019, p. 121.

A Lei n. 6.404/76, ao tratar do abuso de poder do acionista controlador, afirma, no art. 117, §1º, alínea ‘a’, ser uma de suas hipóteses “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

Da conjugação dos dois dispositivos mencionados, percebe-se que há o dever de o ente público controlador atuar nos limites do objeto social da empresa estatal, sem desvirtuá-lo deste caminho para impor à empresa a realização de objetivos estranhos à finalidade pública que motivou a sua criação, por mais relevantes que eles possam ser do ponto de vista social e político.

Não há, neste ponto, como o ente controlador invocar argumento de interesse público – que, na prática brasileira, não passa, na maioria dos casos, de argumento utilizado para acobertar práticas autoritárias – na utilização da empresa estatal para finalidades diversas daquelas prevista em seu objeto social. Afinal, conforme pontuam Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO: “O interesse público satisfaz-se com o cumprimento dos fins sociais da companhia, conforme descrito em sua lei criadora e em seu estatuto social. *Outros interesses públicos não compreendidos no objeto social não poderão ser perseguidos por meio da sociedade de economia mista* — por mais relevantes e nobres que sejam —, simplesmente porque isso equivaleria a desviar a estatal de sua função social, legal e estatutariamente prevista”<sup>18-19</sup>.

---

<sup>18</sup> Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração de suas finalidades públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 49, 2015, p. 90. Como exemplo desta atuação abusiva do controlador, afirmam os autores que “poderia ser caracterizado como desvio de finalidade caso o Município, no exercício de seu poder controlador da empresa, impusesse que a sociedade de economia mista de saneamento refizesse todo o asfaltamento das ruas municipais, independentemente de estar ou não sob elas realizando obras na rede de água e esgotamento sanitário. *Para programas e objetivos alheios aos fins da empresa, o Poder Público deverá utilizar-se de outro ou outros dos inúmeros instrumentos que ele possui para a implementação de políticas públicas*. Do contrário, estaríamos a impor que a companhia direcione-se a objetivos que extrapolam seu objeto social, desviando a sociedade de seus fins. O acionista controlador, nesse caso, estará abusando de seu poder, uma vez que desviando a estatal dos fins impostos por sua lei autorizativa e seu estatuto. O que buscamos apontar é que, se é certo que as empresas estatais têm na sua concepção a busca de um interesse público relevante e devem sempre persegui-lo, não é possível que lhes seja incumbida a satisfação de *qualquer* interesse público”. (p. 90-91).

<sup>19</sup> De acordo com Ana FRAZÃO: “Dessa maneira, observa-se que o controlador tem o compromisso fundamental de buscar o interesse da companhia, observando, dentro do possível, os deveres de cuidado em relação aos demais interesses que se projetam sobre a empresa. Daí por que uma primeira e importante hipótese de abuso de poder de controle é não atender, por ação ou omissão, ao interesse da empresa estatal, hipótese em que os maiores prejudicados são a própria estatal, na condição de pessoa jurídica, e seus acionistas”. (O abuso de poder de controle na Lei das Estatais. *In* João Otávio de Noronha; Ana Frazão;

Especificamente em relação às sociedades de economia mista, Lei n. 6.404/76, no artigo 238, já havia determinação de que o interesse público a ser buscado pelo ente controlador com tal entidade fosse aquele atado ao seu objeto social, ao estipular que “[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”.

Dispositivo semelhante está previsto no art. 4º, §1º, da Lei das Estatais, que afirma que “[a] pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação”.

Tais normas deixam claro que o poder de controle deve ser exercido de modo a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade de economia mista. Trata-se, portanto, de norma que explicita a funcionalização<sup>20</sup> da relação entre controlador e empresa, de modo que o poder de controle não pode ser exercido em benefício daquele, mas sim de acordo com os interesses desta, que são alcançados por meio do exercício do seu objeto social<sup>21</sup>. Vale notar, ainda, que, ante o caráter do art. 15 da Lei das Estatais, o art. 4º, §1º, da mesma Lei aplica-se, também, às empresas públicas, de modo que, neste aspecto, houve, sem dúvida, a unificação expressa dos deveres do acionista controlador<sup>22</sup>.

É possível concluir, portanto, que a adoção da técnica empresarial pelo Estado impõe a ele o dever jurídico de respeitar a autonomia da empresa estatal e, na condição de controlador, de agir no interesse da companhia, que será atendido quando a ação dela for desempenhada nos termos do seu objeto social.

---

Daniel Augusto de Mesquita (coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. 2017, p. 121).

<sup>20</sup> A respeito do aspecto funcional de tal dispositivo, cf. Bernardo Strobel Guimarães et al. **Comentário à Lei das Estatais...**cit., p. 73-74.

<sup>21</sup> Ao tratar desta questão, à luz do art. 238 da LSA, Mario Engler PINTO JÚNIOR afirmou que “O interesse público típico da companhia mista não se confunde com o interesse individual do Estado enquanto acionista controlador. O artigo 238 da Lei nº 6.404/76 não se refere ao fim público como elemento estranho à causa societária, mas trata-o como parte integrante do interesse da companhia”. (**Empresa estatal...**, cit., p. 314-315).

<sup>22</sup> A esse respeito, cf. Bernardo Strobel Guimarães *et al.* **Comentários à Lei das Estatais...**, cit., p. 74.

**4.2.** O segundo aspecto mencionado linhas acima diz respeito à organização interna da empresa estatal, que deve seguir os padrões das empresas privadas, o que nos remete à questão da governança corporativa de tais entidades, tema que, apesar de não ser novo no direito brasileiro, ganhou força com o advento da Lei n. 13.303/16.

Antes da edição da Lei das Estatais, a legislação já apontava a necessidade de a empresa estatal ser gerenciada de acordo com padrões similares àqueles empregados nas empresas privadas. Tal movimento legislativo se deu em duas direções.

Do ponto de vista externo à empresa, ou seja, da sua relação com o ente controlador, foi assegurada a sua autonomia, sendo assegurado o seu funcionamento nos mesmos moldes das empresas privadas, com seu ajuste ao plano de ação da administração central (art. 27, parágrafo único, do DL 200/67), além de serem impostos à pessoa jurídica controladora os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador das sociedades anônimas (art. 238 da LSA).

Com estas disposições, a autonomia das empresas estatais restou assegurada pela imposição de limites à ingerência do acionista controlador no direcionamento da atuação da companhia, sendo esta limitada ao objeto social da empresa, respeitada a sua função social e alinhada ao plano geral governamental.

Do ponto de vista interno à empresa, ou seja, considerando a sua organização e governança, houve a estipulação de limites à atuação dos gestores indicados pela administração central, especialmente nas sociedades de economia mista, uma vez que, nestas, os conflitos entre a posição majoritária do Estado e a minoritária dos acionistas privados é mais latente e fonte de maiores discussões jurídicas<sup>23</sup>. Assim, a Lei n. 6.404/76,

---

<sup>23</sup> O que levou Bilac Pinto a afirmar que tal conflito seria irreduzível, uma vez que revelaria a convivência de duas posições inconciliáveis dentro da empresa. Afirmou o autor, em passagem clássica da doutrina nacional: “Na nossa opinião, entretanto, — e a experiência o demonstrou, — esta associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal; êle quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou o dos utentes; êle se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente a vítima. Nesse caso, ou são os particulares que empolgam a direção, e a empresa passa a ser dirigida com fim lucrativo, como uma empresa privada; ou o Estado tem êxito em fazer prevalecer o ponto de vista favorável à comunidade, e nessa hipótese são então os particulares que não alcançam os proveitos que tiveram em vista ao investirem os seus capitais. Se as forças desses dois grupos de associados mais ou menos se equilibram, a oposição de interesses subsiste e surge o risco de sua repercussão sobre a direção da empresa, de consequências sempre lamentáveis; os

ao tratar destas companhias, estipulou, de um lado, a necessidade de que tais pessoas jurídicas possuam Conselho de Administração e Conselho Fiscal, ambos com membros indicados pelos acionistas minoritários (arts. 239 e 240). De outro, estipulou que os deveres e responsabilidades dos administradores de tais sociedades são os mesmos que aqueles impostos aos administradores das companhias abertas (art. 239, parágrafo único), balizando a atuação dos gestores de tais entidades. Por fim, fixou que a atuação da empresa somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição (art. 237, *caput*), o que impõe limites à atuação da empresa.

**4.3.** No entanto, tais regras não se mostraram suficientes para fazer com que os padrões de eficiência da atuação das empresas estatais fossem semelhantes aos das empresas privadas. A isto concorreram uma série de fatores que, a nosso ver, ligam-se tanto ao regime jurídico aplicável a tais empresas – e à insegurança jurídica dele decorrente –, quanto a aspectos da utilização política das empresas estatais, seja no que toca a nomeações políticas de seus dirigentes, seja no que diz respeito à sua utilização para gerar efeitos considerados positivos pelos governantes de turno.

Com relação ao regime jurídico, a estruturação das empresas estatais enquanto entidades da administração pública fez com que a doutrina publicista e a jurisprudência, de modo geral e na ausência de regras legais expressas, aplicassem a elas regras desconectadas da realidade empresarial nas quais inseridas<sup>24</sup> ou mesmo com a natureza privada que o próprio legislador constitucional as atribuiu (art. 173, §1º, inciso II)<sup>25</sup>. Trata-se de tema que

---

conflitos se repetem continuamente e são resolvidos ora num sentido, ora noutro, comprometendo, assim, a unidade da direção. A empresa passa a ser, então, um corpo com duas cabeças, ou, para usar uma expressão de Fayol, ‘um monstro que não vale a pena viver’”. (O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 32, 1953, p. 5-6 – grafia do original). Tal lição, no entanto, mostrou-se equivocada, tendo o modelo de sociedades de economia mista sido plenamente adotado no Brasil.

<sup>24</sup> Do que é exemplo a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas, conforme será melhor analisado adiante neste capítulo.

<sup>25</sup> De acordo com Bernardo Strobel GUIMARÃES: “Aqui, aparece outro dado central da nossa experiência com as sociedades estatais, que é a tendência de atribuir a elas a necessidade de, além daquilo que foi exigido pela Constituição, seguir protocolos de Direito Público que não encontram lastro no Direito Positivo. A concepção de que a Administração se organiza a partir de um monolítico regime jurídico de Direito Público, que faz as vezes de superego do Direito Positivo, comparece aqui com toda sua força. Assim, desconsidera-se a opção clara da Constituição pela utilização de formas privadas para a gestão das estatais (salvo no que tange às derrogações expressas), subvertendo esta diretriz com base em postulados que se extraem de uma concepção doutrinária acerca do que poderia vir a ser o regime jurídico administrativo. Isto conduz à incerteza e contribui para a ineficiência das estatais, que ficam em uma espécie de limbo público/privado, pois nem bem são entes públicos (descolados da necessidade de atentar às exigências de mercado) e nem são empresas, capazes de se organizar de modo preciso às exigências da competição privada. Isso tudo, insista-se, cirando um ambiente de omissão, furtando-se o Legislativo, durante longo período, de editar o estatuto jurídico das estatais, a despeito da expressa previsão na Constituição”. (A Lei nº 13.303/2016 e a nova empresa estatal –



parece ter gerado incômodo na maior parte dos doutrinadores nacionais, especialmente naqueles que enxergam o direito administrativo como um ramo dotado do “regime de direito público”<sup>26</sup>.

Além do regime jurídico aplicável, a utilização política das empresas estatais também se apresenta como mecanismo apto a gerar ineficiência, se comparadas às empresas privadas. Tradicionalmente, a utilização política ocorre pela nomeação de dirigentes de tais entidades, muitas vezes, não de acordo com critério ligados às suas competências técnicas, mas sim por aspectos meramente políticos, ligados à necessidade de composição de interesses político-partidários<sup>27</sup>, uma vez que “nosso atávico patrimonialismo privilegia os vínculos políticos partidários à competência técnica”<sup>28</sup>.

Mais recentemente, no entanto, voltou ao debate o tema da utilização política das empresas estatais por um outro viés: o alcance de pautas macroeconômicas, caras ao ente controlador da empresa, em detrimento desta e de seus acionistas. Tornaram-se célebres neste sentido, por exemplo, as interferências diretas da Presidência da República na Petrobrás, com a finalidade de conter a inflação por meio do controle sobre os preços dos combustíveis comercializados<sup>29</sup>, bem como com o propósito de atender a demandas de grupos organizados<sup>30</sup>.

---

Prefácio. In . Bernardo Strobel Guimarães *et al.* **Comentários à Lei das Estatais...**, cit., p. 25). Exemplo desta tentativa de redução das empresas estatais ao “regime jurídico de direito público” parece-nos ser a classificação que se tornou tradicional na doutrina e na jurisprudência nacionais, entre empresas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas. Tal separação, que não encontra base legal ou constitucional, parece ser uma forma de enquadrar tais entidades nas chaves analíticas da doutrina publicista, retirando delas consequências jurídicas não previstas em lei, sem considerar as peculiaridades e características próprias de cada empresa estatal. A respeito do regime jurídico como uma das causas para a ineficiência das empresas estatais, cf. Carolina de Barros Fidalgo. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. In Alexandre Santos de Aragão (coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2015, p. 157 e segs.

<sup>26</sup> Noção esta que não parece guardar relação com a realidade, sendo apenas uma maneira de tentar reduzir a realidade administrativa plural às ideias de um direito administrativo de matriz europeia continental e que não encontra, no Brasil, a sua principal razão de ser: a separação entre a jurisdição administrativa e a judicial.

<sup>27</sup> Conforme aponta Carolina de Barros FIDALGO, “No Brasil, um aspecto dessa realidade é a distribuição de cargos de direção a diversos partidos políticos, de forma a compor os interesses entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo”. (Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas..., cit., p. 155).

<sup>28</sup> Bernardo Strobel Guimarães. A Lei nº 13.303/2016 e a nova empresa estatal..., cit., p. 25.

<sup>29</sup> O que foi realizado pela então Presidente Dilma Roussef. Cf. Renata Moura. **A cronologia da crise do diesel, do controle de preços de Dilma à greve dos caminhoneiros**, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44239437>, acesso em 11.09.2019.

<sup>30</sup> Como ocorreu com o Presidente Jair Bolsonaro, em relação à vedação ao aumento do diesel, com a finalidade de evitar greve dos caminhoneiros, descontentes com o aumento de 5,7% no preço do óleo diesel. Cf. Juliana Machado e Ana Carolina Neira. Investidor entra em alerta com Petrobras. **Valor Econômico**.

**4.4.** Para fazer frente a esta realidade, a Lei n. 13.303/16 instituiu regras de governança corporativa a serem seguidas por todas as empresas estatais<sup>31</sup>. Para os fins desta tese, interessa-nos analisar os seguintes aspectos de tais regras<sup>32</sup>: **(i)** o reforço à atuação da empresa estatal de acordo com o objetivo que motivou a sua criação; **(ii)** a delimitação de sua função social; **(iii)** instrumentos de transparência de gestão da empresa junto aos acionistas minoritários e à coletividade em geral; e **(iv)** imposição de deveres e responsabilidades aos administradores das empresas estatais similares às aplicáveis aos administradores das sociedades anônimas privadas.

**4.5.** Uma das diretrizes presentes na Lei das Estatais liga-se à maior vinculação entre a atuação da entidade e os objetivos públicos que motivaram a sua criação. Neste passo, além da obrigatoriedade de que a lei de criação da estatal indique “de forma clara” o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que a justifiquem (art. 2º, §1º), as entidades já existentes quando da entrada em vigor da mencionada lei devem adequar seus estatutos sociais “à autorização legislativa de sua criação” (art. 8º, *caput*, inciso II).

Afora essas obrigações, a Lei n. 13.303/16 estipulou a necessidade de que as empresas estatais elaborem carta anual, na qual haja “a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações” (artigo 8º, *caput*, inciso I). Tal dispositivo é complementado pelo §1º do mesmo artigo, que afirma: “[o] interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do *caput*”.

Há, portanto, no âmago da Lei das Estatais a vinculação direta entre a razão de interesse coletivo que motivou a autorização legislativa para a criação da empresa estatal,

---

Disponível em <https://www.valor.com.br/financas/6211431/investidor-entra-em-alerta-com-petrobras>, acesso em 11.09.2019.

<sup>31</sup> Respeitado o corte feito pelo artigo 1º, §1º, da Lei n. 13.303/16.

<sup>32</sup> Para uma visão ampla dos mecanismos de governança corporativa tratados na Lei das Estatais, cf. Ana Frazão. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins (coords.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. 2018, p. 113-165.

nos termos do art. 173 da CF, e a sua atuação, devendo esta vinculação estar devidamente explicitada na carta anual da entidade. Com esta medida, o legislador pretendeu conferir maior balizamento à ação da empresa, por meio da transparência enquanto critério para o controle da atuação empresarial do Estado.

Ao comentar tal relação, afirma Ana FRAZÃO:

“Nesse sentido, a carta anual tem a importante função de assegurar a transparência e a *accountability* da realização do objeto social e da persecução do interesse público específico que justificou a criação da estatal de forma compatível com o seu propósito lucrativo.

Ao se utilizar da expressão ‘alinhamento’, a lei impõe que a gestão se guie pela necessária convergência entre o objeto social e o interesse público específico, obrigando-a a encontrar pautas de ação que compatibilizem esta última com a atividade lucrativa. Embora tal obrigação já decorresse necessariamente do artigo 238 da Lei das S/A, a Lei n. 13.303/2016 deixou-a ainda mais clara”<sup>33</sup>.

**4.6.** A par destas disposições, a Lei das Estatais também buscou delimitar a função social da empresa estatal, vinculando-a à sua missão institucional, expressa na sua lei autorizadora, e ao mercado em que atuante, respeitada a sustentabilidade econômica das ações voltadas para a concretização da sua finalidade social, nos termos do artigo 27 de tal diploma<sup>34</sup>.

Este ponto, em si, não é novo no direito nacional, uma vez que a Lei n. 6.404/76 já dispunha a respeito da função social da sociedade anônima, de acordo com os artigos

---

<sup>33</sup> Regime societário..., cit., p. 130-131.

<sup>34</sup> “**Art. 27.** A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação. **§1º** A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte: I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada. **§2º** A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam. **§3º** A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

116, parágrafo único<sup>35</sup>, e 154, *caput*<sup>36</sup>, que buscam funcionalizar a atividade econômica das empresas privadas, ao demandar que o acionista controlador e os administradores da companhia, respectivamente, atuem de modo a também respeitar e dirigir a pessoa jurídica para interesses socialmente relevantes que não apenas a maximização dos lucros<sup>37</sup>.

No entanto, o artigo 27 da Lei n. 13.303/16 trouxe importantes parâmetros para a atuação das empresas estatais na concretização da função social de tais entidades, estabelecendo três balizas para a sua atuação.

No parágrafo primeiro, fixou que o interesse coletivo que fundamentou a criação da empresa estatal deve ser orientado para três finalidades: (i) a “alocação socialmente eficiente dos recursos geridos” pela entidade; (ii) “ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços” da empresa estatal; e (iii) “desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços” da empresa, “sempre de maneira economicamente justificada”.

No parágrafo segundo, foi estipulado que as empresas estatais “deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam”.

Por fim, o parágrafo terceiro estipula que as entidades estudadas “poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

Da análise de todos estes dispositivos, temos a imposição de limites à atuação das empresas estatais na concretização da função social que lhes é atribuída, que deve se dar

---

<sup>35</sup> Art. 116, parágrafo único: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

<sup>36</sup> “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

<sup>37</sup> O que não significa que haja incompatibilidade entre a lucratividade e a função social da empresa. Pelo contrário de acordo com Ana FRAZÃO, “a função social da empresa também está associada à sua função econômica de gerar lucros, sem o que não haveria investimento. (...) A função social tem ainda uma importante consequência de assegurar a preservação e a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade”. (**Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. 2011, p. 209 e 214).

apenas nas hipóteses autorizadas pela lei<sup>38-39</sup>. Delas, merecem destaque, por seu aspecto inovador<sup>40</sup>, aquelas previstas nos §§2º e 3º, que impõem às empresas estatais a análise da função social de acordo com as regras do mercado em que atuam, bem como com o fortalecimento de sua marca. Há, portanto, reforço à ideia de que as empresas estatais devem atuar de acordo com o mercado em que inseridas, como meio de fortalecimento de sua marca. A este ponto retornaremos no capítulo 2 desta Primeira Parte, no qual analisaremos o fomento como manifestação da função social da empresa estatal.

**4.7.** Outro ponto de atenção do legislador no âmbito das empresas estatais diz respeito aos instrumentos de transparência de gestão da empresa junto aos acionistas minoritários e à coletividade em geral.

Assim como os itens acima analisados, o dever de transparência não é propriamente novo no direito brasileiro das companhias, uma vez que já vinha previsto no artigo 157, §4º, da LSA, ao obrigar os administradores da empresa a “comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”. Ademais, o dever de informar pode ser considerado como uma extensão do dever de lealdade para com

---

<sup>38</sup> De acordo com Ana FRAZÃO, “A função social das estatais, longe de poder ser invocada para a flexibilização da gestão, é agora um princípio que restringe a gestão tanto em relação aos fins como em relação aos meios. (...) Consequentemente, resguardadas as exceções previstas na própria lei, as estatais não podem mais atender diretamente, por meio de ações positivas, outros interesses não vinculados diretamente ao objeto social, ainda que possam ser considerados como parte do interesse público geral ou coletivo, especialmente quando isso se der em prejuízo das atividades que, aí sim, devam ser por elas exercidas”. (Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista..., cit., p. 135-136).

<sup>39</sup> O que não exclui a atuação das empresas, na concretização da função social, no sentido de mitigar os efeitos danosos que a atuação empresarial causa aos terceiros por ela atingidos (cf. Ana Frazão, ob. cit., p. 136). Antes da Lei das Estatais, era este o sentido de função social atribuído pela doutrina às empresas estatais, conforme se verifica da análise de Mario Engler PINTO JÚNIOR, ao afirmar que “a função social pode legitimar práticas não maximizadoras do retorno aos acionistas, que no curto, quer no longo prazo, desde que tenham como objetivo compensar terceiros afetados negativamente pela atividade empresarial”. (**Empresa estatal...**, cit., p. 328). Nesta visão, a função social apresenta-se como “fundamento para imputar aos agentes econômicos a responsabilidade pelos efeitos sociais de sua livre atuação no mercado” (*Idem*, p. 326). Na mesma linha, tratando, porém, de empresas privadas, Calixto Salomão Filho fundamenta a função social em obrigações em relação à esfera de obrigações afetadas por relações jurídicas estruturadas no âmbito de princípios como os da livre iniciativa. (Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 132, out./dez. 2003, p. 7-24, especialmente, p. 10).

<sup>40</sup> A ideia constante no §1º do artigo 27, de que a empresa estatal pode direcionar o seu poder de compra para o atingimento de finalidades diversas que não apenas a aquisição de bens e serviços, não é nova no direito brasileiro, podendo ser encontrada em diversos dispositivos da legislação nacional, do que é exemplo a inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade do processo licitatório, a que se refere o artigo 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93, com redação determinada pela Lei n. 12.349/2010.

as finalidades estatutárias da companhia, enquanto mecanismo de controle da atuação dos administradores<sup>41</sup>.

No entanto, o histórico brasileiro mostrou a tendência em os administradores das sociedades de economia mista não divulgarem a totalidade dos *atos relevantes* aptos a influir nas decisões dos acionistas minoritários e do mercado de capitais como um todo, ocasionando prejuízos não apenas àqueles, mas à coletividade como um todo<sup>42</sup>.

Neste passo, a Lei das Estatais estipulou entre as medidas de governança aptas a aumentar a transparência da gestão das empresas controladas pelo Estado a necessidade de divulgar de uma série de informações relevantes<sup>43</sup>, nos termos do artigo 8º, que devem ficar disponíveis na internet “de forma permanente e cumulativa” (§4º), de modo que “as empresas estatais promovam a constante atualização das informações e dos documentos que deverão ser divulgados, a fim de que qualquer interessado possa acessá-los”<sup>44</sup>.

Da totalidade dos documentos mencionados em tal dispositivo<sup>45</sup>, interessam especialmente à presente tese **(a)** a carta anual subscrita pelos membros do Conselho de

---

<sup>41</sup> A esse respeito, cf. Ana Frazão. **Função social da empresa...**, cit., p. 345 a 350.

<sup>42</sup> Do que parece ser o exemplo mais recente a omissão de informações relevantes pela administração da Petrobrás, o que ensejou ações judiciais, no Brasil e no exterior de acionistas que se sentiram lesados pela quebra do dever de informar. A esse respeito, cf. Arnoldo Wald. Parecer – A responsabilidade da companhia aberta pelos prejuízos decorrentes de omissão de fatos relevantes e da divulgação de demonstrações financeiras com informações falsas ou distorcidas. In Modesto Carvalhosa; Luiz Gastão Paes de Barros Leães; Arnoldo Wald (orgs.). **A responsabilidade civil da empresa: contribuição à modernização e moralização do mercado de capitais**. 2018, p. 81-171.

<sup>43</sup> O conteúdo objeto de tal dever de informar é amplo, conforme sumariza Mauro Santos SILVA: “As determinações referentes à política de transparência da gestão empresarial estão organizadas em torno de um rol de procedimentos, que enfatizam conteúdos associados: à execução de políticas públicas; aos procedimentos de governança; à atuação socioambiental da empresa; às demonstrações financeiras (com periodicidade trimestral e notas explicativas); à atuação da auditoria interna; e às políticas de divulgação de informação, distribuição de dividendos e transações com partes relacionadas”. (Governança corporativa de estatais: notas sobre o novo modelo adotado no Brasil (Lei nº 13.303/2016). **Boletim de Análise Político-Institucional: Empresas Estatais / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, n. 15, jul./dez. 2018, p. 66).

<sup>44</sup> André Guskow Cardoso. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. In Marçal Justen Filho (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. 2016, p. 101.

<sup>45</sup> “**Art. 8º** As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e

Administração – inciso I; **(b)** a carta anual de governança corporativa – inciso VIII c/c inciso III; e **(c)** elaboração de política de distribuição de dividendos, que deve ser aderente ao interesse público que justificou a criação da empresa estatal – inciso V.

Com a obrigatoriedade de transparência na gestão das empresas estatais, cria-se a possibilidade de maior controle prévio na atuação da empresa estatal, tendo em vista que, com a edição anual dos documentos acima mencionados, resta mais fácil aos acionistas minoritários e à coletividade em geral compreender e analisar como serão realizadas as atividades da empresa estatal, bem como a sua aderência às finalidades de relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional que levaram à sua criação, além dos valores a serem dispendidos no alcance das atividades da empresa e a adequação deles à finalidade lucrativa da empresa<sup>46</sup>.

Retornaremos a este ponto nos próximos capítulos desta Tese, ao tratarmos da importância destes documentos para as políticas de fomento implementadas pelas empresas

---

práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas; V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração; VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III; IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade. §1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput. §2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão: I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos; II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil. §3º Além das obrigações contidas neste artigo, as sociedades de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeitam-se ao regime informacional estabelecido por essa autarquia e devem divulgar as informações previstas neste artigo na forma fixada em suas normas. §4º Os documentos resultantes do cumprimento dos requisitos de transparência constantes dos incisos I a IX do caput deverão ser publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa”.

<sup>46</sup> Conforme afirma Ana FRAZÃO, “procura a lei restringir e controlar a discricionariedade dos gestores, impondo-lhes que, anualmente, demonstrem as políticas que estão perseguindo, em que medida tais políticas são compatíveis com o interesse público que justificou a criação da estatal, que recursos estão sendo utilizados para esses fins e quais os impactos econômico-financeiros disso. Observa-se, mais uma vez, a preocupação de se assegurar um alinhamento entre a busca do interesse público que justificou a criação da estatal com seus propósitos lucrativos, considerando que essa dicotomia faz parte necessariamente do interesse social das estatais”. (Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista..., cit., p. 142).

estatais, além da aplicação prática de tais documentos pelas empresas estatais aqui estudadas.

**4.8.** Por fim, o legislador impôs aos administradores das empresas estatais em geral – independentemente de sua forma societária de empresa pública ou sociedade de economia mista – os mesmos deveres e responsabilidades que aqueles aplicáveis aos administradores das sociedades anônimas privadas, conforme estipulado no artigo 16<sup>47</sup>.

Assim, são aplicáveis à Diretoria e ao Conselho de Administração das estatais os deveres e obrigações relacionados nos artigos 153 a 158 da LSA, o que inclui, dever de lealdade à instituição, dever de informar, regras sobre conflito de interesses e desvio de poder etc.

Tem-se, assim, a tentativa de qualificar o exercício da administração das empresas estatais, equiparando-o com aquele realizado pelas empresas privadas, que será por nós estudado com maior profundidade no próximo capítulo, ao tratarmos especificamente do fomento implementado pelas empresas estatais.

### **3. Empresas estatais e figurino empresarial: finalidade lucrativa.**

**5.** Outra característica comum a todas as empresas estatais diz respeito ao figurino empresarial, que possui significado especial no que tange à busca de finalidade lucrativa pela entidade. Com efeito, ao criar uma empresa, o Estado manifesta a intenção de explorar diretamente atividade econômica<sup>48</sup> por meio de entidade que possui por finalidade a busca pelo lucro (excedente financeiro das atividades desenvolvidas). Possuem as empresas estatais, pela própria opção do legislador, fins econômicos<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> “**Art. 16.** Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 . **Parágrafo único.** Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria”.

<sup>48</sup> Neste caso, tomada em sentido amplo, independentemente de ser ela de titularidade estatal ou não.

<sup>49</sup> De acordo com Henrique Motta PINTO: “As empresas estatais são sociedades, pois seus *fins são econômicos*. Com isso se quer dizer que nunca uma estatal terá uma finalidade que não seja considerada econômica. Seja na prestação de serviços públicos, seja na atuação em atividade que não são de titularidade estatal, sempre se poderá verificar finalidade econômica albergada no objeto social das estatais. É nesse sentido que, entendemos, devem ser lidos os conceitos legais de *empresa pública* e *sociedade de economia mista*, quando falam em ‘exploração de atividade econômica’ por tais entidades (art. 5º, II e III do Decreto-lei 200/67). Em outros termos, a atuação das estatais é econômica, porque este é o melhor meio de, segundo



Tal característica possui relevância prática, pois, caso a intenção do Estado fosse apenas criar uma entidade de direito privado para a execução de tal atividade, poderia se valer da fundação pública de direito privado<sup>50</sup>, sem no entanto, realizar a “exploração de atividade econômica”, no sentido de obtenção de superávit financeiro. Assim, ao optar pela figura empresarial para a exploração de atividade econômica, o Estado demonstra a intenção de imprimir a busca pelo resultado econômico positivo, o que gera efeitos na gestão de tal entidade.

6. Vale notar que o lucro, por mais que seja culturalmente pouco valorizado no Brasil, possui importante função na manutenção e expansão das empresas, seja enquanto mecanismo de remuneração do capital investido pelos acionistas, seja como meio de ampliação da atividade empresarial<sup>51</sup>.

No âmbito da empresa estatal, o lucro ganha novos contornos, uma vez que é elemento fundamental para permitir a prestação e a expansão da atividade objeto de tal entidade, que deve, necessariamente, atender “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173, *caput*, CF). Assim, a busca pelo lucro, no âmbito da empresa estatal, além de ser ínsita a tal figura jurídica, aparece como importante mecanismo para a prestação e expansão de sua atividade, o que significa melhor fruição pela coletividade<sup>52</sup>.

---

decisão do legislador, para a realização de seu objeto social, quer se esteja diante de serviço público ou não.” (**Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. 2010, p. 41).

<sup>50</sup> Definidas pelo Decreto-Lei n. 200/67 como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”. (art. 5º, *caput*, inciso IV, incluído pela Lei n. 7.596/87).

<sup>51</sup> Conforme afirma Mario Engler PINTO JÚNIOR, “Sob o ponto de vista econômico, o lucro é responsável pela geração de excedentes financeiros, que, por sua vez, possuem duas finalidades básicas: (i) remunerar o capital do acionista, sob a forma de distribuição de dividendos; e (ii) financiar a realização de novos investimentos para expansão da capacidade produtiva.”. (**Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**, cit., p. 356).

<sup>52</sup> De acordo com Jacintho Arruda CÂMARA, “na maioria das vezes a lucratividade da empresa constitui instrumento fundamental para a realização da atividade de interesse público com maior eficiência. E é justamente essa busca do lucro, em prol da realização, do interesse público, que constitui uma das principais justificativas para a opção pelo modelo empresarial na Administração Pública. Como empresa, a obtenção de superávit financeiro nas atividades desenvolvidas pode ser mais eficientemente alocada na realização de seu fim. O lucro serve para autofinanciar a ampliação das atividades da empresa, bem como para viabilizar a obtenção de recursos junto a instituições financeiras. Assumindo sua condição de empresa lucrativa e, efetivamente, almejando o lucro nas suas operações, a empresa estatal passa a contar com importante instrumento para ampliar e aprimorar suas ações. Lucrando, ela poderá investir em expansão ou, quando necessário, captar recursos junto a agentes financeiros e investidores para atingir sua atividade-fim.”. (Entes

Por ser a empresa estatal mecanismo de ação do Estado, a gestão empresarial voltada para a finalidade lucrativa não possui os mesmos contornos que os existentes nas empresas do setor privado, uma vez que, além do lucro, é necessário compatibilizar missões de relevante interesse coletivo ou segurança nacional no seio da sociedade empresária, o que nos coloca diante da necessidade de compatibilizar as expectativas empresariais de tais entidades, inclusive dos acionistas privados, com suas missões públicas.

7. Isto não significa que a finalidade lucrativa seja o objetivo precípua das empresas estatais, uma vez que elas são criadas para a execução de alguma atividade que se enquadre nos requisitos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal (imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo). O lucro, assim, é meio de realização de tais atividades e de sua expansão, não a finalidade precípua da empresa estatal, como ocorre com as empresas privadas.

Diante de tal característica, é possível que a lucratividade da empresa estatal seja sacrificada em prol dos objetivos públicos que fundamentaram a sua criação e a sua existência e continuidade. Uma empresa estatal de saneamento básico, por exemplo, pode reduzir a sua margem de lucro, considerando a necessidade de expansão dos serviços prestados, sem que haja, em regra, abuso de poder por parte do acionista controlador ou ofensa aos deveres fiduciários dos administradores. Afinal, para tais entidades, “importa menos o fator rentabilidade e mais a geração de externalidades sociais positivas”<sup>53</sup>, aspecto este que é de conhecimento do acionista privado, no caso de sociedade de economia mista<sup>54</sup>.

8. A lucratividade empresarial, por sua vez, deve ser perseguida, independentemente do tipo de atividade desempenhada pela empresa estatal – se prestação de serviço público ou atividade econômica em sentido estrito –, bem como o fato de se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública.

---

estatais: o lucro é incompatível com a missão social?. In Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. 2014, p. 266).

<sup>53</sup> Mário Engler Pinto Júnior. **Empresa estatal...**, cit., p. 357.

<sup>54</sup> De acordo com Carolina Lellis Nicoli Simões LEITE, “quando o controlador age em estrita observância dos fins previstos no Estatuto, ele *em regra* não viola o direito dos acionistas minoritários. O investidor privado, ao adquirir ações da sociedade, sabe que o objeto social é a promoção de um interesse público e que, por isso, a lucratividade da atividade poderá ser mitigada em determinados casos. No momento em que o agente privado investe seus recursos na sociedade de economia mista, ele está ciente dos termos de seus atos constitutivos e sabe que as decisões estratégicas do acionista controlador serão pautadas em razões de interesse público, e não necessariamente na satisfação dos investidores”. (O lucro nas sociedades de economia mista. In Alexandre Santos de Aragão (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2015, p. 116-117).

Com relação ao tipo de atividade, a unificação do regime jurídico das empresas estatais pela Lei n. 13.303/16 faz com que a posição doutrinária que sustenta a apartação das empresas estatais entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas esteja superada<sup>55</sup>, de modo que, independentemente da atividade desenvolvida, a finalidade lucrativa deve ser buscada pela empresa, inclusive como forma de permitir a expansão das atividades executadas<sup>56</sup>.

Com relação à forma social, a busca pelo lucro informa as atividades sociais, independentemente de haver ou não o concurso de capital privado para a formação da entidade.

No caso da sociedade de economia mista, a finalidade lucrativa é clara. Em primeiro lugar, pela própria forma societária assumida por tais entidades, de sociedade anônima. Nesse sentido, o artigo 2º, *caput*, da Lei n. 6.404/76 afirma de modo categórico a finalidade lucrativa de tal tipo societário, o que é reiterado pelo §1º do mesmo dispositivo, que afirma que tal entidade “é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”<sup>57</sup>.

Ademais, o concurso de capital privado demanda a lucratividade, uma vez que os acionistas privados que nela investiram o fizeram com a finalidade de obter os dividendos decorrentes da exploração da atividade de interesse coletivo, de modo que o lucro obtido pela empresa estatal representa meio de obtenção de novos acionistas no mercado mobiliário, que aportarão recursos para o desempenho da atividade de interesse público.

---

<sup>55</sup> A este ponto retornaremos mais adiante.

<sup>56</sup> Importante notar que mesmo antes da Lei das Estatais, já havia posicionamento doutrinário no sentido de que o lucro deve ser buscado pelas empresas estatais, independentemente do tipo de atividade desenvolvida. A esse respeito, afirmou Jacintho Arruda CÂMARA: “Por fim, destaco que não faz a menor diferença, para o tema em discussão, perquirir se a estatal é prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica. O lucro tanto será importante para a empresa na exploração de atividades econômicas quanto na prestação de serviços públicos. É incorreta a ideia sustentada por alguns de que estatal prestadora de serviço público não deva almejar lucro. Se houve a opção por prestar o serviço por meio de uma estatal (especialmente se a atuação se der na forma de sociedade de economia mista), o lucro servirá de instrumento para viabilizar a instalação ou expansão de suas atividades, tanto quanto ocorreria na exploração de atividade econômica. Empresas privadas, quando exploram serviços públicos em regime de concessão, obviamente almejam o lucro. Não há por que eliminar a busca por lucratividade de uma empresa no desenvolvimento dessa mesma atividade (prestação de serviço público) pelo simples fato de ser estatal. Tanto num caso como noutro, a busca do lucro será o instrumento escolhido pelo Estado para propiciar da melhor maneira a oferta de serviço público”. (Entes estatais: o lucro é incompatível com a missão social?..., cit., p. 268). No mesmo sentido, já sob a vigência da Lei das Estatais, ainda que sem a ela fazer menção, cf. Mayara Gasparoto Tonin. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários**. 2018, p. 90-91.

<sup>57</sup> “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. §1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”.

Há portanto, nítida relação entre a busca pelo lucro e a atração de novos investidores para permitir o exercício da atividade de interesse público que motivou a criação da empresa<sup>58</sup>.

Isto não significa que no âmbito das empresas públicas não haja, também, a necessidade de busca pelo lucro no exercício das suas atividades de interesse coletivo. Neste caso, a lucratividade liga-se à própria sustentabilidade da entidade, bem como à expansão das atividades sociais<sup>59</sup>, sem a necessidade de aportes de recursos pela administração central, o que, na prática, favorece a autonomia administrativa de tais entidades, com a administração de recursos próprios, oriundos do exercício da respectiva atividade.

Nesse passo, por mais que o lucro possua mitigações em virtude da missão de interesse público e da política pública que justificaram a criação da empresa, bem como adquira um aspecto funcional em relação ao Estado – ligado à manutenção, aperfeiçoamento e expansão da atividade desenvolvida – ele deverá ser objetivado na execução das atividades e na gestão da empresa.

#### **4. Empresas estatais e os limites de sua criação.**

9. Outro elemento comum às empresas estatais diz respeito à necessidade de que tais entidades sejam criadas em respeito aos ditames do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, cuja redação determina que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Independentemente do porte das empresas estatais ou das atividades a serem desenvolvidas, todas elas devem ter sua criação autorizada por lei (art. 37, inciso XIX, da CF)<sup>60</sup>, devendo esta estipular qual o imperativo de segurança nacional ou relevante

---

<sup>58</sup> Cf. Jacintho Arruda Câmara. Entes estatais: o lucro é incompatível com a missão social?..., cit., p. 267-268. A própria redação do artigo 2º, §1º, da

<sup>59</sup> É a posição de Mario Engler PINTO JÚNIOR: “Uma vez assegurado o equilíbrio econômico-financeiro da companhia em que o Estado é o único acionista, o fator determinante do nível de lucratividade passa a ser a perspectiva de expansão das atividades sociais”. (**Empresa estatal...**, cit., p. 357).

<sup>60</sup> De acordo com o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, com redação determinada pela EC n. 19/98: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

interesse coletivo que justifica a sua criação. A intenção do constituinte ao prever a necessidade de lei (em sentido formal) para a autorização de criação de empresa estatal liga-se à necessidade de que o Legislativo acompanhe e controle a expansão dos sujeitos integrantes da administração pública<sup>61</sup>.

Além de exigir a autorização legislativa, o constituinte previu a necessidade de que a lei autorizativa tenha ao menos um conteúdo determinado, que se refere à justificativa para a criação da empresa estatal, com a explicitação, “de forma clara”<sup>62</sup>, do relevante interesse coletivo ou do imperativo de segurança nacional que servem de base para a sua criação. Tem-se, com esta previsão, a consagração da ideia de que a atuação estatal na economia por meio de empresas estatais é subsidiária, devendo ser realizada apenas nos casos assinalados constitucionalmente.

## **Subseção 2. O figurino empresarial do Estado no Brasil: tentativa de classificação operacional para a presente tese.**

### **1. As classificações tradicionais e sua insuficiência para a presente tese.**

**10.** No Brasil, a utilização do figurino empresarial pelo Estado tem sido realizada há décadas, com as mais diversas finalidades de interesse coletivo. Em comum a todas elas, existe a finalidade estatal de atuar diretamente na economia por meio de entidade

---

<sup>61</sup> Segundo Eros Roberto GRAU, “Os preceitos instrumentam o controle da expansão do Executivo pelo Legislativo. Não importam, *em si*, retenção dessa expansão; apenas impõem a participação do Legislativo no processo de decisão que se tome a respeito. Não se distinguem, neles, empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público. O controle que o Legislativo passa a exercitar quanto à conformação do tamanho do Executivo é bastante amplo”. (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed. 2007, p. 281).

<sup>62</sup> Conforme pontua o artigo 2º, §1º, da Lei n. 13.303/16: “A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal”.

especializada, com personalidade jurídica e interesses próprios<sup>63</sup>, por ele criada<sup>64</sup>, e submetida ao regime aplicável às empresas privadas, ainda que com mitigações decorrentes do fato de tais entidades integrarem a administração pública indireta, exercendo atividades necessárias ao atendimento de interesses da coletividade.

A variedade de sua utilização ao longo dos anos<sup>65</sup> gerou diversos perfis de empresas estatais, não apenas com missões diversas, mas sobretudo com relacionamentos diferentes em relação ao ente criador, bem como aos demais agentes do mercado. Assim, por mais que todas elas possuam o figurino jurídico das empresas públicas ou sociedades de economia mista, submetidas, portanto, aos ditames gerais da Lei n. 13.303/16, as realidades das respectivas atuações, aos desafios enfrentados, e aos relacionamentos nos setores de atuação etc. são diversos, o que coloca ao intérprete o desafio de, por razões didáticas, tentar classificar as empresas estatais.

Diante de tal peculiaridade, prevaleceu no direito brasileiro a classificação das empresas estatais de acordo com dois critérios: **(i)** o tipo de atividade por elas desempenhada, separando-as em prestadoras de serviços públicos e de atividades econômicas, classificação criada pela doutrina e aplicada pela jurisprudência; e **(ii)** a dependência econômica em relação ao ente criador, para o pagamento das despesas de custeio e de pessoal, o que levou à classificação legislativa em empresas estatais dependentes e independentes<sup>66</sup>. Especialmente no primeiro caso, trata-se de generalização<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> A existência de interesses próprios às empresas estatais é marca característica da descentralização administrativa, conforme bem destacam Henrique Motta PINTO e Mario Engler PINTO JÚNIOR: “O grande diferencial da administração indireta reside na possibilidade de constituição de entidades com personalidade jurídica própria, o que viabiliza a separação patrimonial (i.e., a vinculação do patrimônio a uma atividade específica) e o surgimento de interesses específicos cuja existência passa a ser reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico.” (**Empresas estatais**. 2013, p. 17).

<sup>64</sup> Vale notar que, no Brasil, a formação da estrutura empresarial estatal esteve ligada diretamente à criação de empresas estatais para o desenvolvimento do capitalismo nacional.

<sup>65</sup> De acordo com Alexandre Santos de ARAGÃO, ao tratar do surgimento das empresas estatais, “não existe um critério único para identificá-las, tendo em grande parte se dado por razões políticas casuísticas e pragmáticas”. (**Empresas estatais**. 2017, p. 38).

<sup>66</sup> Ante os estritos limites desta tese, trataremos resumidamente de tais critérios, sem aprofundar todos os seus aspectos. Para tanto, remetemos o leitor à bibliografia mencionada neste item.

<sup>67</sup> A respeito da generalização das classificações realizadas, afirma Henrique Motta PINTO que “[c]omo forma de reduzir a notável complexidade do regime jurídico das empresas estatais, a doutrina realizou ao longo do tempo distinções, criando-as com base em tipos ideais, geralmente pensados a partir de diferentes formas de atuação das estatais. Por meio de tais distinções buscou-se a classificação do universo das empresas estatais em categorias distintas, o que facilitaria a identificação do regime jurídico aplicável a cada uma.” (O ocaso da dicotomia entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica. In Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, André Tito da Oliveira, Rafael Hamze Issa e Rafael

que não se mostrou suficiente para explicar as diversas faces da atuação empresarial de tais entidades.

### 1.1. Empresas estatais pelo critério da atividade.

11. O primeiro critério (tipo de atividade desempenhada) foi criado pela doutrina com o objetivo de tentar definir o regime jurídico aplicável a tais entidades. Neste passo, haveria dois tipos de empresas estatais: as prestadoras de serviços públicos e as executoras de atividades econômicas. Independentemente de serem empresas públicas ou sociedades de economia mista todas elas poderiam ser enquadradas no mesmo tipo, de acordo com a atividade desempenhada, considerada em seu sentido macro.

Tal critério foi muito trabalhado pela doutrina de meados do século passado, quando, ao mesmo tempo em que havia a expansão da atividade estatal, ocorria a proliferação de empresas estatais<sup>68</sup>.

Esta classificação se perpetuou no tempo e chegou até os dias atuais<sup>69</sup>, influenciando doutrinadores e julgadores, que passam a interpretar os textos constitucionais

---

Wallbach Schwind. **Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado**. 2017, p. 643).

<sup>68</sup> De acordo com Diogo R. COUTINHO, Clarissa Ferreira de Melo MESQUITA e Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita NASSER, “Ainda sob a égide ditatorial da Constituição de 1967 emendada (CF/1969), autores clássicos do direito público passaram a divisar no texto da Constituição uma separação da atuação direta do Estado na economia entre as chamadas atividades econômicas em sentido estrito e prestação de serviços públicos”. (Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, jan./abr. 2019, p. 9).

<sup>69</sup> Ante a superação de tal classificação pela Lei das Estatais, parece-nos desnecessário tecer maiores comentários a respeito da dicotomia construída pela doutrina da segunda metade do século passado. Para tanto, remetemos o leitor ao texto de Henrique Motta Pinto acima mencionado. Do ponto de vista doutrinário, no entanto, a dicotomia já apresentava as suas fragilidades antes mesmo da edição da Lei das Estatais, o que foi devidamente demonstrado por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, nos seguintes termos: “Efetivamente, até a década de 90 do século passado, fazia sentido dividir a atuação do Estado no domínio econômico entre aquela atinente aos chamados serviços públicos e aquela atinente às atividades econômicas em sentido estrito. É que até esse momento, dizer que uma atividade era serviço público significava atribuir-lhe, quase por definição, o condão de ser explorada em regime de exclusividade ou privilégio. Porém, com os processos de reforma do Estado dos anos 80 e 90 e a conseqüente introdução da noção de competição, mesmo na seara dos serviços públicos, a distinção perdeu um pouco da utilidade (embora ainda seja utilizada aqui e ali na doutrina e na jurisprudência). A exclusividade na prestação de deixa de ser tida como regra nas atividades consideradas serviços públicos e passa a ser, até por prescrição legal expressa, exceção. O que me parece hoje relevante para se verificar o regime jurídico a balizar a atividade da empresa estatal será a atividade que exerce e se a mesma se desenvolve em ambiente de competição ou não. No contexto jurídico e econômico atual, podemos ter atividades econômicas (agora em sentido amplo, é dizer, atividades às quais se pode atribuir relevância econômica) consideradas serviços públicos prestadas em regime de exclusividade ou de competição. Bem como podemos ter atividades econômicas em sentido estrito (aquelas que não são tomadas pela ordem jurídica como serviço público) exploradas em regime de monopólio

e legais à luz de tal dicotomia, apartando as empresas estatais de acordo com a sua atuação no âmbito das atividades econômicas privadas (art. 173 da CF) ou dos serviços públicos (art. 175 da CF).

Assim, por exemplo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que, a depender da atividade desempenhada pela empresa estatal, ela estará sujeita a normas de direito privado ou de direito público, especialmente no que diz respeito à submissão ou não ao regime de precatórios, ao regime dos bens de tais entidades e à questão da imunidade recíproca entre entes públicos. Com base nesta distinção, critica a autora a ausência de tal diferenciação no âmbito da Lei n. 13.303/16, afirmando que alguns dispositivos de tal lei serão aplicáveis apenas às empresas estatais que explorem atividades econômicas<sup>70</sup>.

Tal distinção tem sido aplicada também no âmbito jurisprudencial<sup>71</sup>, sendo o fundamento invocado pelo Supremo Tribunal Federal para impedir a penhora de bens e

---

ou competição, neste último caso como o gênero das atividades econômicas”. (As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In* Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto (coords.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. 2006, p. 580-581).

<sup>70</sup> A passagem completa dos argumentos da autora auxilia na ilustração de tal argumento: “A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no artigo 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita. Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua execução pelo Estado, ainda que por meio de concessionários e permissionários, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço. Cabe, portanto, ao intérprete, ao aplicar as leis, procurar a exegese que as torne compatíveis com os parâmetros que decorrem dos artigos 173 e 175 da Constituição. Ao analisar, mais além, as normas sobre empresas estatais, serão demonstradas algumas distinções que podem e devem ser feitas entre os dois tipos de empresas, conforme o tipo de atividade que lhes incumbe. Hoje, a jurisprudência vem evoluindo no sentido de fazer distinção entre as empresas que prestam serviço público e as que atuam no domínio econômico. Essa distinção tem sido feita especificamente quanto à aplicação do processo dos precatórios, à natureza dos bens dessas entidades, à imunidade recíproca. A diferença também é relevante para fins de responsabilidade por danos causados a terceiros, tendo em vista que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal somente se aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público. Lamentavelmente, a Lei nº 13.303/16, ao dispor sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, não fez a distinção entre as que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica a título de intervenção no domínio econômico. No entanto, muitas de suas normas são aplicáveis apenas às empresas que exercem atividade econômica (em sentido estrito), com fundamento no artigo 173, §1º, da Constituição Federal, razão pela qual cabe ao intérprete, em cada situação, separar o que é e o que não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.”. (**Direito administrativo**. 31ª ed. 2018, p. 607).

<sup>71</sup> Tendo motivado, inclusive, o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face da ausência de tal distinção de regimes pela Lei n. 13.303/16 (cf. ADI n. 5.624/DF). Até o fechamento desta tese, em 15.01.2020, a ação ainda não havia sido julgada, nem sido concedida medida liminar para sustar os efeitos da Lei das Estatais.



valores de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, submetendo as respectivas execuções ao regime de precatórios<sup>72</sup>.

12. No entanto, a nosso ver, tal dicotomia não é útil para explicar os regimes jurídicos a que se submetem as empresas estatais. Diversos argumentos confluem para tal afirmação.

Em *primeiro lugar*, não nos parece existir a dicotomia estanque e marcante entre serviço público e atividade econômica apregoada pela doutrina nacional, de modo que inexistente oposição entre os artigos 173 e 175 da Constituição Federal. Pelo contrário, a melhor interpretação de tais dispositivos parece ser aquela defendida por Vitor Rhein SCHIRATO, no sentido de que o artigo 175 decorre do artigo 173, ou seja, a prestação de serviço público pelo Estado decorre da autorização constitucional para que ele possa explorar atividades econômicas. Ainda nessa linha, afirma o autor que a distinção entre as mencionadas atividades está na obrigatoriedade imposta ao Estado na prestação de serviços públicos e na facultatividade da exploração de atividades econômicas<sup>73</sup>.

Assim, a classificação estanque não se sustenta, inclusive, pois a apartação entre as atividades (serviço público e atividades econômicas), que lhe confere embasamento, não encontra fundamento na Constituição Federal<sup>74</sup>.

Justamente em virtude da ausência de distinção estanque entre tais atividades, é que tem sido apregoado pela doutrina, com razão, a impossibilidade de realização de diferenciação de regimes jurídicos pelas empresas estatais de acordo com a classificação binária acima mencionada, uma vez que “[m]uitas vezes, o serviço público equipara-se às demais atividades econômicas, tornando-se impossível pretender que uma empresa estatal prestadora de serviço público seja essencialmente diferenciada de outra empresa estatal exploradora de uma atividade que não se considera serviço público.”<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, conferir a título ilustrativo: AC n. 669/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06.10.2005, que tratou do Metrô de São Paulo; ADPF n. 378/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, que tratou da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI); ADPF-MC n. 437, Rel. Min. Rosa Weber, que tratou da Empresa de Assistência Técnica e Extensão do Ceará (EMATERCE).

<sup>73</sup> **Livre iniciativa nos serviços públicos**. 2012, p. 131-135.

<sup>74</sup> Na realidade, a própria noção de serviço público não resta clara e explícita da Constituição Federal, uma vez que diversas acepções podem ser depreendidas de seus dispositivos. A esse respeito, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. 2004, p. 330-351, especialmente p. 332-337.

<sup>75</sup> Vitor Rhein Schirato. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. 2016, p. 58-59.

Tal indefinição pode ocorrer, por exemplo, no âmbito dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado como serviço público a entregas de correspondências, a realidade atual fez com que a ECT ampliasse o leque de serviços prestados, incluindo entrega de encomendas, chips de telefonia celular e serviços bancários (banco postal).

Em *segundo lugar*, há empresas estatais que executam atividades de cunho meramente administrativo, para o próprio ente criador, o que dificulta o seu encaixe em uma das classificações tradicionais, de prestadora de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas *stricto sensu*. São, na realidade, empresas que poderiam ser substituídas por entidades autárquicas ou fundacionais, mas que, por razões políticas e administrativas foram criadas para o desempenho de atividades administrativas<sup>76</sup>.

Exemplo desta realidade parece-nos ser o caso da BHTrans, empresa pública municipal de Belo Horizonte, que possui por função a “organização, direção, coordenação, execução, delegação, planejamento operacional e controle da prestação dos serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Conforme aponta Vitor Rhein SCHIRATO, “Por diversas razões, variáveis conforme período e local, passou-se a utilizar a forma empresarial para desempenhar atividades que não têm caráter econômico ou não são dirigidas ao mercado, mas que, ou são atividades de cunho administrativo, típicas de Estado, ou são atividades outras que somente podem ser incluídas sob a noção de serviço público quando conferida amplitude considerável a tal noção.” (**As empresas estatais...**, cit., p. 63).

<sup>77</sup> Art. 3º, *caput*, do Estatuto Social da BHTrans, consolidado pelo Decreto municipal n. 10.941/2002. A íntegra do dispositivo permite melhor compreender as atividades desempenhadas pela BHTrans e sua pertinência como exemplo do que afirmamos: “**Art. 3º** A BHTRANS tem por objeto a organização, direção, coordenação, execução, delegação, planejamento operacional e controle da prestação dos serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, trânsito e sistema viário municipal, incumbindo-lhe, especialmente: I - participar do planejamento municipal e metropolitano, contribuindo nas atividades de planejamento de transportes, trânsito e sistema viário; II - promover a integração física, operacional e tarifária entre as diversas modalidades de transportes; III - decidir sobre a conveniência da instalação ou ampliação dos empreendimentos de impacto referentes a transporte e trânsito; IV - implantar e gerir programas que envolvam a geração de receitas para o sistema, inclusive: a) emissão e comercialização de bilhetes e vales de transporte público; b) estacionamento rotativo pago; c) exploração de publicidade em qualquer elemento do sistema; V - implantar, administrar, operar, fiscalizar e policiar os sistemas de transporte e trânsito municipais; VI - aplicar, na sua área de competência, sanções aos atos ilícitos de trânsito e proceder à sua arrecadação; VII - aplicar a sanção de remoção de veículos; VIII - colher dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando medidas de educação e prevenção; IX - estabelecer e administrar a política tarifária; X - participar da administração do Fundo de Transportes Urbanos - FTU; XI - conceber, implantar e administrar terminais e estações, diretamente ou através de terceiros; XII - operar, diretamente ou através de prepostos, por meio de subconcessão, permissão, autorização ou contratação, os serviços de transporte público coletivo, de táxi, escolar e de lazer; estabelecendo todas as condições de operação, inclusive programação de horários, tipos e características dos veículos e formas de delegação e exercendo controle sobre as condições de operação; XIII - autorizar o funcionamento e controlar as condições de operação do transporte fretado e dos estacionamentos; XIV - determinar as condições de circulação de pedestres e de veículos, inclusive: a) das vias; b) dos passeios, ilhas e canteiros; c) de estacionamentos; (*sic*)”

Em *terceiro lugar*, a quebra dos monopólios na prestação de determinadas atividades pelas empresas estatais tornou de pouca – ou nenhuma – utilidade a distinção de regimes jurídicos de tais atividades (serviços públicos e exploração de atividades econômicas), uma vez que, independentemente da atividade executada, é possível haver a competição entre empresas públicas e privadas.

Neste passo, a construção teórica realizada em meados do século passado, que tomava a noção de serviço público como uma atividade monopolizada pelo Estado, em contraposição à atividade econômica *stricto sensu*, aberta à livre concorrência, não mais se sustenta, ante a existência de diversos serviços públicos prestados em regime de competição, inclusive entre empresas estatais e empresas privadas, do que é exemplo o setor elétrico nacional, conforme será melhor exposto no Capítulo 1 da Parte II desta tese.

Em virtude dessas razões, não é possível manter a classificação estanque das empresas estatais de acordo com parâmetros doutrinários criados tomando por base na dicotomia entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas, devendo ser realizada análise caso a caso de cada empresa e de suas atividades desempenhadas<sup>78</sup>.

---

de carga e descarga de bens, de mercadorias, de valores e de construções; XV - conceber o sistema viário e projetá-lo nos aspectos inerentes à circulação, capacidade da via, sinalização e segurança; XVI - implantar e manter a sinalização de trânsito; XVII - promover a implantação de ciclovias e bicicletários; XVIII - determinar as condições de circulação de transporte de substância potencialmente nociva ao meio ambiente, à saúde e ao bem-estar da população; XIX - estabelecer e implantar política de educação para a segurança de trânsito; XX - criar condições adequadas de circulação e de acesso aos serviços de transportes para os portadores de deficiência física; XXI - organizar e implantar, por força do Decreto nº 9.959, de 5 de julho de 1999, as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI; XXII - promover a pesquisa na área de transporte e trânsito, em especial o desenvolvimento e a utilização de fontes de energia alternativa não poluentes, bem como de tecnologia poupadora de energia; XXIII - participar do controle de emissão de poluentes por veículos automotores bem como estimular a implantação de medidas e uso de tecnologias que venham minimizar seus impactos; XXIV - participar do controle dos níveis de poluição sonora; XXV - executar, em virtude de delegação ou convênio, obras e serviços da competência de entidade da administração direta ou indireta da União, Estado ou Município, relacionados com as suas atividades; XXVI - praticar todos os atos necessários ao cumprimento de sua finalidade, observadas as disposições da Lei Municipal nº 5.953/91 e deste Estatuto. **Parágrafo Único** - A BHTRANS é a concessionária exclusiva do Sistema de Transporte Público do Município de Belo Horizonte, consoante com a Lei Municipal nº 5.953, de 1991 e nos termos do art. 3º, caput, deste Estatuto.

<sup>78</sup> De acordo com as considerações de Vitor Rhein SCHIRATO, “descabe atualmente falar em distinções de regime jurídico decorrentes de critérios estanques, aplicáveis indistintamente a todos os casos. O regime jurídico das empresas estatais será originado não da exploração de serviços públicos ou atividades econômicas, mas, sim, da forma como a atividade é desempenhada. (...) Sendo assim, o que se tem é que a prestação de um serviço público ou a exploração de uma atividade econômica não constituem *ipso facto* elemento suficiente para a determinação *a priori* do regime jurídico de uma empresa estatal, em razão da considerável aproximação de diversos serviços públicos às demais atividades econômicas. Não se poderá, em qualquer hipótese, prescindir de um exame detalhado das atividades da empresa e dos interesses públicos subjacentes a esta.” (As empresas estatais..., cit., p. 70-71).

Assim, por não ser útil para descrever a realidade, o tradicional critério da atividade desempenhada pela empresa estatal não será levado em consideração na presente tese, de modo que deveremos buscar outro critério que seja operacional para estudar a implementação de políticas de fomento por empresas estatais.

## **1.2. Empresas estatais de acordo com a dependência econômica em relação à administração central.**

**13.** Outro critério pelo qual tradicionalmente são classificadas as empresas estatais diz respeito à dependência ou independência econômica em relação à administração central, o que nos remete à gestão fiscal de tais entidades.

A definição de empresa estatal dependente está presente no artigo 2º, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), que a define como “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.”.

As despesas de custeio são “as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis” (art. 12, §1º, Lei n. 4.320/64). As despesas de capital, por sua vez, dizem respeito àquelas utilizadas para investimentos<sup>79</sup>, inversões financeiras<sup>80</sup> e transferências de capital<sup>81</sup> (art. 12, *caput*, da Lei n. 4.320/64).

---

<sup>79</sup> Os investimentos estão definidos na Lei n. 4.320/64 como “as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.” (art. 12, §4º).

<sup>80</sup> Nos termos do §5º do artigo 12 da Lei n. 4.320/64, “§5º 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.”.

<sup>81</sup> As transferências de capital estão assim definidas no §6º do art. 12 da Lei n. 4.320/64: “as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.”.

Ainda no âmbito da Lei n. 4.320/64, os valores são repassados pela administração central à empresa estatal dependente a título de subvenção, nos termos do artigo 18, *caput*, que afirma: “A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.”.

A conceituação da LRF foi complementada por aquela prevista no artigo 1º, §1º, inciso II, da Resolução n. 40/2001, do Senado Federal, nos seguintes termos: “empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade.”.

Das definições legais atinentes à matéria, é possível verificar que a empresa estatal dependente é aquela que não gera, pela exploração da atividade que fundamentou a sua criação, os recursos financeiros necessários para a sua manutenção, dependendo, portanto, de repasses constantemente realizados pelo ente federativo criador, havendo a comunicação entre os orçamentos de tais entidades. De acordo com Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA,

“o conceito de *empresa estatal dependente* está ligado, essencialmente, à empresa que: *i*) recebe recursos financeiros de seu controlador; *ii*) destinados ao pagamento de suas despesas ordinárias (de pessoal, de custeio em geral ou de capital); *iii*) de forma reiterada a cada exercício financeiro; *iv*) sem necessidade de dar qualquer contrapartida específica; v) de tal maneira que se verifica uma espécie de comunicação do seu orçamento com o orçamento de seu controlador, como se houvesse uma desconsideração de sua personalidade jurídica para os fins de sua gestão financeira e orçamentária.”<sup>82</sup>.

Ao analisar algumas empresas estatais federais, Weder de OLIVEIRA cogita a possibilidade de ser realizada a distinção entre empresas contingencialmente dependentes

---

<sup>82</sup> A superação da condição de empresa estatal dependente. In Fábio Medina Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. 2006, p. 809.

e estruturalmente dependentes. No primeiro grupo, estão as empresas que, “por razões conjunturais, necessitam de aporte de recursos para cobertura de suas despesas de manutenção (despesas com pessoal e custeio)”<sup>83</sup>. Neste caso, afirmamos, desde que o repasse seja realizado em um ano e haja a autorização orçamentária para recebimento no ano seguinte, a empresa será considerada dependente, nos termos da Resolução n. 40/2001, do Senado Federal, acima mencionada.

No segundo grupo, estão as empresas que “já nasceram com essa perspectiva”<sup>84</sup>, de modo que desde a sua fundação elas são destinadas a serem custeadas com verbas oriundas da União, do que são exemplos a Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC e a Embrapa<sup>85</sup>.

De qualquer forma, por mais didática que seja esta classificação, as empresas sob ela reunidas abrangem o mesmo fenômeno fiscal-orçamentário e administrativo: demandam recursos do ente controlador para a sua manutenção.

De outro lado, o conceito de empresas estatais não dependentes pode ser alcançado *a contrario sensu*, no sentido de serem aquelas que geram recursos suficientes para cobrir as despesas de custeio e de capital<sup>86</sup>, de modo que não necessitam do aporte de recursos da entidade controladora para a sua manutenção.

Importante, neste passo, não confundir as empresas dependentes com as empresas não dependentes que recebem valores oriundos de seus entes controladores, mas não a título de subvenção, tal qual previsto no artigo 18, *caput*, da Lei n. 4.320/64, e sim a título de contraprestação pelo fornecimento de bens e serviços a ela, nem pela intermediação das subvenções devidas aos consumidores e fornecedores, nos termos do artigo 18, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’, da referida lei<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> **Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento, finanças públicas**. 2013, p. 222.

<sup>84</sup> Ob. cit., loc. cit.

<sup>85</sup> Ob. cit., p. 222-223.

<sup>86</sup> De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “As estatais independentes seriam, então, *a contrario sensu*, as empresas controladas que não recebem recursos financeiros do ente controlador para o pagamento de despesas com pessoal e de custeio em geral, não precisando de recursos diretos do orçamento público, por dispor de fontes próprias e bastantes de receita para essas finalidades.” (**Empresas estatais...**, cit., p. 213-214).

<sup>87</sup> A esse respeito, cf. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza. A superação da condição de empresa estatal dependente..., cit., p. 801 a 805.

Na primeira hipótese, temos a situação da empresa estatal que, ao prestar determinado serviço para o ente controlador, recebe valor certo e determinado como contrapartida por tal prestação. Como exemplo desta realidade, Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA mencionam o caso da Fundação para o Remédio Popular – FURP, empresa estatal do Estado de São Paulo, que possui como um de seus objetivos sociais produzir e fornecer medicamentos aos órgãos públicos de saúde das três esferas federativas. Nos casos em que a FURP fornece medicamentos para os órgãos de saúde do Estado de São Paulo, recebendo a respectiva remuneração, não há que se falar em subvenção recebida, mas sim em contraprestação pelos medicamentos fornecidos.

Na segunda hipótese, temos a empresa estatal como intermediária de subvenções fornecidas pela administração central para os consumidores e fornecedores, sendo ela posteriormente reembolsada por tais valores. Exemplo de tal realidade, mais uma vez fornecido pelos autores supramencionados é o que ocorre no Metrô – Companhia do Metropolitano do Estado de São Paulo, no âmbito dos bilhetes especiais destinados a idosos e desempregados. Por decisão do controlador, tais categorias de usuários não pagam pelo transporte realizado, sendo os respectivos custos posteriormente reembolsados ao Metrô pelo Estado de São Paulo. A transferência de tais valores não representa a subvenção a que se refere o *caput* do art. 18 da Lei n. 4.320/64, apta a gerar a situação de dependência da empresa estatal do art. 2º, inciso III, da LRF, mas sim reembolso por ter sido utilizada como intermediária de tal subvenção econômica às mencionadas categorias de usuários.

O grande efeito de tal classificação, empresas estatais dependentes e não dependentes, está nas limitações orçamentárias impostas àquelas, “quanto à geração de despesas, incluindo aquelas com pessoal e seguridade social, e ao endividamento, inclusive em relação à realização de operações de crédito. Igualmente, sujeitam-se à possibilidade de contingenciamento dos recursos, pois que atrelados aos entes federativos controladores, que são passíveis de limitação de empenho.”<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Alexandre Santos de Aragão. **Empresas estatais...**, cit., p. 214. Na linha das limitações de remuneração dos agentes nas empresas estatais dependentes, o Tribunal de Contas da União já expediu determinação à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, do Ministério do Planejamento, para que assegure que tais empresas não realizem o pagamento de Participação nos Lucros e Resultados a seus empregados, bem como remuneração acima do limite do teto constitucional (Ac. 937/2019 – Plenário).

### 1.3. A insuficiência dos critérios tradicionais para a presente tese.

14. Tais critérios, no entanto, não nos parecem suficientes para individualizar o objeto de estudo da presente tese, de modo que outros serão buscados para a análise da implementação de políticas de fomento por empresas estatais.

15. O *primeiro critério*, que busca classificar as empresas estatais de acordo com suas atividades (prestação de serviço e exploração de atividade econômica) é insuficiente por dois motivos.

De um lado, ela não encontra base normativa. Do ponto de vista constitucional, além de inexistir apartação total entre a exploração de atividades econômicas pelo Estado (art. 173 da CF) e a prestação de serviços públicos (art. 175 da CF) – decorrendo, na verdade, esta atividade daquela autorização –, não há na Constituição qualquer dispositivo que nos permita chegar à conclusão de que as empresas estatais devem ser classificadas de acordo com os esses dois blocos estanques de atividades.

Trata-se de critério criado pela doutrina, a partir de uma noção de serviço público prestado em regime de monopólio pelo Estado – o que não mais se apresenta na realidade –, com finalidade didática, mas sem a preocupação em analisar a realidade complexa e plural das empresas estatais nacionais. Buscou a doutrina, por tal critério, definir o regime jurídico aplicável a cada tipo de empresa estatal, criando, por meio de “critérios interpretativos do ordenamento jurídico que levam a grandes sínteses”<sup>89</sup>, a apartação das estatais, sem, no entanto, que haja base constitucional para tanto, ou mesmo que tenha havido nas Constituições anteriores.

Do ponto de vista legal, jamais houve, desde a edição do Decreto-Lei n. 200/67, que definiu os conceitos de sociedade de economia mista<sup>90</sup> e de empresa pública<sup>91</sup>,

---

<sup>89</sup> Henrique Motta Pinto. O ocaso da dicotomia..., cit., p. 643.

<sup>90</sup> Nos termos do art. 5º, inciso III, do DL n. 200/67, sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.” (redação determinada pelo DL 900/69).

<sup>91</sup> De acordo com o artigo 5º, inciso II, do DL n. 200/67, empresa pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.” (redação original do dispositivo).



manifestação legislativa para a separação de tais entidades em prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica da forma estanque e monobloco como apregoado pela doutrina e pela jurisprudência. Com o advento da Lei n. 13.303/16, a separação das empresas estatais de acordo com a atividade prestada restou afastada do ordenamento jurídico nacional, uma vez que, ao definir o âmbito de vigência da lei, o artigo 1º afirma:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

Assim, a abrangência da referida lei é geral para todas as empresas estatais, independentemente da atividade prestada<sup>92</sup>, havendo cortes em relação às regras aplicáveis de acordo com a receita operacional bruta de tais entidades, nos termos do §1º, do artigo 1º<sup>93</sup>. Neste passo, a classificação doutrinária, além de não ser suficiente para captar a realidade plural e complexa das empresas estatais nacionais, é descompassada com a legislação vigente, de modo que não pode servir de critério para a classificação de tais entidades.

**16. O segundo critério**, que trata das empresas estatais de acordo com sua dependência econômica em relação ao ente controlador, por mais que decorra da legislação, não parece ser suficiente para esgotar o recorte metodológico do presente trabalho. Com efeito, o conflito, ao menos potencial, entre missão econômica e utilização das empresas

---

<sup>92</sup> Tal aspecto é destacado por Márcio Iorio ARANHA, nos seguintes termos: “O Estatuto Jurídico das Estatais, portanto, embora aparentemente responda tão somente ao clamor histórico de regulamentação do art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda à Constituição nº 19/1998, vai muito além para englobar também empresas estatais prestadoras de serviço públicos ou cuja atividade econômica se submeta ao regime de monopólio. Decerto, a Lei nº 13.303/2016 pode ser vista como regulamentação do art. 173, §1º, da Constituição, mas também se apresenta como disciplina de entes não submetidos àquela referência constitucional.” (O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In* João Otávio de Noronha; Ana Frazão; Daniel Augusto de Mesquita (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n 13.303/2016**. 2017, p. 48)

<sup>93</sup> “§1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).”.

estatais para finalidades subsidiárias nos parece ser mais presente nas empresas estatais não dependentes, uma vez que a sustentabilidade econômica é inerente à sua atuação, além de estes tipos societários serem os mais propensos a atrair capital privado, no caso de serem sociedades de economia mista.

As empresas estatais dependentes, por sua vez, acabam por não representar atratividade ao capital privado, se constituídas sob a forma de sociedades de economia mista<sup>94</sup>, bem como possuem gestão menos afeta às tendências do mercado privado, no que toca à eficiência empresarial, uma vez que anualmente, os recursos do Tesouro serão aportados para fazer frente às despesas de custeio e capital, especialmente as empresas estruturalmente dependentes.

Assim, em suma, a nossa análise se focará no universo das empresas estatais não dependentes, mas, dentro dele, será necessário, ainda, fazer outros cortes metodológicos, conforme analisado no tópico a seguir.

## **2. Os recortes metodológicos para a delimitação do objeto desta tese.**

**17.** Dentro, então, desta necessidade de estabelecer os cortes metodológicos para a delimitação do objeto da tese, entendemos que os três critérios a seguir são suficientes para a melhor individualização do que será estudado nos demais capítulos desta tese.

### **2.1. O primeiro corte metodológico: as empresas estatais “não fomentadoras por natureza” e seus elementos constitutivos.**

**18.** O primeiro corte diz respeito ao tipo de empresas estatais que serão estudadas. Neste passo, fazemos uma grande apartação, levando em consideração o objeto social das

---

<sup>94</sup> Inclusive, a situação de dependência da empresa estatal, especialmente da estatal estruturalmente dependente, tem levado a doutrina a afirmar a inconveniência de que este tipo societário seja criado sob a forma de sociedade de economia mista, “já que a presença de acionistas privados em uma empresa não voltada ao lucro seria meramente figurativa ou formal e, pior, todo repasse que fosse feito pelo ente público que episodicamente ultrapassasse as despesas totais da companhia, representaria uma transferência de dinheiro público para o acionista privado mediante a distribuição de lucros: adviria não de remunerações contratuais de mercado, mas de repasses de verbas orçamentárias públicas.” (Alexandre Santos de Aragão. **Empresas estatais...**, cit., p. 218)

empresas estatais. Neste passo, separamos tais entidades em “empresas estatais fomentadoras” e “empresas estatais não fomentadoras”, considerando a natureza de seus objetos sociais.

**18.1.** No primeiro grupo, estão aquelas empresas que, como a própria denominação por nós criada, possuem como objeto social a atividade de fomento, ou seja, enquanto atividade finalisticamente desempenhada pela administração pública.

Integram esta categoria empresas como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)<sup>95</sup>, a Agência de Fomento do Estado de São Paulo S.A. (Desenvolve-SP)<sup>96</sup>, entre outras empresas estatais que possuem como função primordial a atividade fomentadora a entidades públicas e privadas.

Elas estão excluídas do objeto desta tese, uma vez que, sendo a sua finalidade social o fomento a atividades privadas, o dilema entre missão econômica e objetivos subsidiários fomentadores afigura-nos de menor relevância, se compararmos o exercício desta função (fomento administrativo) com as empresas estatais cujos objetos sociais não envolvem o fomento.

Com efeito, no âmbito das “empresas estatais fomentadoras”, os questionamentos que podem ser realizados às políticas de fomento por elas desempenhadas recaem, a nosso ver, mais sobre seus aspectos (por exemplo, critérios utilizados, planejamento e acompanhamento, beneficiários da ação de fomento etc.), do que efetivamente a respeito do exercício de tal função por tais entidades. Afinal, elas existem para exercer o fomento.

**18.2.** Situação diversa envolve as políticas de fomento implementadas pelas aqui denominadas “empresas estatais não fomentadoras”. Nestas, o conflito entre a missão econômica e os objetivos subsidiários decorrentes da função social são mais latentes, além

---

<sup>95</sup> De acordo com os artigos 3º e 4º do seu Estatuto Social, a finalidade do Banco é promover o fomento da iniciativa privada: “**Art. 3º** O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País”. “**Art. 4º** O BNDES exercerá suas atividades, visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público”.

<sup>96</sup> A Desenvolve-SP teve sua criação autorizada pelo artigo 9º da Lei estadual n. 10.853/01, e regulamentada pelo Decreto estadual n. 52.142/07. Nos termos de seu Estatuto Social, ela possui como objeto “a promoção do desenvolvimento econômico no Estado de São Paulo, podendo, para tanto, conceber e implantar ações de fomento sob as diferentes modalidades a que alude a Resolução nº 2.828, de 30 de março de 2001, do Conselho Monetário Nacional, ou outras que venham a substituí-la ou alterá-la, e demais normas que regulam as Agências de Fomento, incluindo o financiamento de capital fixo e de giro associados a projetos produtivos no Estado de São Paulo e a administração dos Fundos Especiais de Financiamento e Investimento do Estado de São Paulo”.

de haver a possibilidade de utilização abusiva por parte do acionista controlador da empresa estatal para finalidades de alegado interesse público.

Além disso, tais empresas prestam serviços e executam atividades que, em regra, são livres aos demais agentes do mercado, podendo haver a concorrência entre elas e as empresas privadas, hipótese que não ocorre, por exemplo, com a FINEP ou o BNDES em tal magnitude.

**18.3.** Na presente tese, tomaremos o termo “não fomentadoras por natureza” em dois sentidos. No primeiro, temos as empresas estatais que não foram constituídas com o objetivo de fomentar atividades, mas sim de explorar economicamente atividades de relevância coletiva. Pensemos, por exemplo, no caso da Petrobrás. De acordo com seu estatuto social, ela possui o seguinte objeto:

“Art. 3º- A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins.

§1º- As atividades econômicas vinculadas ao seu objeto social serão desenvolvidas pela Companhia em caráter de livre competição com outras empresas, segundo as condições de mercado, observados os demais princípios e diretrizes da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

§2º- A Petrobras, diretamente ou através de suas subsidiárias integrais e de suas controladas, associada ou não a terceiros, poderá exercer no País ou fora do território nacional qualquer das atividades integrantes de seu objeto social”.

Ao adquirir ações de tal companhia, o acionista privado sabe que serão exercidas as atividades acima descritas, com a exploração das quais espera que a empresa obtenha lucros que serão divididos entre seus acionistas. Seria válido, então, à Petrobrás desenvolver ação de fomento no domínio socioeconômico, tal qual ocorre no âmbito do Programa Petrobrás Socioambiental<sup>97</sup>? Se sim, qual o limite dos valores investidos? Quais parâmetros podem ser utilizados para a determinação dos locais e áreas a serem objeto do fomento?

---

<sup>97</sup> Estudaremos este programa no capítulo 2 da Parte 2 desta tese.

Ainda em relação à Petrobrás – caso o preço dos combustíveis de automóveis impacte na comercialização e produção de veículos –, seria lícito à empresa estatal realizar a venda de combustíveis em valor inferior ao de mercado, sob o argumento de estímulo à economia?

**18.4.** De outro lado, tomamos o termo “não fomentadoras por natureza” no sentido de que a empresa estatal não é destinada, pela Lei de criação e pelo Estatuto Social, ao fomento da atividade realizada, de modo que a ação fomentadora por ela praticada foge ao objeto social.

Pensemos, por exemplo, no Banco do Brasil. Na condição de banco estatal, ele possui atribuição legal e estatutária para atuar como agente de fomento de políticas da administração, mediante a celebração de contrato, pelo qual, dentre outros, haja o repasse de recursos do Tesouro ou a equalização das taxas de juros praticadas (arts. 5º e 6º do Estatuto Social)<sup>98</sup>.

No entanto, ele não é competente para exercer fomento à cultura ou ao esporte, como tem ocorrido há anos, o que coloca questionamentos a respeito da validade de tais ações de fomento, as escolhas realizadas, os valores destinados a tais atividades etc.

**18.5.** Tais questões colocam-se de modo forte em relação a tais empresas, uma vez que o exercício de funções atípicas por elas – considerando seus objetos sociais – pode levar a questionamentos de três ordens.

Em primeiro plano, em relação à própria viabilidade jurídica de tais empresas exercerem atividades não ligadas diretamente ao seu objeto social. Nesta linha, e ainda com base no exemplo da Petrobrás, a realização de atividades voltadas à preservação de espécies animais em áreas de atuação da empresa – sem que sejam decorrentes de atos ilícitos e, portanto, como obrigação legal de reparar danos ambientais – pode ser questionada, ante a

---

<sup>98</sup> “**Art. 5º.** O Banco contratará, na forma da lei ou regulamento, diretamente com a União ou com a sua interveniência: I – a execução dos encargos e serviços pertinentes à função de agente financeiro do Tesouro Nacional e às demais funções que lhe forem atribuídas por lei; II – a realização de financiamentos de interesse governamental e a execução de programas oficiais mediante aplicação de recursos da União ou de fundos de qualquer natureza; e III – a concessão de garantia em favor da União. Parágrafo único. A contratação de que trata este artigo fica condicionada, conforme o caso: I – à colocação dos recursos correspondentes à disposição do Banco e ao estabelecimento da devida remuneração; II – à prévia e formal definição dos prazos e da adequada remuneração dos recursos a serem aplicados em caso de equalização de encargos financeiros; III – à prévia e formal definição dos prazos e da assunção dos riscos e da remuneração, nunca inferior aos custos dos serviços a serem prestados; e IV – à prévia e formal definição do prazo para o adimplemento das obrigações e das penalidades por seu descumprimento. Seção III – Relações com o Banco Central do Brasil. **Art. 6º** O Banco poderá contratar a execução de encargos, serviços e operações de competência do Banco Central do Brasil, desde que observado o disposto no parágrafo único do artigo 5º deste Estatuto”.

realização de política pública por meio de empresa que não foi constituída para esta finalidade.

Em segundo plano, a perseguição de objetivos subsidiários pelas empresas estatais pode ser objeto de questionamento no que toca à autonomia da implementação de políticas públicas e dos objetivos perseguidos. Com efeito, não se pode desconsiderar o risco de que o Estado, na condição de acionista majoritário da empresa estatal, tente direcionar a atuação da entidade para interesses diversos daqueles que justificaram a sua criação e que estão expressos na lei que autorizou a sua instituição e em seu ato de constituição.

Em terceiro lugar, admitindo-se a possibilidade de atuação subsidiária das empresas estatais, é possível haver questionamentos em dois sentidos: (i) com relação às ações a serem realizadas (quais medidas de fomento serão implementadas), e (ii) com relação aos montantes investidos (valores despendidos, tempo de realização das ações de fomento etc.).

Todos esses elementos parecem demandar o estudo da função de fomento pelas empresas estatais “não fomentadoras por natureza”, com a finalidade de investigar academicamente tais questões, bem como os meios jurídicos existentes no ordenamento jurídico nacional para solucioná-las.

## **2.2. O segundo recorte metodológico: as empresas estatais com atuação relevante no mercado.**

**19.** O segundo recorte metodológico trata das empresas estatais com atuação relevante no mercado. Este ponto demanda maiores esclarecimentos, ante o subjetivismo que tal expressão carrega.

De modo geral, é possível afirmar que a atuação empresarial estatal pode ocorrer nos seguintes ambientes: “(i) prestação de serviços públicos de titularidade estatal; (ii) exploração de monopólio; e (iii) exercício de atividade econômica sujeita a livre-iniciativa e em regime de competição com empreendedores privados”<sup>99</sup>. Cada um desses ambientes possui peculiaridades que impõem atuação diversificada por parte das empresas estatais,

---

<sup>99</sup> Henrique Motta PINTO e Mario Engler PINTO JÚNIOR. **Empresas estatais**, cit., p. 43.

sendo certo que essas peculiaridades colocam em evidência a necessidade de análise separada de tais entidades de acordo com o ambiente de atuação, de modo a melhor compreender a sua atuação e as regras aplicáveis às suas atividades.

A título de exemplo, no caso brasileiro, empresas como EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A.), CMB (Casa da Moeda do Brasil), Banco do Brasil S.A. (Banco do Brasil), METRÔ SP (Companhia do Metropolitano de São Paulo), CODASP (Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo) e SABESP (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo), apesar de poderem ser reunidas sob a denominação de *empresas estatais*, representam realidades distintas e inseridas em ambientes diversificados.

Todas elas possuem traços comuns – justamente o que permite enquadrá-las na categoria macro de empresas estatais e, dentro dela, das categorias empresa pública e sociedade de economia mista, a depender de seu contorno jurídico – característicos dessas entidades da administração indireta.

No entanto, tais empresas possuem diferenças marcantes em relação às suas missões institucionais, às interações com os agentes privados atuantes no mercado e à própria configuração deste. Aspectos como o setor econômico em que a atuação ocorre, a existência de monopólio, legal ou natural, na exploração da atividade desempenhada pela empresa estatal, a configuração do mercado privado no qual ela se enquadra etc., impõem, a nosso ver, àqueles que se dedicam ao estudo de tais entidades buscar critérios funcionais para analisá-las.

Mais do que a tradicional visão *estruturalista* das empresas estatais, interessa-nos a visão *funcionalista*<sup>100-101</sup> de tais entidades, o que nos remete à necessidade de estabelecer critérios que venham a apartá-las de acordo com as funções que desempenham no mercado e como interagem com os diversos agentes que o compõe.

---

<sup>100</sup> Para a análise funcional do Direito, cujas lições nos parecem aplicáveis para a classificação das empresas estatais, conferir dois textos de Norberto Bobbio publicados na coletânea **Da estrutura à função** (2007): Em direção a uma teoria funcionalista do direito, p. 53-79; e A análise funcional do direito: tendências e problemas, p. 81-113.

<sup>101</sup> É verdade que a separação das empresas estatais em prestadoras de serviços e executoras de atividade econômica também nos remete a uma classificação funcional, uma vez que leva em consideração “para que a empresa estatal serve”, parafraçando Bobbio (Em direção a uma teoria funcionalista do direito..., cit., p. 53). No entanto, trata-se de *classificação funcional em bloco*, que não observa as diferenças marcantes das empresas estatais em relação ao mercado em que atuam, razão pela qual, a nosso ver, mostra-se pouco – ou nada – aderente à realidade.

Assim, exemplificativamente, a posição do Banco do Brasil S.A. em relação ao mercado de crédito no varejo<sup>102</sup>, seja no que diz respeito à competição com agentes privados, seja no aspecto regulatório de tal mercado, é diferente da posição da Petrobrás<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> O papel do Banco do Brasil no âmbito da política creditícia e financeira do Governo Federal foi estipulado pelo artigo 19 da Lei n. 4.595/64: “**Art. 19.** Ao Banco do Brasil S. A. competirá precipuamente, sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal: **I** - na qualidade de Agente, Financeiro do Tesouro Nacional, sem prejuízo de outras funções que lhe venham a ser atribuídas e ressalvado o disposto no [art. 8º, da Lei nº 1628, de 20 de junho de 1952](#): a) receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais e ainda o produto das operações de que trata o art. 49, desta lei; b) realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda, as quais não poderão exceder o montante global dos recursos a que se refere a letra anterior, vedada a concessão, pelo Banco, de créditos de qualquer natureza ao Tesouro Nacional; c) conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal; d) adquirir e financiar estoques de produção exportável; e) executar a política de preços mínimos dos produtos agropastoris; f) ser agente pagador e recebedor fora do País; g) executar o serviço da dívida pública consolidada; **II** - como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos, ressalvados o disposto no § 5º deste artigo, as exceções previstas em lei ou casos especiais, expressamente autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil; **III** - arrecadar os depósitos voluntários, à vista, das instituições de que trata o inciso III, do art. 10, desta lei, escriturando as respectivas contas; [\(Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.284, de 1986\)](#); **IV** - executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis; **V** - receber, com exclusividade, os depósitos de que tratam os [artigos 38, item 3º, do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940](#), e 1º do Decreto-lei nº 5.956, de 01/11/43, ressalvado o disposto no art. 27, desta lei; **VI** - realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central da República do Brasil, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; **VII** - realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central da República do Brasil, mediante contratação na forma do art. 13, desta lei; **VIII** - dar execução à política de comércio exterior ([Vetado](#)); **IX** - financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural, nos termos da legislação que regular a matéria; **X** - financiar as atividades industriais e rurais, estas com o favorecimento referido no art. 4º, inciso IX, e art. 53, desta lei; **XI** - difundir e orientar o crédito, inclusive às atividades comerciais suplementando a ação da rede bancária; a) no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do País; b) no financiamento das exportações e importações. **§1º** - O Conselho Monetário Nacional assegurará recursos específicos que possibilitem ao Banco do Brasil S. A., sob adequada remuneração, o atendimento dos encargos previstos nesta lei. **§2º** - Do montante global dos depósitos arrecadados, na forma do inciso III deste artigo o Banco do Brasil S. A. Colocará à disposição do Banco Central da República do Brasil, observadas as normas que forem estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a parcela que exceder as necessidades normais de movimentação das contas respectivas, em função dos serviços aludidos no inciso IV deste artigo. **§3º** - Os encargos referidos no inciso I, deste artigo, serão objeto de contratação entre o Banco do Brasil S. A. e a União Federal, esta representada pelo Ministro da Fazenda. **§4º** - O Banco do Brasil S. A. prestará ao Banco Central da República do Brasil todas as informações por este julgadas necessárias para a exata execução desta lei. **§5º** - Os depósitos de que trata o inciso II deste artigo, também poderão ser feitos nas Caixas econômicas Federais, nos limites e condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.”

<sup>103</sup> O objeto social da PETROBRÁS e os regimes de competição e interação da empresa no mercado estão estipulados no artigo 61 da Lei n. 9.478/97: “**Art. 61.** A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. **§1º** As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei. **§2º** A PETROBRÁS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias,



em relação ao mercado de petróleo, tanto no aspecto concorrencial com outras empresas no setor, quanto na criação de mercado de empresas fornecedoras de bens e serviços a ela<sup>104</sup>. Assim, apesar de ambas as empresas estatais explorarem atividades econômicas, suas funções na economia são diferentes, o que, a nosso ver, demanda que sejam consideradas de modo diverso para a finalidade de analisar as suas políticas de fomento.

Neste passo, dentro desta tese, parece-nos necessário estipular critérios que levem em consideração as funções desempenhadas por tais entidades nos mercados em que atuam, de modo a separar as diversas empresas estatais em critério funcional que nos permita examinar o objeto deste trabalho: “a implementação de políticas de fomento por empresas estatais: entre missão econômica e objetivos subsidiários”.

**20.** Assim, o presente estudo partirá da análise das empresas estatais em relação ao mercado no qual se inserem e da forma como se relacionam com ele. Com efeito, ao estudarmos uma forma de atuação estatal na economia – o fomento administrativo implementado por empresas estatais – parece necessário que a pesquisa leve em consideração a posição no mercado de tais entidades e como as ações de fomento são influenciadas pelas demais empresas, ao mesmo tempo em que as influenciam, considerando a visão institucionalista do mercado que apresentaremos no Capítulo 2 desta Parte I.

**21.** De outro lado, além de verificar as diferentes faces que as empresas estatais possuem no mercado, interessa-nos estudar aquelas que possuem função relevante nos seus respectivos mercados, assim consideradas aquelas cujas ações efetivamente podem impactá-los de modo significativo. Assim, o recorte metodológico se centra nas estatais cujas atuações são importantes seja para constituir um novo mercado de fornecedores de produtos e serviços para elas (p. ex. Petrobrás e Eletrobrás), seja para atuar de modo concorrencial com empresas privadas que participam do mesmo mercado (p. ex. Banco do Brasil).

A nosso ver, são estas ações que efetivamente concretizam a atuação forte do Estado na economia, direcionando a ação de agentes privados, sejam eles fornecedores ou concorrentes, possibilitando, ao mesmo tempo, a valorização da empresa estatal e a

---

associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do território nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social.”.

<sup>104</sup> Conforme verificaremos no Capítulo 2 da Parte II, a Petrobrás possui papel central para a economia nacional, em virtude da grande quantidade de empresas privadas que fornecem bens e serviços a ela.

possibilidade de sua utilização fora dos limites legais para o alcance de finalidades de interesse público.

### **2.3. O terceiro corte metodológico: as empresas estatais federais.**

24. Por fim, cumpre traçar o terceiro recorte metodológico, ligado à esfera federativa na qual iremos buscar as empresas para estudo. Dentro da miríade de empresas estatais no Brasil, optamos por focar o estudo nas empresas federais, por dois motivos.

Em primeiro lugar, pois as empresas federais possuem, em geral, maior relevância econômica nacional e internacional, do que as empresas estaduais, distritais e municipais. Evidentemente, a afirmação merece ponderação, pois há exceções de empresas estaduais muito importantes economicamente, do que é exemplo a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp.

No entanto, tal importância não é verificada em diversas outras empresas estaduais, mesmo no Estado de São Paulo, sendo esta característica mais presente nas empresas estaduais de saneamento básico, o que limitaria o estudo a respeito das empresas com relevância no mercado para empresas focadas neste nicho de mercado.

Conforme ficará mais claro ao longo desta tese, nosso parâmetro de análise da ação fomentadora das empresas estatais não é o tipo de serviço em que atuam, mas sim (i) o grau de autonomia que possuem na implementação de ação de fomento; e (ii) o tipo de interação que possuem com o mercado no qual inseridas.

Em segundo lugar, a amplitude de ação e a importância das empresas estatais federais faz com que sobre elas sejam realizados estudos em diversas áreas, jurídicos, econômicos, políticos etc., o que fornece material de análise mais robusto do que aquele produzido para empresas estatais das demais esferas federativas.

Assim, a análise dos cortes metodológicos do presente trabalho nos levou a abordar as empresas estatais federais.

## SEÇÃO 2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA FOMENTADORA: TENTATIVA DE ANÁLISE OPERACIONAL PARA A PRESENTE TESE.

### 1. As dificuldades em torno da conceituação do fomento administrativo.

23. O tema do fomento suscita diversos desafios àqueles que se dedicam ao seu estudo jurídico. As dificuldades começam pela utilização de interação público-privada para o alcance de finalidades públicas, sem a utilização dos tradicionais meios estatais para tratar desta relação: a ideia de comando e sanção. Na realidade, a ideia geral do fomento é a de utilização de mecanismo privado (autonomia da vontade) para o engajamento do particular em atividades que interessam à coletividade e que, por tal razão, são estimuladas pelo Estado<sup>105</sup>.

24. No Brasil, o tema está tratado em diversas leis esparsas<sup>106</sup>, cada qual regulando os incentivos conferidos pela administração pública às atividades privadas que geram benefícios à coletividade, bem como os respectivos instrumentos de implementação e os regimes jurídicos próprios. Tais leis, em geral, sequer mencionam o termo *fomento* em seus respectivos textos, tratando diretamente das medidas a serem adotadas para o incentivo às atividades a que dizem respeito.

Assim, por exemplo, podem ser enquadrados na categoria de fomento administrativo (i) os benefícios fiscais conferidos pelo Estado a determinados grupos empresariais<sup>107</sup>; (ii) a transferência de bens e servidores públicos para que pessoa jurídica

---

<sup>105</sup> Conforme anota Maria João ESTORNINHO, o crescimento da atividade fomentadora do Estado, em meados do século XX, levou a doutrina alemã a construir a teoria dos dois níveis, tendo em vista que a administração pública se “serve de meios jurídico-privados para a prossecução das duas tarefas jurídico-públicas”. (**A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. 2009, p. 111). Com base nesta contatação, a referida teoria foi criada, dispondo que tais relações jurídicas ocorrem em dois níveis: no primeiro, de direito público, há um processo administrativo de determinação da concessão da subvenção; no segundo, de direito privado, celebra-se um contrato com o particular contemplado pela subvenção. Tal teoria, no entanto, foi questionada e acabou por cair em desuso, sobretudo ante a dificuldade de se determinar onde começa e onde terminada cada nível, além dos questionamentos a respeito da cisão clara entre direito público e direito privado (Ob. cit., p. 109-120). Independentemente da sobrevivência dessa teoria, o fato é que a figura do fomento administrativo suscitou questões e problemas interpretativos desde o primeiro momento em que começou a ser utilizada.

<sup>106</sup> Nesse passo, o direito brasileiro se diferencia do direito espanhol, que possui uma lei geral para tratar das subvenções financeiras concedidas pela administração pública, a Ley 38, de 17 de novembro de 2003.

<sup>107</sup> Exemplo deste tipo de fomento é o de fomento à indústria automotiva, como no caso do recém implementado Programa IncentivAuto, do Estado de São Paulo. Por meio dele, o Estado concederá desconto no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) das montadoras de veículos que invistam ao

privada execute atividades de interesse coletivo<sup>108</sup>; (iii) o direcionamento do poder de compra estatal para determinados grupos<sup>109</sup>; (iv) a estipulação de premiações e títulos honoríficos para agentes privados (pessoas físicas e jurídicas) que executarem ações de interesse coletivo<sup>110</sup>, que recentemente foram revigoradas com ações de promoção reputacional de empresas e pessoas físicas que realizam atividades que beneficiam a coletividade<sup>111</sup>; (v) a concessão de bens públicos para atividades de interesse coletivo<sup>112</sup>.

---

menos R\$ 1 bilhão em seus parques fabris localizados no Estado de São Paulo, bem como gerem pelo menos 400 (quatrocentos) empregos. (Cf. Hugo Passarelli. Doria lança pacotes de incentivos para montadoras em SP. **Valor Econômico**, publicado em 08.03.2019 <<https://www.valor.com.br/brasil/6150591/doria-lanca-pacote-de-incentivos-para-montadoras-em-sp>>, acesso em 19.03.2019. Cristiano Romero e Marli Olmos. SP dará desconto gradual de ICMS para montadoras. **Valor Econômico**, publicado em 19.03.2019, disponível em <<https://www.valor.com.br/empresas/6167297/sp-dara-desconto-gradual-de-icms-para-montadoras>>, acesso em 19.03.2019).

<sup>108</sup> Tal qual ocorre no âmbito das Organizações Sociais, Exemplo de tal argumento pode ser verificado no âmbito das Organizações Sociais, prevendo os artigos 12 a 14 da Lei n. 9.637/98, como medidas de fomento, a transferência de recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, com valores pagos pela origem (= órgão público de onde procedem os servidores transferidos).

<sup>109</sup> Como ocorre no âmbito das contratações públicas voltadas apenas para as micro e pequenas empresas, nos termos dos artigos 48, *caput*, inciso I, da LC 123/06, com redação determinada pela LC 147/2014, que determina: “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)”.

<sup>110</sup> Tal aspecto, por mais que esteja em desuso no Brasil – afinal, a concessão de títulos honoríficos e comendas não parece ser grande atrativo no século XXI – pode ser vislumbrada no âmbito de premiações para atividades de interesse coletivo, do que nos parece ser exemplo as Olimpíadas Brasileiras de Matemática das Escolas Públicas e Privadas – OBMEP, que distribuem premiações (medalhas e menções honrosas) para alunos, professores, escolas e Secretarias Municipais de Educação, de acordo com os respectivos desempenho nas provas que integram a OBMEP. De acordo com o regulamento de tal concurso, ele é organizado pela Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada – IMPA, com apoio da Sociedade Brasileira de Matemática – SBM, promovida com recursos oriundos do contrato de gestão firmado pelo IMPA com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC e com o Ministério da Educação – MEC (<http://www.obmep.org.br/regulamento.htm>, acesso em 06.03.2019).

<sup>111</sup> Exemplo desta realidade pode ser verificado em programas como o Adote uma Praça, do município de São Paulo, segundo o qual pessoas físicas ou jurídicas podem obter da prefeitura para executar ações de manutenção e zeladoria de praças e áreas verdes urbanas, adquirindo o direito de afixar em tais locais placas com seus nomes e logomarcas, para demonstrar seu engajamento em tal ação (cf. Decreto municipal n. 57.583/17). Outro aspecto deste tipo de ação pode ser verificado na prática que ganhou força a partir de 2017, quando algumas prefeituras passaram a contar com doações de bens e serviços fornecidas por empresas privadas que, em troca, tiveram a possibilidade de vincular seus nomes e marcas a ações de interesse coletivo. (Cf. Guilherme Jardim Jurksaitis e André Castro Carvalho. Doações de empresas a prefeituras: o caso do município de São Paulo e a experiência internacional. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, n. 56, jan./mar. 2017, p. 127-131; Pedro de Hollanda Dionísio. A exploração da imagem empresarial como instrumento regulatório: entre o constrangimento público e o fomento reputacional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 60, out./dez. 2017, p. 203-222).

<sup>112</sup> Como ocorre, por exemplo, no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei n. 12.305/10. Em diversos dispositivos, as cooperativas de catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis são tratadas como importantes agentes dentro do sistema de tratamento de resíduos sólidos, inclusive para as finalidades de priorização dos recursos federais a serem repassados aos Municípios para a implantação de seus planos de resíduos sólidos (cf., por exemplo, art. 8º, inciso IV; art. 18, §1º, inciso II; e art. 19, *caput*, inciso XI). Nos termos do art. 42, inciso III, “[o] poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de: (...) III - implantação de infraestrutura física e

Justamente em virtude desta característica, é que há dificuldades àqueles que se dedicam ao seu estudo. Ao mesmo tempo em que é atividade esparsa e presente em diversas ações administrativas, podendo ser implementada por diversos meios, ela não possui um conceito normativo que permita àqueles que se dedicam ao seu estudo construir um consenso em torno dos elementos aptos a identificá-la. Há, portanto, pluralidade de ações envolvendo estímulos conferidos pelo Estado a atividades privadas de relevância pública.

Assim como ocorre com o conceito de serviço público, fonte inesgotável de divergências e debates doutrinários, em decorrência da ausência de um critério fixado legalmente<sup>113</sup>, o fomento acaba por ter os seus elementos determinados de acordo com os diversos entendimentos que os autores possuem a respeito da matéria, bem como do ângulo sob o qual analisam a atividade fomentadora.

Vale notar, que o apoio da doutrina para a identificação do que seja a atividade administrativa de fomento é necessário, uma vez que a sua correta delimitação depende da resposta perguntas que nos auxiliem na individualização desta atividade frente a outras realizadas pela administração pública.

Por mais que não tenhamos a pretensão de tratar a respeito da teoria geral do fomento administrativo no Brasil, parece-nos importante partir das concepções doutrinárias de fomento – ante a ausência de um conceito normativo –, com a finalidade de podermos

---

aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda”. Tais incentivos podem consistir na doação pela administração pública de terrenos para a construção da sede social da cooperativa, ou mesmo “na transferência de recursos econômicos, capacitação, formação ou assessoria técnica aos catadores, a doação de equipamentos, máquinas e veículos voltados à finalidade da associação e cooperativa de catadores de materiais recicláveis ou o desenvolvimento de novas tecnologias”. (Augusto César L. Resende e Emerson Gabardo. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 53, jul./set. 2013, versão eletrônica). Apontam os autores, com base em relato de J. Amilton de Souza, que, na constituição da associação dos catadores da cidade de Santos, nos anos 1980, a administração pública teve papel fundamental, “através da doação de um terreno para a edificação da sede da associação e de sucessivas parcerias, mediante convênio, para conseguir recursos financeiros necessários à manutenção e ao desenvolvimento das atividades institucionais da associação, de modo que sem tais incentivos a referida associação não teria existido”.

<sup>113</sup> A respeito da construção histórica das diversas concepções de serviço públicos, bem como de suas controvérsias, cf. Vitor Rhein Schirato. **Livre iniciativa nos serviços públicos**, 2012, especialmente p. 37 a 93; Para um panorama das dificuldades decorrentes da ausência de definição legal de serviço público no âmbito do direito francês, cf. Jacques Caillose. **La constitution imaginaire de l'administration**, 2008, p. 27 a 75.

verificar quais seus traços característicos, o que servirá de bússola para a fixação de uma concepção operacional de fomento para a presente tese<sup>114-115</sup>.

### **1.1. Primeira aproximação da doutrina brasileira sobre a atividade administrativa de fomento.**

25. Mesmo no âmbito doutrinário, a análise do fomento não é realizada de modo uníssono pelos autores que tratam do assunto. Apesar de todos eles destacarem aspectos comuns – como a questão da existência de um benefício a ser conferido aos particulares que executam determinada atividade privada de interesse coletivo, como medida apta a estimulá-los a exercê-la –, as abordagens sobre o tema e mesmo as regras a serem seguidas pela administração pública na estipulação e execução da medida fomentadora variam de acordo com cada um<sup>116</sup>.

Na tentativa de sistematizar as abordagens realizadas pelos doutrinadores, agrupamos os elementos por eles trazidos em uma análise que seja útil para as finalidades deste capítulo. Neste passo, de modo geral, é possível identificar duas linhas de abordagem na doutrina brasileira: (i) a primeira, de caráter mais amplo, cuja conceituação é realizada tendo em vista uma “atividade de caráter geral” da administração, um instituto geral do

---

<sup>114</sup> Aqui cabe uma observação metodológica. No sistema jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica, a principal fonte do direito é a legislação, seja aquela oriunda do Parlamento, seja a oriunda do Executivo ou mesmo, mais recentemente, do Poder Judiciário, com base nas Súmulas Vinculantes (EC 45/04). Não nos parece caber à doutrina a tarefa de tecer conceituações jurídicas ou fixar regimes jurídicos contra disposições legais. Cabe a ela, sim, analisar os termos da lei e mesmo sistematizar as diversas manifestações legislativas de um instituto jurídico, com a finalidade de congregar a legislação e jurisprudência sobre determinado tema, mas sem a pretensão de constituir o direito. Neste sentido, a análise da doutrina que faremos nesta seção possui um sentido instrumental, não constitutiva do que seja fomento, nem dos regimes a ele aplicáveis, que são fornecidos pelo legislador ou pelo administrador público, a depender do agente competente para a fixação das regras. Neste passo, importantes as considerações de José Vicente Santos de MENDONÇA, no sentido de que “[a] teoria jurídica não pode se limitar a ser discurso legislativo indireto, digressões bizantinas sobre naturezas jurídicas, coletâneas de classificações anódinas.” (**Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2014, p. 384).

<sup>115</sup> Assim como na parábola dos cegos e do elefante, a ausência do conceito normativo de fomento nos leva à necessidade de tatear o objeto de estudo (a atividade administrativa de fomento), pelos seus diversos aspectos, para podermos compreender a sua totalidade.

<sup>116</sup> De acordo com Danilo Tavares da SILVA: “A atividade de fomento não é tratada de modo uniforme e sistemática pelo ordenamento jurídico. Contudo, isso não se deve a uma falha dos nossos órgãos Legislativos, mas à presença quase que totalizante das normas de política econômica na vida social, as quais se valem grandemente de mecanismos de incentivo de toda sorte. O fomento é uma técnica regulatória que incide sobre os mais diversos aspectos da produção e circulação de bens.” (**Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais**. 2010, p. 54).

direito administrativo; e (ii) a segunda, de caráter mais restrito, que foca a atividade de fomento dentro de algum “subsistema de ação administrativa”, notadamente no econômico.

A nosso ver, não há relação excludente entre as duas linhas acima mencionadas, sendo a análise por nós realizada preocupada apenas em classificar e delimitar o que cada uma das linhas trata pelo termo *fomento*, com base em critérios úteis para a presente tese e de acordo com as questões acima mencionadas. Ademais, parece-nos que a própria legislação trata de maneira específica das medidas de fomento de acordo com os diversos “subsistemas de ação administrativa” (econômico, social, ambiental etc.).

26. Segundo a *primeira das correntes acima mencionadas* (concepção ampla de fomento), trata-se de atividade administrativa apta a estimular comportamentos privados, em vista da obtenção de alguma finalidade de interesse coletivo.

Nesse sentido é a definição de Célia Cunha MELLO, para quem a administração fomentadora é o “complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha, despido de poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade”<sup>117</sup>.

Na mesma linha, é a definição trazida por Carlos Ari SUNDFELD, que, em obra seminal a respeito do tema da ação administrativa, atribui à administração fomentadora a função de “induzir, mediante estímulos ou incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos”<sup>118</sup>. Tal amplitude conceitual também é percebida na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o fomento é a atividade “pela qual o Estado subsidia, incentiva, ajuda a iniciativa privada, exatamente quando considera que o particular merece essa ajuda porque está atuando em benefício do interesse público, paralelamente ao Estado”<sup>119</sup>.

A nosso ver, é possível incluir nesta concepção ampla as definições de dois autores que, apesar de aportarem mais elementos aos seus conceitos de fomento, em relação aos acima mencionados, tratam-no como uma função aplicável de modo amplo aos campos de atuação do Estado. Nesta linha, parece-nos possível incluir a definição de Rafael VALIM, que conceitua a atividade de fomento nos seguintes termos: “pode ser entendida como a

---

<sup>117</sup> **O fomento da administração pública**. 2007, p. 38.

<sup>118</sup> **Direito administrativo ordenador**, 2003, p. 16.

<sup>119</sup> **Direito administrativo**, 31ª ed., 2018, p. 85.

*transferência de bens e direitos, em favor de particulares, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem à satisfação direta ou indireta de interesses públicos*<sup>120</sup>. Também neste espectro de análise, parece possível incluir a definição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, nos seguintes termos: “função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades públicas e privadas, para que estes desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”<sup>121</sup>.

Ao que se depreende de tais definições<sup>122</sup>, o fomento é um instituto geral do direito administrativo, podendo ser aplicado a todas as atividades privadas que sejam aptas a gerar benefícios à coletividade.

Esta linha possui *dois méritos*. Em primeiro plano, ela fixa as três características centrais da atividade administrativa de fomento: a *promoção de um estímulo* para que os *particulares exerçam atividade privada* que possua *benefícios para a coletividade*. Em segundo plano, ao mesmo tempo em que estipula as características, permite que haja a apartação de tal atividade com outras três importantes manifestações administrativas: o serviço público, o poder de polícia e a regulação. Se todas estas atividades possuem como elemento comum o seu exercício em prol da coletividade – a finalidade de toda e qualquer atividade administrativa – os mecanismos de ação são diferentes, conforme ficará mais claro a partir da análise dos elementos constitutivos do fomento.

No entanto, tal linha não nos permite compreender a totalidade da atividade administrativa de fomento, especialmente aquelas relacionadas à finalidade e aos objetivos da atuação fomentadora, considerando que a atuação sob o argumento de atingimento ao interesse público nos parece por demais aberta e pode levar a subjetivismos. Afinal, como

---

<sup>120</sup> **A subvenção no direito administrativo brasileiro**, 2015, p. 56.

<sup>121</sup> **Curso de direito administrativo**, 15ª ed., 2009, p. 585.

<sup>122</sup> Neste aspecto, parece que a doutrina nacional acabou por adotar as principais características destacadas na concepção ampla de Luis Jordana de Pozas, que define fomento como “a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas, devidos aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou são consideradas de utilidade geral, sem usar da coação nem criar serviços públicos”. (Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo, **Revista de Estudios Políticos**. n. 48, 1949, p. 46 - trad. livre). No original: “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, etablecimientos o riquezas devidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidade general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”.



saber se, em determinado caso, o particular está realmente atuando em benefício do interesse público? Quais as diretrizes para se saber se a atuação é ou não em prol do interesse público?

27. A *segunda corrente*, por sua vez, trabalha com noção de fomento mais focada e analisada em determinado subsistema de ação administrativa, destacando-se as análises doutrinárias a respeito do domínio econômico.

Nesta linha, por exemplo, parece-nos estar a definição de Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO. De acordo com os autores, o fomento é “a atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado”<sup>123</sup>. Em primeira leitura, tal conceito parece se enquadrar na categoria acima mencionada (fomento enquanto categoria de ação administrativa aplicável a todas as atividades privadas aptas a gerar benefícios à coletividade). No entanto, ao analisar as características de tal atividade, afirmam os autores que “[o]s fins públicos relevantes visados pelo fomento são alcançados pela execução de *atividades econômicas*, regidas pela livre-iniciativa e para as quais o Estado não assume a obrigação de disponibilizá-las para a coletividade”<sup>124</sup>. Dessa forma, ao que nos parece, a concepção de mencionados autores tem por foco o fomento enquanto mecanismos de incentivo estatal a atividades econômicas.

A mesma abordagem é realizada por Marçal JUSTEN FILHO, que, de forma direta e incisiva afirma que “[f]omento é uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social”<sup>125</sup>.

Na mesma linha, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO também analisa o fomento dentro da seara da atuação (por ele denominada intervenção) do Estado na economia, tratando-o como mecanismo para direcionar a ordem econômica aos ditames do artigo 170 da Constituição Federal, sendo exercido por meio de incentivos fiscais ou financiamentos<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Fomento..., cit., p. 412.

<sup>124</sup> Fomento..., cit., p. 417.

<sup>125</sup> **Curso de direito administrativo**, 9ª ed., 2013, p. 721.

<sup>126</sup> **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., 2013, p. 827.

Também este recorte é feito por Danilo Tavares da SILVA, que, ao tratar do fomento previsto no artigo 174 da CF afirma que, “[f]omento, pois, tem a ver com a competência de tutela da ordem econômica; é uma técnica que visa influenciar e conformar a ação dos agentes econômicos – mas de um modo peculiar: não se apresenta aqui o atributo da cogência do comportamento visado pelo ordenamento jurídico, mas, diversamente, o Estado apenas aponta para uma direção e favorece as condutas dos particulares que se coadunem com tal objetivo”<sup>127</sup>.

Da mesma forma como ocorre com a corrente anteriormente analisada, as três características estão presentes (*promoção de estímulo para que o privado exerça atividade que possua benefícios para a coletividade*). No entanto, esta corrente possui a vantagem, para os fins desta tese, de delimitar o âmbito de atuação da função fomentadora, possibilitando a melhor definição das finalidades a serem atingidas.

Com efeito, esta corrente, ao analisar o fomento no âmbito do domínio econômico, explicita que as finalidades a serem atingidas pela ação fomentadora estão pré-determinadas na legislação, ainda que em normas constitucionais programáticas.

Assim, é possível notar a vinculação realizada entre a atividade de fomento e as finalidades da ordem econômica postas no artigo 170 da CF. Da mesma forma, ao reduzir o âmbito de análise das medidas fomentadoras, ela permite recorte mais preciso a respeito tanto das medidas a serem implementadas, quanto dos benefícios a serem conferidos aos particulares que aderirem à ação fomentadora.

Partindo, então, desta concepção restrita de fomento, passamos, no próximo tópico, a apontar as características desta atividade de acordo com a legislação nacional, o que nos auxiliará na fixação do conceito da atividade administrativa de fomento.

## **2. Conceituação da atividade administrativa de fomento: proposta operacional para a presente tese.**

**28.** A nosso ver, as definições doutrinárias acima mencionadas servem como *ponto de partida* para a conceituação de fomento. No entanto, parece-nos necessário tecer

---

<sup>127</sup> **Política industrial e desenvolvimento regional...**, cit., p. 54-55.

algumas considerações a respeito do objeto desta tese, para que possamos melhor delinear uma concepção de fomento administrativo operacional para a presente tese, com a finalidade de deixar vincado o que queremos dizer por tal termo, evitando, assim, que atividades que não se enquadrem na concepção por nós defendida de *fomento* sejam tratadas como tal.

Nessa esteira, ainda que nos valhamos da concepção mais restrita de fomento administrativo acima mencionada, que trata de tal atividade no âmbito da ordem econômica, algumas perguntas restam em aberto e, a nosso ver, devem ser respondidas para a delimitação do uso *fomento* nesta tese. De início, é possível colocar a seguinte questão – importante para a presente tese – não respondida por tal concepção<sup>128</sup>: se o fomento se vale de incentivos para que os particulares executem atividades que geram externalidades positivas para a sociedade, é possível atrelar ao termo *fomento* a palavra *incentivo*. Assim, se fomento é incentivo, todo incentivo é fomento? Seria a noção de *nudge*, comum à economia comportamental e ao direito norte-americano, fomento?

Por estarmos a tratar do tema do fomento dentro de um sistema jurídico positivista, no qual a legalidade<sup>129</sup> é a principal fonte do direito, a construção de um conceito jurídico de fomento deve partir da análise das manifestações legislativas dos incentivos estatais às atividades privadas que possuem externalidades positivas para a coletividade.

No entanto, como a função de fomento se apresenta de modo não uniforme nas manifestações estatais, parece-nos mais operacional analisar a legislação de acordo com os cortes temáticos da presente tese, para, dentro dele, realizar as classificações e os apontamentos da doutrina nacional, bem como sua aplicação pela legislação brasileira. Trata-se de questão de método de organização do trabalho. Nesse passo, a doutrina serve como guia para analisarmos a legislação, ainda que a análise desta possa nos levar a divergir daquela.

---

<sup>128</sup> O que não representa nenhum tipo de crítica de nossa parte aos autores que escreveram a respeito de tais concepções, pois eles não tinham a intenção de responder às questões aqui formuladas.

<sup>129</sup> Legalidade em seu sentido amplo, ou seja, no sentido de legislação posta pelas autoridades constitucional e legalmente competentes.

## **2.1. O primeiro corte metodológico: fomento administrativo implementado por empresas estatais federais, não “fomentadoras por natureza” e de atuação relevante no mercado.**

29. O primeiro corte metodológico diz respeito ao fomento enquanto atividade administrativa desempenhada por empresas estatais federais, não “fomentadoras por natureza” e de atuação relevante no mercado, tal qual limitado na Seção 1 deste Capítulo. Tal corte se justifica, ante as especificidades que as empresas estatais possuem no âmbito da ação administrativa, conforme apontado acima.

Nesta linha, dentro do termo administração pública, no Brasil, enquadra-se uma pluralidade de órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, sujeitas a regras diversas, decorrentes de suas diferentes finalidades. E esta pluralidade, a nosso ver, impacta no tratamento do tema do fomento administrativo.

Com efeito, parece-nos diferente tratar dos mecanismos de fomento implementados por órgãos da administração direta daqueles executados pela administração indireta, em virtude da especificidade e especialidade que motivam e justificam a descentralização administrativa. Assim, se em sentido macro a atividade de fomento de uma Secretaria ou Ministério pode ser equiparada à atividade do mesmo tipo desempenhadas por uma empresa estatal, uma vez que ambas são atividade de estímulo, parece-nos haver diferenças em relação à pluralidade de meios disponíveis para que ambas as categorias atuem na atividade de fomento.

Enquanto os órgãos da administração central atuam como seus braços, com competências fixadas, via de regra, em Decretos do Poder Executivo, implementando a agenda governamental pelos diversos meios, as empresas estatais possuem objeto social mais restrito, fixado na lei de criação, e autonomia administrativa em relação à administração central.

Assim, os meios de atuação da administração direta na implementação de medidas de fomento parecem ser mais amplos e variados que aqueles das empresas estatais. É possível, assim, que aquela atue como medida de implementação do fomento por meio da concessão de isenções fiscais ou transferências diretas de recurso orçamentários a fundo perdido, modos de agir que não se enquadram especificamente no âmbito das empresas estatais, especialmente daquelas que tratamos nesta tese.

Nessa linha, por exemplo, a empresa estatal não possui competência para conceder a isenção tributária para os agentes que com ela se relacionam, o que somente pode ser feito por meio de lei do ente federado que possui a competência tributária para criar o tributo<sup>130</sup>, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Da mesma forma, à administração direta e às empresas estatais dependentes aplica-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos do artigo 1º, §3º, inciso I, alínea ‘b’, o que não ocorre com as empresas estatais objeto desta tese.

Ainda neste passo, é justamente no âmbito das empresas estatais federais, não “fomentadoras por natureza” e de atuação relevante no mercado, que nos parece haver as principais questões envolvidas na atuação fomentadora de tais entidades, especialmente ante o seu relacionamento com o mercado, a sua importância econômica, o seu relacionamento com a administração central e as questões societárias decorrentes.

Assim, o centro da tese será o estudo do fomento pelas empresas estais acima identificadas.

## **2.2. O segundo recorte metodológico: o fomento enquanto ação organizada, planejada e medidas para a implementação de determinada finalidade de interesse coletivo.**

**30.** O segundo recorte metodológico diz respeito ao fomento enquanto ação organizada, intencional e destinada a concretizar determinada finalidade de interesse coletivo. Por este recorte, pretendemos focar a análise em ações de fomento que constituam políticas, destinadas, a um só tempo, em gerar benefícios coletivos por meio de atuação subsidiária da empresa estatal.

Neste passo, a política de fomento se aproxima da política pública, no sentido fixado por Maria Paula Dallari BUCCI, ou seja, enquanto “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente

---

<sup>130</sup> De acordo com Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO, “[v]eja-se que apenas o ente que possui competência para a instituição de determinado tributo pode alterar as regras de sua incidência – por meio de isenções, reduções de alíquota ou regras diferenciadas para seu pagamento. Nesse sentido, apenas podem instituir as desonerações tributárias o ente competente para a instituição do tributo, conforme competências tributárias distribuídas pela Constituição Federal entre União (art. 153), Estados e Distrito Federal (art. 155), e Municípios (art. 156)”. (Fomento..., cit., p. 446).

determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, problemas de direito público, em sentido lato”<sup>131</sup>.

Assim, focaremos a análise em ações de fomento que sejam planejadas, organizadas, implementadas e medidas de acordo com finalidades previamente estipuladas. Tais políticas, conforme será visto mais adiante nesta tese, possuem uma dupla finalidade: ao mesmo tempo em que servem para engajar agentes privados em ações que concretizam interesses coletivos, elas também se destinam a cumprir objetivos empresariais para as empresas estatais, ainda que pelo exercício de função subsidiária.

Isto parece ser um ponto que afasta o nosso recorte metodológico da ideia de *nudge* do direito norte-americano, uma vez que este é mais abrangente que aquele, estando ligado à arquitetura de escolhas dos agentes. É neste sentido que Richard THALER afirma que “Um *nudge* é um pequeno elemento no ambiente que chama a nossa atenção e influencia o comportamento. [...] *Nudges* são fatores supostamente irrelevantes que influenciam nossas escolhas de uma maneira que nos deixe em posição melhor”<sup>132-133</sup>.

Neste passo, apesar de o *nudge* ser utilizado como técnica de regulação<sup>134</sup>, tal qual ocorre no direito brasileiro com o fomento, ele é mais abrangente em relação à política de fomento a que nos referimos acima, estando ligada à arquitetura de escolhas das pessoas para diversas situações quotidianas, o que nos afasta da ideia de políticas de fomento implementadas por empresas estatais.

Conforme verificaremos nos exemplos e nos casos analisados, trataremos nesta tese de ações administrativas – especificamente das empresas estatais – que não são “supostamente irrelevantes”, mas sim ações que são planejadas para gerar impacto

---

<sup>131</sup> **Direito administrativo e políticas públicas**. 1ª ed., 2ª tir., 2006, p. 241.

<sup>132</sup> Indo a público. In \_\_\_\_\_. **Misbehaving**. 2019, p. 338. O autor menciona o seguinte exemplo de *nudge*: “Reduzir erros também é a origem do exemplo mais famosos de *Nudge*, do Aeroporto Internacional de Schiphol, em Amsterdã. Algum gênio teve a ideia de fazer os homens prestarem mais atenção na pontaria quando usam os mictórios do aeroporto. A imagem de uma mosca foi desenhada perto do ralo do urinol. A administração do aeroporto reportou que a instalação dessas moscas reduziu o ‘derramamento’, um eufemismo maravilhoso, em cerca de 80%. [...] Para mim, aquela mosca no urinol se tornou o exemplo perfeito de um *nudge*. (*idem, ibidem*).

<sup>133</sup> Em outra obra, escrita com Cass SUNSTEIN, os autores conceituaram *nudge* da seguinte forma: “A *nudge*, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere *nudge*, the intervention must be easy and cheap to avoid. *Nudges* are not mandates. Putting the fruit at eye level count as a *nudge*. Banning junk food does not”. (**Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. 2009, p. 6).

<sup>134</sup> A esse respeito, cf. **Cass Sunstein. Simpler: the future of government**. 2014, p. 69-71.

significativo no mercado, bem como, em determinados casos, envolvem a fundo agentes públicos e privados na sua concretização. São políticas que, no fundo, possuem elementos de *nudge* para os seus destinatários (os privados fomentados), mas que possuem elementos mais amplos e complexos do que os levantados pelos autores mencionados.

### **2.3. O terceiro corte metodológico: o fomento por meio de entidades estatais atuantes no domínio econômico.**

31. O terceiro corte metodológico trata da análise da atividade administrativa de fomento por meio de empresas estatais, o que nos coloca diante da necessidade de tecer considerações a respeito dos limites da atuação estatal no domínio econômico, bem como refletir a respeito da sua incidência no caso de fomento realizado por tais entidades.

Com efeito, conforme demonstrado na Seção 1 deste capítulo, as empresas estatais são mecanismos de atuação estatal no domínio econômico, o que demanda que sua instituição e atuação respeitem o quanto estipulado nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Nesta linha, o estudo do fomento realizado por empresas estatais nos coloca diante do desafio de analisar o quanto as regras constitucionais a respeito da atuação estatal na ordem econômica modelam a atividade fomentadora realizada por tais entidades.

Neste aspecto, interessa-nos refletir e compreender *se e em que medida* os princípios da subsidiariedade e da livre-iniciativa incidem na atividade de fomento realizada por empresas estatais. No âmbito doutrinário, há manifestações que, ao tratar do fomento no domínio econômico, afirmam a necessidade de que ele seja realizado em respeito a tais princípios, tendo em vista que a intervenção estatal na economia – do qual o fomento é espécie – não é neutra em relação ao mercado, o que demanda a ponderação dos efeitos dos incentivos públicos sobre os mencionados princípios.

A este respeito, são as considerações de Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO:

“lembremos uma vez mais que nenhuma intervenção estatal no domínio econômico é neutra – até mesmo porque ela deve estar inserida no âmbito de uma política pública que disciplina a intervenção estatal como instrumento para sua efetivação. A intervenção estatal não é neutra do ponto de vista do *impacto* que causa no setor objeto da intervenção, podendo afetar a livre-concorrência ou no limite inibir a ação

dos particulares (daí por deve, além da subsidiariedade, se pautar pela proporcionalidade, modulando a intensidade da intervenção naquilo que for necessário, adequado e de intensidade equivalente aos objetivos públicos pretendidos). Também não é neutra, pois quando o Estado intervém, ele sempre estará deferindo uma *oportunidade ou um benefício que colhe desigualmente os particulares*<sup>135</sup>.

Na presente tese analisaremos a atuação das empresas estatais no fomento de atividades desenvolvidas por agentes privados, tanto no domínio econômico diretamente – tal qual o PROINFA da Eletrobrás –, quanto nos domínios social, ambiental e cultural – como o Petrobrás Socioambiental e o fomento do Banco do Brasil à cultura.

Nesta linha, coloca-se a questão de compreender a incidência de tais princípios quando do fomento a tais atividades, especialmente as últimas mencionadas, uma vez que, por mais que se relacionem com a chamada “Ordem Econômica e Financeira” (Título VII da CF), as finalidades do fomento administrativo não se voltam ao domínio econômico, mas sim ao domínio social, incidindo na chamada “Ordem Social” (Título VIII da CF).

Assim, a ordem econômica é o ponto inicial do fomento estudado nesta tese, podendo ser a concretização de seus princípios e regras constitucionais a finalidade ou não da ação fomentadora estatal, o que nos coloca diante da necessidade de refletir e compreender a incidência destes em tais atividades.

#### **2.4. O conceito de fomento operacional para esta tese.**

**32.** A nosso ver, conforme restará devidamente demonstrado a seguir, o fomento administrativo pode ser conceituado, do ponto de vista jurídico<sup>136</sup> e para os fins desta tese, como a *função segundo a qual a administração pública – aqui focada nas empresas estatais – estimula os particulares, por meio de incentivos diretos aptos a ampliar as suas esferas jurídicas, a desenvolverem atividades privadas que gerem benefícios para a coletividade e que não se constituam como mero cumprimento de dever legal.*

---

<sup>135</sup> Fomento..., cit., p. 474-475.

<sup>136</sup> Por mais que a presente tese estude o fomento do ponto de vista jurídico, ele pode ser compreendido como uma forma de ação pública que pode ser analisada pelos seus aspectos econômicos, políticos e de política pública.



A análise dos elementos da definição permite melhor compreensão do seu significado. Com a finalidade de ilustrar tais elementos, partiremos de exemplos concretos, ainda que eles não digam respeito à atuação de empresas estatais.

#### **2.4.1. Fomento enquanto função administrativa exercida por empresas estatais.**

**33. O primeiro elemento** constitutivo diz respeito ao fomento enquanto *função administrativa*. Por esta característica, o fomento é ação administrativa destinada a finalidade de interesse coletivo, de modo que a ação fomentadora não se realiza em si e por si, mas visa a alcançar benefícios coletivos que a justifiquem.

Esta ideia traz duas consequências importantes para a análise do fomento. Em *primeiro lugar*, por se tratar de uma função administrativa, há a necessidade de que ele seja manejado de acordo com os interesses da coletividade, em dado momento histórico e em dado contexto social e econômico. Aparece aqui, então, um primeiro limite à ação fomentadora do Estado: a atividade a ser fomentada deve ser relevante socialmente, tanto para justificar o engajamento de agentes e recursos públicos – diretos e indiretos<sup>137</sup> –, quanto para justificar o tratamento favorecido a determinadas pessoas – físicas ou jurídicas – ou setores sociais.

Em *segundo plano*, tratamos de fomento exercido por empresas estatais, entidades integrantes da administração pública, o que delimita o âmbito de aplicação da atividade, de modo a afastá-la do fomento praticado por entes da iniciativa privada, do Terceiro Setor ou do Sistema S<sup>138</sup>, bem como daquele realizado pela administração direta autárquica ou fundacional. O recorte é decorrente das diferentes regras que são aplicáveis à gestão de tais órgãos e entidades públicas ou privadas, em comparação àquelas aplicáveis às empresas estatais “não fomentadoras por natureza”.

---

<sup>137</sup> Diretos são os recursos públicos desembolsados ou que deixam de ser arrecadados em relação a determinada ação de fomento, tais como as subvenções ou desonerações fiscais para determinadas atividades. Indiretos, por outro lado, são os custos envolvidos com a designação de agentes públicos e equipamentos públicos para a realização de determinadas atividades fomentadas, o que abrange os custos da própria atividade administrativa envolvida na ação fomentadora (custos com processos administrativos, materiais de escritório da repartição pública atuante, eventuais custos de combustível de carros oficiais envolvidos na ação etc.).

<sup>138</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 414.

Temos, assim, que o fomento se constitui em função desenvolvida de acordo com regras aplicáveis a tais entidades, bem como às atividades fomentadoras por elas desempenhadas, de acordo com a ideia-chave de meio juridicamente válido para o alcance de determinada finalidade de interesse coletivo.

#### **2.4.2. Fomento e estímulo aos particulares.**

**34. O segundo elemento** da conceituação diz respeito à técnica de implementação do fomento, que diz respeito a *estímulos conferidos pelas empresas estatais a particulares, por meio de incentivos diretos aptos a ampliar as suas esferas jurídicas*. Este é o elemento central para a compreensão da sua distinção com as atividades de serviço público, regulação e poder de polícia. Por meio dele, sem recorrer a coação, a administração pública estimula os particulares a aderirem à conduta por ela pretendida, conferindo a eles os incentivos necessários para que adiram espontaneamente à atividade fomentada<sup>139</sup>. Três pontos aqui merecem destaque.

O primeiro se refere ao *incentivo enquanto técnica de ação estatal*, por se tratar de forma diversa de atuação em relação aos tradicionais meios pelos quais o Estado busca direcionar as atividades privadas em prol de interesses da coletividade: a sanção. Com efeito, tradicionalmente, com a finalidade de direcionar as atividades privadas para a consecução de interesses coletivos, a administração pública se vale das técnicas de polícia administrativa, por meio das quais são impostos deveres aos particulares, para que realizem determinadas atividades ou se abstenham de realizá-las, em prol de interesses da coletividade.

Neste passo, enquanto as medidas de polícia são caracterizadas pela coercitividade e pela obrigatoriedade aos particulares que se encontrem na situação legalmente prevista, as medidas de fomento são pautadas pela consensualidade e voluntariedade do agente

---

<sup>139</sup> De acordo com Luis Jordana de POZAS, em um dos primeiros estudos a respeito do fomento administrativo: “La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública que se trate. Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, etabecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidade general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. (Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de Estudios Políticos**, n. 48, 1949, p. 46).

privado em ser fomentado, de modo que “[a]s relações jurídico-administrativas nascidas no seio da atividade de fomento são marcadas pelo concurso da vontade do particular”<sup>140</sup>.

Isto não impede, porém, que, formalizada a relação de fomento entre a administração pública e o particular fomentado, aquela tome medidas típicas de polícia para fazer com que este execute as ações de fomento concertadas entre as partes. Assim, a relação que começou pautada pela voluntariedade e pelo concurso de vontades das partes pode, ao longo de sua execução, contar com o concurso de medidas de força e coerção direcionadas ao particular objeto do fomento<sup>141-142</sup>.

O *segundo aspecto* a ser destacado diz respeito ao fomento enquanto atuação por meio de *incentivo direto*, de modo a gerar uma *relação de causalidade* entre a medida fomentadora adotada pelo Estado, o incentivo recebido pelo agente de fomento e o benefício auferido pelo beneficiário. Neste passo, parece-nos necessário especificar melhor algumas noções próximas, mas não equivalentes: (i) fomento; (ii) efeitos positivos de ações públicas; e (iii) mero incentivo.

Conforme pudemos expor acima, a atividade administrativa é realizada por meio de incentivos conferidos pela administração pública aos agentes privados. No entanto, parece-nos que nem todas as medidas de incentivo decorrentes das ações administrativas podem ser enquadradas na atividade de fomento. É necessário separar dois tipos de *incentivos*: (i) o incentivo enquanto efeito colateral de uma atividade administrativa e que estimula os particulares a agirem de determinada forma – por nós aqui denominado de *mero incentivo*; e (ii) o incentivo conferido pela administração com a finalidade de direcionar determinada atividade privada para o alcance de finalidades públicas decorrentes do exercício de tal atividade – por nós aqui designado de *incentivo de fomento*. O exemplo do Programa Bolsa Família pode aclarar esta distinção.

---

<sup>140</sup> Rafael Valim. **A subvenção...**, cit., p. 53.

<sup>141</sup> De acordo com Célia Cunha MELLO: “No fomento público, a Administração Pública, numa fase inicial, não utiliza a ‘potestade sancionadora’, já que se limita a oferecer aos interessados os incentivos e vantagens necessários a persuadi-los. Num segundo momento, porém, depois de formada a relação jurídica de fomento, compete à administração exigir que o agente fomentado cumpra todos os requisitos ensejadores da concessão das vantagens que passou a perceber nessa condição, oportunidade em que a Administração Pública dispõe de medidas auto-executórias e deve recorrer aos instrumentos fiscalizadores, preventivos e repressores, utilizando, inclusive, medidas coercitivas, em nome do interesse público.” (**O fomento...**, cit., p. 46).

<sup>142</sup> Para uma análise dos diversos meios e estratégias pelas quais se manifesta a polícia administrativa, cf. Thiago Marrara. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, n. 269, 2015, p. 255-278, especialmente p. 261-264.

Tal programa, instituído pela Lei n. 10.836/04 e regulamentado pelo Decreto n. 5.209/04, possui por finalidade destinar recursos públicos para famílias em situação de miserabilidade econômica<sup>143</sup>. O programa tem sido apontado por especialistas<sup>144</sup> como importante mecanismo de movimentação da economia de pequenas cidades brasileiras, ante o seu efeito multiplicador (para cada R\$ 1,00 investido, há a movimentação de R\$ 1,78 na economia local), o que auxilia no desenvolvimento econômico e social de tais localidades.

De acordo com a regulamentação, as famílias beneficiadas pelo programa devem cumprir determinadas condições, ligadas à matrícula e frequência escolar dos filhos crianças e adolescentes, bem como a acompanhamento médico e nutricional de crianças e adolescentes.

Seria, então, o Bolsa Família um programa de fomento? Ao que nos parece, a resposta é negativa, uma vez que o “aquecimento da economia local” é um efeito positivo decorrente do programa de subsídio social destinado a combater situações de miserabilidade, mas não parece ser este o seu foco principal, de modo que, a nosso ver, enquadra-se no que aqui mencionamos como *mero incentivo*.

Mesmo se o Bolsa Família for analisado sob o aspecto da contrapartida exigida dos pais para a manutenção da família no programa, qual seja, a frequência escolar dos filhos e a busca pelos pais de atendimento médico e nutricional à prole, não nos parece que possa ser enquadrado como medida de fomento à educação e à saúde, tendo em vista ser dever dos pais prover o ensino e a saúde dos filhos<sup>145</sup>, o que, a nosso ver, elide a configuração de fomento<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Nos termos do artigo 1º da mencionada Lei: “Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades”.

<sup>144</sup> Cf. reportagem do jornal O Estado de São Paulo: “Bolsa Família evita o colapso de cidades”, disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bolsa-familia-evita-o-colapso-de-cidades,70001653194>, acesso em 26.12.2018.

<sup>145</sup> No âmbito da legislação nacional, a obrigatoriedade da matrícula escolar dos filhos entre 4 e 17 anos de idade decorre das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 55), bem como da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 6º), podendo, o seu desrespeito, configurar crime de abandono intelectual, nos termos do art. 246 do Código Penal. Da mesma forma, a saúde da criança e do adolescente é dever dos pais ou responsáveis, de acordo com o art. 5º do ECA, bem como pode configurar os crimes de maus tratos (art. 136 do Código Penal) ou aquele previsto no art. 249 do ECA.

<sup>146</sup> A tal questão, do mero cumprimento de dever legal como não caracterizador do fomento, retornaremos mais adiante nesta tese.

Evidentemente, esta contrapartida (frequência escolar dos filhos) pode, ao longo do tempo, gerar efeitos sociais positivos, como a melhora dos índices educacionais ou mesmo de qualidade de vida das crianças e adolescentes das localidades em que o programa foi implementado. No entanto, isto nos parece configurar o mero incentivo a que aludimos acima.

Neste passo, parece-nos mais acertada a opinião de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>147</sup>, no sentido de que, pela função fomentadora, há um estímulo direto, imediato e concreto para que os administrados atuem no sentido de exercer atividades que gerem benefícios à coletividade.

### **2.4.3. Fomento e ampliação da esfera jurídica do agente fomentado.**

**35. O terceiro elemento** diz respeito à necessidade de que o incentivo deve gerar a *ampliação da esfera jurídica do agente fomentado*, de modo que ele possua alguma vantagem em relação aos demais administrados não destinatários da ação estatal. Esta ampliação pode se dar de diversas formas, por meio de desonerações fiscais, concessão de crédito, outorga de títulos, designação de bens e servidores públicos para o exercício de determinada atividade etc. É esta ampliação da esfera jurídica o móvel do particular que adere a uma atividade de fomento e que torna desnecessária a atuação sancionadora da administração para alcançar o resultado por ela almejado. Ela representa o *prêmio* a ser concedido àqueles que aderiram à medida de fomento e cumpriram os requisitos estipulados.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à implementação do fomento por *diversos meios aptos a ampliar as suas esferas jurídicas* dos particulares fomentados, a depender dos programas a serem implementados e de suas peculiaridades. Três ideias desta formulação devem ser desenvolvidas: (i) a pluralidade de meios para a implementação do fomento; (ii) a pluralidade de regimes jurídicos da atividade de fomento administrativo; e (iii) a ampliação da esfera jurídica do particular.

A *primeira questão* a ser analisada diz respeito aos meios pelos quais o fomento é implementado, o que se denomina de *instrumentos da ação fomentadora*, sendo eles

---

<sup>147</sup> **Curso de direito administrativo**. 15ª ed., 2009, p. 585.

variados e não tratados de modo uniforme no ordenamento jurídico<sup>148</sup>, o que é típico da sua presença nos diversos setores sociais e da sua implementação pelos mais diversos meios.

Em breve síntese, é possível apontar a existência de diversos meios para a implementação do fomento, tanto econômicos (como subvenções, desonerações fiscais, transferência de recursos e bens públicos para o exercício de determinada atividade), como não econômicos (tais como os meios honoríficos, procedimentos burocráticos diferenciados para determinadas categorias etc.). Neste passo, compete à autoridade pública que formula a ação de fomento analisar qual o meio mais adequado para a sua implementação, o que leva em consideração tanto aspectos de política pública, quanto aspectos jurídicos, sendo estes os de interesse desta tese, especialmente aqueles realizados pelas empresas estatais.

A *segunda questão* – que decorre, na realidade, da primeira – trata da existência de diversos regimes jurídicos das atividades de fomento, que se moldam às necessidades da administração pública nas mais diversas manifestações desta função.

Este ponto nos leva a divergir da doutrina que trata do “regime jurídico da atividade administrativa de fomento”, no singular, e como caudatário de um regime jurídico-administrativo, fundamentado na supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público<sup>149</sup>.

Em nosso sentir, esta visão parece ser inconveniente para a análise das medidas de fomento.

Em primeiro plano, pois fundamentar a ação de fomento em conceitos absolutamente abertos como “supremacia do interesse público” e “indisponibilidade do interesse público” não auxilia na compreensão da complexidade de tal atividade estatal. Com efeito, tais conceitos, em si, nada dizem. São expressões retoricamente fortes, mas que nada dizem, em si, a respeito da ação pública. Não nos parece, portanto, que sejam

---

<sup>148</sup> De acordo com Danilo Tavares da SILVA: “A atividade de fomento não é tratada de modo uniforme e sistemática pelo ordenamento jurídico. Contudo, isso não se deve a uma falha dos nossos órgãos Legislativos, mas à presença quase que totalizante das normas de política econômica na vida social, as quais se valem grandemente de mecanismos de incentivo de toda sorte. O fomento é uma técnica regulatória que incide sobre os mais diversos aspectos da produção e circulação de bens.” (**Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais**. 2010, p. 54).

<sup>149</sup> Neste sentido, cf. Silvio Luís Ferreira da Rocha. **Terceiro setor**. 2ª ed., 2006, p. 27 e segs.; José Roberto Pimenta Oliveira. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. 2006, p. 519.

úteis para explicar e representar a complexidade e a pluralidade da ação fomentadora do Estado.

Em segundo plano, a ideia de “um regime jurídico-administrativo” e sua consequência metodológica não auxiliam na compreensão do fenômeno do fomento administrativo<sup>150</sup>. Com efeito, para a corrente doutrinária em apreço, a incidência do regime jurídico-administrativo possui um elemento metodológico importante, centrado na possibilidade de se aplicar, a partir dele, “o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa”<sup>151</sup>. Como efeito desta posição, ter-se-ia que, à atividade administrativa de fomento, seria aplicável um conjunto de regras e princípios em bloco, sendo apenas ajustados às peculiaridades do caso concreto.

Em virtude destas considerações que os expoentes desta corrente afirmam a obrigatoriedade de as medidas de fomento estarem previstas em lei, de modo genérico, como concretização da indisponibilidade do interesse público e de vinculação do administrador aos seus termos<sup>152</sup>.

De nossa parte, no entanto, entendemos que a pluralidade dos instrumentos para a implementação do fomento gera a ausência de um único regime jurídico a reger a ação fomentadora do Estado, mas aponta, na realidade, para diversas regras específicas, cada qual destinada a fixar as regras das respectivas relações de fomento.

O que nos parece incidir em todas as atividades de fomento estatal são os vetores decorrentes do regime republicano em que assentado o Estado brasileiro, expressos no

---

<sup>150</sup> A nosso ver, essa ideia é aplicável à pluralidade das atividades administrativas. No entanto, para os fins metodológicos desta tese, a análise será centrada no fomento.

<sup>151</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso...*, cit., p. 91.

<sup>152</sup> De acordo com José Roberto Pimenta OLIVEIRA: “Como visto acima, o fomento está sujeito ao princípio da legalidade. Qualquer interferência estatal destinada a promover ou fomentar determinada atividade particular exige a prévia configuração legal da respectiva produção jurídico-administrativa. (...) Não se pode perder de vista que a atividade legislativa de fomento disciplinará uma forma de *função estatal, de índole administrativa*. Nesta vigora o princípio de que o ‘uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos’. A estruturação funcional dos deveres-poderes administrativos promocionais deve estar consignada na lei, com a especificação clara das condições exigíveis de seus beneficiários, das limitações quantitativas e qualitativas das vantagens oferecidas, do âmbito material albergado pela atividade, do prazo previsto de vigência das medidas fomentadoras, e, por fim, das limitações processuais a serem observadas no processo administrativo de concessão. Não se admite fomento sem o estabelecimento de parâmetros legais, por conta mesmo da indisponibilidade do interesse público. Como preconiza Bandeira de Mello, ‘na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela’.” (**Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade...**, cit., p. 525). Na mesma linha, cf. Silvío Luís Ferreira da Rocha. **Terceiro setor...**, cit., p. 31).

artigo 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>153</sup>, impostos à atividade administrativa em geral, o que inclui a fomentadora.

Assim, parece-nos necessário que as ações de fomento, assim como todas as demais ações administrativas, sejam planejadas e implementadas de acordo com a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com a finalidade de evitar favorecimentos indevidos. No entanto, divergimos da corrente doutrinária acima mencionada, no sentido da não “observância integral”<sup>154</sup> de tais princípios, nem da submissão da ação de fomento a um regime jurídico-administrativo, tendo em vista que a atividade fomentadora é caracterizada pela pluralidade de regimes e meios de implementação, sem que haja a submissão a regras “em bloco”.

Os meios de fomento são diversos e diferentes são as regras postas para a sua implementação, de acordo com o regramento posto pelas autoridades competentes, em exercício de concretização dos mencionados princípios constitucionais, que não são aplicáveis em bloco e de forma homogênea. Afinal, conforme expõe Carlos Ari SUNDFELD, ao tratar dos princípios do art. 37, *caput*, da CF:

“Agir segundo a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade é autêntica virtude do administrador – que nem precisa ser administrador público para ter de segui-la: do administrador de sociedades privadas se exige substancialmente o mesmo.

É evidente que nas múltiplas situações, e isso tanto na esfera pública como na esfera privada, variam enormemente os modos de qualquer administrador ser impessoal e honesto; de ser transparente, divulgar suas decisões e dar contas delas; e de agir segundo o Direito. Não há fórmula única: o direito positivo tem variadas exigências e soluções quanto a isso tudo, dependendo do caso. Mas o fato essencial é que, tomados assim em sua generalidade, esses princípios valem para administradores tanto na esfera pública como na esfera privada.

Como, então, querer extrair de princípios tão universais justamente a afirmação de que, por conta justamente deles, o direito da Administração Pública é um direito todo homogêneo em sua peculiaridade – e, além disso, oposto ao direito privado? E, pior: como querer assentar sobre esses princípios a tese da radical unidade e coerência interna desse ramo jurídico?”<sup>155</sup>.

É necessário, portanto, analisar as regras fixadas pelo legislador ou pelo administrador público – uma vez que entendemos possível que ações de fomento sejam

---

<sup>153</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

<sup>154</sup> José Roberto Pimenta Oliveira. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade...**, cit., p. 519.

<sup>155</sup> O direito administrativo plural. In \_\_\_\_\_ . **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., 2014, p. 177-178.



fixadas diretamente por meio de regulamentos – com a finalidade de compreender os regimes jurídicos postos, sendo eles presumidamente legítimos e constitucionais, até manifestação do próprio órgão fomentador ou de órgão de controle em sentido contrário.

*Por fim*, a última questão a tratar diz respeito à ampliação da esfera jurídica do agente fomentado. O efeito da adesão à medida de fomento representa a ampliação da esfera jurídica do agente privado, que corresponde ao benefício que ele obtém por exercer a atividade estimulada, consistente na atribuição ao particular de alguma vantagem não usufruível pelos demais particulares não contemplados pela medida de fomento. São exemplos de medidas positivas os empréstimos públicos em condições facilitadas, a concessão de títulos honoríficos, o fornecimento de bens públicos e servidores públicos (como no caso do Terceiro Setor), entre outros.

#### **2.4.4. Fomento e atividade privada desenvolvida por agente privado.**

36. Também caracteriza o fomento a necessidade de que a atividade a ser fomentada seja uma *atividade privada desenvolvida por privados*. Com este aspecto, fica claro que a atividade a ser fomentada está fora do âmbito das atividades que o Estado possui o dever de prestar, sendo a sua execução realizada por meio da iniciativa privada. Trata-se, assim, de

“uma função administrativa cuja viabilização demanda *parceria com o setor privado*. O Estado fomenta para incentivar o alcance de determinados fins públicos *por meio do setor privado*. Assim, ainda que se trate de uma função estatal (essencialmente administrativa), ela envolverá necessariamente a participação de entes privados, que efetivamente executarão a atividade de fomentada pelo Estado e permitirá o alcance de fins sociais relevantes.”<sup>156</sup>

Por tal característica, o fomento se qualifica por ser implementado por meio de uma atividade que não é assumida ou garantida pelo Estado, o que representa um importante traço diferenciador em relação à atividade de serviço público, que se constitui como uma obrigação estatal, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, a ser prestada pela administração pública ou por seus delegatários.

---

<sup>156</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 415.

No caso do fomento, por outro lado, não se trata de uma atividade que se constitui como obrigação do Estado, mas sim de uma ação pública que se vale de atividades prestadas pela iniciativa privada para alcançar benefícios à coletividade<sup>157</sup>. Em suma: não se trata de uma prestação estatal, mas sim de uma prestação realizada por privados sob impulso do Estado<sup>158</sup>.

Justamente em virtude deste elemento, resta afastada a configuração de fomento administrativo entre órgãos e entes da administração pública, uma vez que agem no cumprimento de suas competências legais e institucionais<sup>159</sup>. Mesmo no caso de celebração do contrato previsto no artigo 37, §8º, da Constituição Federal<sup>160</sup> (o chamado Contrato de Gestão), tem-se um *incentivo* para que o órgão ou entidade celebrante atinja as metas estipuladas em tal instrumento, mas não se tem atividade administrativa de fomento no sentido aqui exposto, uma vez que envolve uma concertação entre órgãos e entidades públicas.

---

<sup>157</sup> A respeito da comunhão de interesses públicos e privados na consecução do interesse público pelo fomento, importantes as considerações de Mariano Baena de ALCÁZAR: “El Estado de nuestros días ha asumido tal cúmulo de objetivos, que no basta la actividad administrativa, por lo que hay que interesar a los particulares en la obra de la Administración, y ciertas actividades privadas se tiñen de un matiz determinado, considerándose en virtud de ello como de interés público. La idea del fomento y, en concreto, la de la subvención nos ha llevado así a la colaboración de los administrados con la Administración y a las actividades privadas de interés público. Boulouis ha enunciado certeramente esto al decir que se ha producido una evolución de la naturaleza y la existencia jurídica del particular. Actualmente las necesidades públicas se satisfacen también por los particulares, que a través de la vía de la colaboración que llevan consigo las subvenciones, o de otras distintas, se insertan en las estructuras administrativas, teniendo lugar un proceso de intercomunicación entre las personas privadas y las públicas”. (Sobre el concepto de fomento. **Revista de Administración Pública**, nº 54, 1967, p. 83-84).

<sup>158</sup> Tal distinção é bem destacada por Alexandre Santos de ARAGÃO, nos seguintes termos: “Observe-se que a nota essencial da distinção do fomento para o serviço público é que naquele a atividade permanece sendo uma atividade privada, apenas apoiada pelo Estado. Se a subvenção estatal – uma das principais técnicas do fomento –, passar a ser de tal monta que a Administração Pública de fato se substitua ao particular, então já estaremos diante da prestação da atividade pela própria Administração Pública, podendo o particular eventualmente ser caracterizado como um delegatário atípico (OSCIPs etc.) ou um ente terceirizado.” (**Direito dos serviços públicos...**, cit., p. 168).

<sup>159</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 415; Rafael Valim. **A subvenção...**, cit., p. 52.

<sup>160</sup> “§8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal” (redação determinada pela EC n. 19/98).

#### 2.4.5. Fomento e benefícios à coletividade.

37. Outro elemento constitutivo da atividade de fomento diz respeito à obrigatoriedade de que a *atividade fomentada gere benefícios à coletividade*, sendo este o elemento que legitima tal ação estatal.

A nosso ver, não basta que o benefício à coletividade seja utilizado apenas como argumento para a implementação da ação fomentadora. Parece-nos necessário que haja tanto o planejamento quanto o acompanhamento da ação fomentadora, baseada em indícios concretos e aferíveis na prática, voltados tanto a autorizar quanto a manter a ação fomentadora.

Diante desta característica, é necessário que seja feita análise de proporcionalidade da ação de fomento, direcionada para três aspectos: **(i)** a sua implementação, momento no qual deve ser feito o planejamento da ação de fomento, com vistas aos custos e benefícios esperados de sua implementação; **(ii)** a sua revisão, com a finalidade de analisar a necessidade de correção de rumos ao longo da sua implementação; e **(iii)** a sua suspensão ou extinção, nos casos em que não se mostrar eficiente para o alcance dos fins desejados ou mesmo necessária, ante o desenvolvimento do setor a ser fomentado.

O que queremos deixar claro é que, a nosso ver, os benefícios públicos da ação fomentadora devem ser devidamente planejados, acompanhados e comprovados, como condição de legitimidade para a atuação estatal, sem que o Estado possa se valer de discurso meramente retórico para conceder medidas de fomento para determinados grupos, como tem sido, lamentavelmente, comum no Brasil.

De outro lado, o benefício à coletividade não pode ser tomado apenas no seu aspecto econômico, mas sim de acordo com os valores constitucionalmente tutelados. Nesse passo, o que deve ser destacado é que a eficácia e a efetividade do fomento não devem ser consideradas de acordo com o retorno econômico gerado para a coletividade pelo exercício da atividade fomentada, ainda que ela seja estimulada por meio de benefícios financeiros.

A eficiência administrativa não deve ser medida apenas enquanto eficiência econômica, ou seja, enquanto retorno financeiro dos valores empregados pela administração pública em determinada atividade, uma vez que ao, tratarmos de ações

públicas, estamos a considerar a tutela de valores constitucional e legalmente protegidos, o que expande o âmbito de análise da eficiência ou ineficiência de determinada atividade.

No caso do fomento, é a tutela a interesses constitucional e legalmente protegidos que motiva a administração pública a incentivar os agentes privados a exercerem determinada atividade que gera benefícios à coletividade, não a necessidade de retorno financeiro equivalente àquele dispendido com a atividade fomentada.

#### **2.4.6. Fomento como não decorrência do mero cumprimento de dever legal.**

38. Por fim, o último elemento da nossa conceituação a ser analisado diz respeito à *impossibilidade de que a medida de fomento seja, na realidade, mero cumprimento de obrigação legal*. Este ponto possui especial relevância, pois ele pode levar a confusões na identificação de medidas que, em primeira análise e a depender do corte que se fizer, podem parecer de fomento, mas, na realidade, não o são<sup>161</sup>.

Tal distinção é importante, pois a ideia de que a atividade de fomento seja desenvolvida por meio do concurso espontâneo dos particulares perde sentido nos casos em que estejamos diante de mero cumprimento de dever legal, ainda que com algumas facilidades conferidas pela administração pública. Alguns exemplos auxiliam na compreensão da distinção aqui proposta.

A Prefeitura do Município de São Paulo instituiu o Programa Bar Legal, que possui por finalidade incentivar estabelecimentos que vendam bebidas alcoólicas a seguirem a legislação do PSIU (Programa de Silêncio Urbano), em troca de maior agilidade na regularização administrativa de tais estabelecimentos<sup>162</sup>. Alternativa a tal medida, com a finalidade de fazer os estabelecimentos cumprirem a legislação do PSIU, seria o Município aumentar a fiscalização sobre os bares, em típico exercício de poder de polícia.

---

<sup>161</sup> O que não significa que políticas públicas construídas com base neste modelo, de conferir vantagens a cidadãos que cumpram seus deveres legais não possam ser legítimas. Exemplo disto pode ser verificado no Projeto de Lei do Estado de São Paulo que concede desconto no IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – para cidadãos que não tiverem multas de trânsito durante um ano (cf. Deputados de SP aprovam desconto no IPVA para motoristas sem multas. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/deputados-de-sp-aprovam-desconto-no-ipva-para-motoristas-sem-multas.shtml>, acesso em 23.10.2019). Apesar dos méritos de tais políticas públicas, elas não são consideradas fomento para os fins desta tese.

<sup>162</sup> cf. Portaria nº 16/SMPR/2017, publicada no Diário Oficial do Município de 26 de abril de 2017.

No entanto, isto não nos parece enquadrar tal programa no conceito de fomento por nós defendido, tendo em vista que a esfera jurídica dos particulares envolvidos na ação pública (estabelecimentos comerciais que vendem bebidas alcoólicas e respeitam a legislação do PSIU) não é diferenciado dos demais estabelecimentos do mesmo tipo que não respeitam a fiscalização. Ambos têm o dever legal de estarem em situação regular junto à administração pública, bem como de respeitarem a legislação que trata do silêncio urbano, ainda que os procedimentos de alguns (aqueles que cumprem os requisitos do Programa Bar Legal) sejam mais expeditos que os dos outros.

Tal situação é diversa daquela que se verifica com a estipulação de procedimentos burocráticos diferenciados para as microempresas e empresas de pequeno porte, tais como previstos na Lei Complementar n. 123/06, com facilitações no âmbito da tributação e da participação em procedimentos licitatórios<sup>163</sup>. Neste caso, “[c]om a facilitação dos procedimentos, espera-se estimular o desenvolvimento das atividades fomentadas (que geram benefícios para a coletividade)”<sup>164</sup>, o que é feito por meio da criação de um novo “nicho”, com regras e características próprias, em virtude dos benefícios que o exercício de tal atividade traz para a sociedade.

As diferenças entre os casos nos parecem claras. No primeiro, temos a submissão dos bares que cumprirem a legislação a um procedimento expedito de expedição de licenças. Incentiva-se, assim, o mero cumprimento de dever legal. No segundo, há a criação de uma legislação e de subsistemas legal e social próprios, como medida a estimular o exercício de determinada atividade, em virtude dos benefícios que ela possui para a coletividade.

### **3. Elementos da ação administrativa de fomento a serem estudados nesta tese.**

**39.** Verificado o conceito de fomento, cumpre-nos analisar os elementos de tal ação, considerando que a presente tese versa a respeito do fomento praticado por empresas estatais “não fomentadoras por natureza”.

---

<sup>163</sup> Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 459.

<sup>164</sup> *Idem, ibidem.*

Como *agente fomentador*, ou seja, a entidade da administração pública de onde partem os incentivos para os agentes fomentados, temos a empresa estatal “não fomentadora por natureza”, seja ela empresa pública ou sociedade de economia mista. Neste passo, nosso foco de estudos está na realização da atividade de fomento administrativo por tal entidade, seja ela a dar início à política de fomento ou não. O que nos interessa é compreender a legitimidade de sua atuação fomentadora, ainda que a ação de fomento tenha sido planejada e seja dirigida pela administração central do Estado.

Como *agente do fomento*, temos os particulares que fazem a adesão voluntária à política de fomento implementada pelo agente fomentador, sendo eles que executarão as atividades de interesse coletivo estimuladas pela ação implementada.

Ao lado de tal categoria, há os *beneficiários ou destinatários do fomento*, que dizem respeito aos agentes ou setores que serão beneficiados com a ação implementada, por meio da atividade privada desempenhada pelo agente do fomento. Tal separação (entre agente do fomento e beneficiário) não é totalmente estanque, pois pode haver hipóteses nas quais haja a comunhão entre eles. Nestes casos, “o fomento estatal é estruturado de modo a arrolar como beneficiário um agente econômico que participa diretamente do setor que se quer incentivar. Nesse caso, haverá *congruência entre destinatário e agente do fomento*, e em geral o fomento atuará no estímulo à oferta, facilitando ou tornando menos onerosa a disponibilização de determinado bem ou serviço”<sup>165\_166</sup>.

Por fim, entre os elementos do fomento há os seus *mecanismos de implementação*, que dizem respeito aos instrumentos de efetivação de tais políticas (financeiros, creditícios, honoríficos etc.). No caso das empresas estatais, há uma série de instrumentos que podem ser utilizados e que devem ser analisados de acordo com os objetivos a serem alcançados, bem como de acordo com as características do mercado em que inseridas, o que modela a forma e a intensidade dos mecanismos de fomento a serem utilizados pelas empresas estatais, conforme será visto mais adiante.

---

<sup>165</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 433-434.

<sup>166</sup> Exemplo desta afirmação pode ser verificado no caso do PROINFA, que será estudado mais adiante nesta tese, no Capítulo 1 da Parte II.

## **CAPÍTULO 2 - AS BASES JURÍDICAS PARA A ANÁLISE DO FOMENTO PRATICADO PELAS “EMPRESAS ESTATAIS NÃO FOMENTADORAS”: EXERCÍCIO DE FUNÇÃO SOCIAL E LIMITES PARA A ATUAÇÃO NO MERCADO.**

Neste capítulo pretendemos analisar as bases jurídicas para o enquadramento jurídico das ações de fomento implementadas pelas empresas estatais “não fomentadoras por natureza”. Interessa-nos, então, compreender qual a sua natureza jurídica e quais as regras incidentes de acordo com a legislação nacional.

Nesta linha, o capítulo está dividido em duas seções. Na primeira, analisamos o fomento praticado pelas empresas estatais objeto desta tese enquanto manifestação da função social da empresa, de acordo com o art. 27 da Lei das Estatais e o art. 44 do Decreto n. 8.945/16, cujos conteúdos analisaremos, com a finalidade de determinarmos a extensão das atividades que podem ser desempenhadas pelas empresas estatais a este título. Na segunda, verificaremos as limitações incidentes sobre o fomento, decorrentes do seu enquadramento enquanto ação do Estado no domínio econômico, o que demanda o atendimento aos postulados do art. 170 da CF.

A intenção deste capítulo não é a de esgotar a análise teórica de cada uma das regras incidentes sobre o fomento administrativo praticado pelas entidades em estudo, mas apenas a de traçar os elementos centrais para a compreensão do marco teórico que será útil para a análise dos casos práticos analisados na Parte II.

### **SEÇÃO 1. FOMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS ESTATAIS “NÃO FOMENTADORAS POR NATUREZA”.**

#### **1. Função social das empresas estatais: uma falsa questão?**

1. A primeira questão a ser tratada neste capítulo diz respeito ao significado do termo *função social* das empresas estatais, uma vez que, à primeira análise, pode parecer contraditório falarmos em funcionalização de entidades que existem para o exercício de atividades econômicas nas hipóteses de relevante interesse coletivo e imperativo de

segurança nacional. Não seria, portanto, o próprio exercício do objeto social da empresa meio de concretização da sua função social? A colocação da questão exige alguns breves esclarecimentos a respeito deste princípio considerado fundamento da ordem econômica pelo art. 170, inciso III, da CF.

2. A ideia de funcionalização da propriedade privada liga-se à ideia de propriedade-função social, pela qual a justificativa do direito à propriedade privada do particular encontra respaldo no exercício de sua função social. Assim, é por meio desta (função social) que se mostra possível a garantia daquela (propriedade privada), uma vez que a legitimidade para a sua manutenção está no seu exercício de acordo com as regras atinentes à sua funcionalização social<sup>167</sup>.

No âmbito do direito societário, a vinculação da propriedade empresarial à função social foi estipulada nos artigos 116, parágrafo único<sup>168</sup>, e 154<sup>169</sup>, ambos da LSA, enquanto imposições ao acionista controlador e aos gestores das sociedades anônimas de atuarem, também, de acordo com a função social da empresa, considerando os efeitos externos que ela possui para a comunidade na qual inserida, aos consumidores, trabalhadores e demais afetados pela sua atuação.

Há, na linha da doutrina nacional<sup>170</sup>, a imposição de deveres positivos à empresa para que atue de modo a mitigar tais efeitos, não bastando que se abstenha de realizar

---

<sup>167</sup> De acordo com Eros Roberto GRAU, “[s]urgem verdadeiras *propriedades-função social*, e não simplesmente *propriedades*. A propriedade continua a ser um direito subjetivo, porém com uma função social. Não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce na medida em que entendemos que seu fundamento é inseparável da consideração de que o seu uso. Trata-se, então, de um direito subjetivo com uma função necessariamente social”. (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed., 2007, p. 243).

<sup>168</sup> “Art. 116 (...) Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

<sup>169</sup> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

<sup>170</sup> Ao tratar desta questão, afirma Calixto SALOMÃO FILHO: “No Brasil, a ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, III). Estendida à empresa a ideia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais”. (Sociedade anônima – interesse público e privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 127, jul./set. 2002, p. 19). Para uma crítica a



práticas danosas ao meio ambiente, trabalhadores, consumidores, comunidade na qual exerce a atividade empresarial etc. Na linha de Mario Engler PINTO JÚNIOR, “a função social é tudo aquilo que a empresa faz em prol da inclusão social e da proteção do meio ambiente, sem que haja obrigação jurídica, contrapartida específica, expectativa imediata ou futura de vantagem econômica”<sup>171</sup>.

É justamente em virtude desta ação que visa a gerar impactos sociais externos à atividade de execução do objeto social da empresa que se coloca a pergunta feita linhas acima.

3. Ao tratar desta temática, na década de 80 do século passado, Eros Roberto GRAU atrelou o sentido de função social da empresa estatal ao exercício do seu objeto social. Partindo da distinção entre empresas prestadoras de serviços públicos e desenvolvedoras de iniciativas econômicas<sup>172</sup>, o autor analisa a ideia de propriedade-função, enquanto dever imposto ao empresário de “ter em vista a contemplação do interesse social, entendido como o interesse tutelado pelo povo ou sociedade civil”. Ao tratar da propriedade pública (e, dizemos, portanto, da empresa estatal), afirma que ela “terá sido sempre – um pelo menos, seria natural que tal tivesse ocorrido – entendida como propriedade-função. À Administração incumbe, assim, originariamente, atuá-la tendo em vista a realização daquele interesse [interesse tutelado pelo povo ou sociedade civil]”<sup>173</sup>.

Mais adiante, no mesmo texto, ele analisa a função social das empresas estatais, distinguindo-as de acordo com suas funções públicas, da seguinte forma: (i) às empresas estatais que prestam serviço público, monopolizado ou não, “está atribuída a função de produção de bens e serviços que não podem ou não devem ser obtidos no regime de exploração privada”<sup>174</sup>; (ii) às de desenvolvimento de iniciativa econômica em regime de monopólio, a função social consiste no “desenvolvimento de atividade típica do setor privado, cuja assunção porém, por este, é incompatível com razões de segurança nacional

---

respeito da concepção de função social da empresa enquanto imposição de deveres positivos à pessoa jurídica, uma vez que esta existe para gerar lucro, não para ser uma unidade produtora de bens e serviços, cf. Fábio Konder Comparato. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, out./96, p. 43-46.

<sup>171</sup> **Empresa estatal...**, cit., p. 328.

<sup>172</sup> Demonstramos a nossa discordância com tal forma de classificar as empresas estatais no Capítulo 1 desta Primeira Parte, especialmente n. 17.

<sup>173</sup> Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 55, jul./set. 1984, p. 50.

<sup>174</sup> Ob. cit., p. 51.

ou necessária à organização do setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa”<sup>175</sup>; (iii) às desenvolvedoras de iniciativa econômica em caráter suplementar à iniciativa privada, “está também atribuída função nitidamente de integração capitalista”<sup>176</sup>; e (iv) às estatais que “*produzem para o mercado*, sempre no desenvolvimento de função de integração capitalista – na medida em que sua atuação está vocacionada à preservação dos mercados – justifica-se a sua existência, fundamentalmente, pelo atendimento imediato, cumulativo ou não, dos seguintes objetivos: supressão da incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado na exploração da atividade; supressão da insuficiência da oferta; coibição de situação de monopólio; implementação da função social da propriedade e promoção do pleno emprego”<sup>177</sup>.

Há, assim, na visão do autor, a vinculação da função social da empresa aos objetivos públicos que motivaram a sua criação, de modo que o exercício do seu objeto social já configura o exercício da propriedade-função.

Tal concepção parece presente no *caput* do artigo 27 da Lei n. 13.303/16, que determina que “[a] empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”.

De acordo com esta disposição legal, há a vinculação entre a função social da empresa e o exercício do seu objeto social, que materializa o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que justificaram a sua instituição. Em outras palavras: a função social da empresa estatal é decorrente do exercício do seu objeto social<sup>178</sup>.

No entanto, os próprios parágrafos do artigo 27<sup>179</sup> permitem a realização de outras finalidades públicas pelas empresas estatais, a título de exercício de função social de tais

---

<sup>175</sup> Ob. cit., p. 51-52.

<sup>176</sup> Ob. cit., p. 52.

<sup>177</sup> Ob. cit., p. 52.

<sup>178</sup> Ao tratar de tal dispositivo, Ana FRAZÃO afirma: “Sob a perspectiva exclusiva do *caput* do artigo 27, seria até questionável a possibilidade da implementação de políticas de responsabilidade social pelas estatais, tal como permite o §4º do artigo 154 da Lei das S/A. Afinal, se a Lei n. 13.303/2016 quis realmente reduzir a discricionariedade da gestão das estatais, uma primeira interpretação seria a de que outros interesses que não façam parte do objeto social não poderiam ser diretamente atendidos, ao contrário do que poderia haver mesmo em relação a uma companhia privada”. (Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista..., cit., p. 133-134).

<sup>179</sup> “§1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela

entidades, de modo que a visão estrita acima mencionada não encontra lastro na legislação vigente.

Assim, ao lado do exercício do objeto social da empresa estatal, ela pode desenvolver atividades de interesse coletivo ligadas à sua função social – que com aquele não se confunde –, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade empresarial, que deve respeitar os padrões de governança corporativa expostos na Lei das Estatais, conforme analisaremos a seguir.

## **2. Os três conteúdos normativos do art. 27 da Lei das Estatais.**

4. O artigo 27 da Lei das Estatais traz as regras a respeito da função social da empresa estatal, melhor delimitando o seu âmbito de aplicação. A redação nos parece conduzir para a existência de três conteúdos normativos de tal dispositivo: **(i)** o primeiro comanda a função social ao modo como deverá ser desenvolvido o objeto social da empresa estatal; **(ii)** o segundo trata da responsabilidade social corporativa e da sustentabilidade ambiental da empresa estatal; **(iii)** por fim, o terceiro dispõe a respeito dos patrocínios que podem ser concedidos pelas empresas estatais e das regras aplicáveis. Analisaremos com maior vagar cada um dos conteúdos acima nos itens a seguir.

### **2.1. A função social como atuação atrelada ao objeto social da empresa.**

5. A primeira disposição legal a respeito da função social da empresa a vincula ao exercício de seu objeto social, nos termos do *caput* e do §1º do artigo 27, que dispõem:

---

sociedade de economia mista, bem como para o seguinte: I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada. §2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam. §3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

“Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada”.

O comando legal, repetido no artigo 44 do Decreto n. 8.945/18<sup>180</sup>, vincula a função social da empresa estatal ao exercício do seu objeto social, tal qual expresso na respectiva lei que autorizou a criação da entidade, de modo que ela deverá, ao executar o objetivo de relevante interesse público ou de segurança nacional para o qual foi criada, buscar quatro objetivos, quais sejam: **(i)** o alcance do bem-estar econômico; **(ii)** a alocação socialmente eficiente dos recursos gerenciados pela empresa; **(iii)** a ampliação economicamente sustentada do acesso aos bens ou serviços produzidos pela empresa estatal; e **(iv)** emprego ou desenvolvimento de tecnologia nacional na atividade executada pela empresa estatal, desde que economicamente justificada.

O primeiro dos objetivos mencionados (alcance do bem-estar econômico) liga-se à ideia de eficiência do investimento realizado para a execução das atividades das empresas estatais, no sentido da aferição, em concreto, da relação custo-benefício dos valores gastos

---

<sup>180</sup> “**Art. 44.** A empresa estatal terá a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação. **§1º** A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa estatal, e também para: I - a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa estatal; ou II - o desenvolvimento ou o emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa estatal, sempre de maneira economicamente justificada”.

e dos resultados alcançados, com a finalidade de se aferir a eficácia das ações realizadas por tais entidades<sup>181-182</sup>.

O segundo objetivo, de alocação socialmente eficiente dos recursos, impõe que as atividades das empresas estatais (atividades ligadas ao objeto social da entidade) sejam executadas de modo a trazer efetivos benefícios à coletividade, de modo que haja a “garantia de que o investimento público promove, concretamente, benefícios à sociedade”<sup>183</sup>.

Essas duas perspectivas dizem respeito, no fundo, à necessidade de avaliações concretas e com base em dados reais a respeito da atuação das empresas estatais, com a finalidade de justificarem a própria existência delas, com base na relação custo-benefício da atividade (primeiro objetivo) e dos benefícios à coletividade (segundo objetivo).

As outras duas perspectivas, por outro lado, apesar de ligadas ao exercício do objeto social da entidade, tratam, na realidade, de funções acessórias a ele relacionadas. São meios de execução de tal objeto, tendo a lei impostas finalidades consideradas de interesse coletivo, com vistas a aproveitar sinergias entre a execução da atividade-fim da empresa estatal e benefícios coletivos que podem ser dela obtidos.

Nesta linha encontra-se o terceiro objetivo acima mencionado (a ampliação economicamente sustentada do acesso aos bens ou serviços produzidos pela empresa estatal), consistente na expansão das atividades desenvolvidas pela empresa no mercado, desde que tal ampliação ocorra “de modo sustentado, ou seja, apoiadas em seus próprios esforços”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> De acordo com Bernardo Strobel GUIMARÃES *et al.*: “A utilização de estatais para implementar objetivos públicos implica avaliar a efetividade do investimento feito pelo Estado. Isto requer a avaliação dos resultados produzidos, em concreto, para a sociedade (o chamado bem-estar econômico). Do ponto de vista do investimento público é preciso justificar que os recursos investidos pelo Estado na empresa gerem, materialmente, os benefícios esperados. Do contrário, seria permitida a burla ao princípio da eficiência. Estatais não podem ser vertedouros de dinheiro público. Mesmo a implementação de programas sociais pela via empresarial precisa ser medida em termos de eficácia e comparada com outras alternativas para ser legítima. Invocar que há interesses sociais e abdicar de métricas para avaliar a sua implementação não passa de retórica vazia, o que não se coaduna com o espírito que se pretendeu impor às empresas estatais”. (**Comentários à lei das estatais...**, cit., p. 163-164).

<sup>182</sup> Eficácia no sentido da “aptidão de a ação administrativa alcançar os fins a que se propõe, ou, em outras palavras, de produzir na realidade os efeitos almejados pela autoridade com uma dada intervenção”. (Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho. **Governança pública – um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente**. 2019, p. 43).

<sup>183</sup> Bernardo Strobel Guimarães *et al.* **Comentários à lei das estatais...**, p. 164.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 164.

Por fim, o quarto objetivo (emprego ou desenvolvimento de tecnologia nacional) diz respeito a mecanismo de fomento à tecnologia nacional<sup>185</sup> na execução do objeto social da empresa estatal, desde que “de maneira economicamente justificada”, nos termos da redação legal. Assim, há a necessidade de que as ações de fomento à tecnologia nacional devem ser implementadas nas hipóteses nas quais houver a possibilidade de vantajosidade econômica à empresa estatal pela implantação da tecnologia fomentada ao exercício de seu objeto social.

6. Do quanto exposto acima, resta claro que o exercício de função social da empresa estatal, nos termos do §1º, demanda a análise dos requisitos ali estipulados, bem como que “tais ações não podem decorrer de meras liberalidades, doações ou subsídios, mas precisam ser inseridas no contexto da racionalidade empresarial que caracteriza tais entes”<sup>186</sup>.

## **2.2. A função social como prática de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade ambiental compatíveis com o mercado em que atuam.**

7. Outra manifestação da função social da empresa estatal liga-se às práticas de responsabilidade social corporativa (RSC) e sustentabilidade ambiental compatíveis com o mercado em que atua, tal qual determinado no §2º do artigo 27 da Lei n. 13.303/16, nos seguintes termos:

“§2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam”.

Nesta hipótese, ao contrário da anterior, há a execução de atividades que não estão ligadas ao objeto social da empresa, o que nos coloca diante do problema central desta tese, qual seja, o da análise dos objetivos socialmente relevantes desempenhados pelas empresas estatais. O tema demanda considerações a respeito da RSC e da sustentabilidade ambiental, o que nos aproxima da literatura especializada nestes temas, em matéria de administração de empresas, ainda que de modo limitado, nas estritas balizas deste trabalho.

---

<sup>185</sup> *Idem*, p. 164-165.

<sup>186</sup> Ana Frazão. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista..., cit., p. 134.

8. No atual estágio de desenvolvimento econômico nacional e global, o valor atribuído às empresas privadas tem levado em consideração, além dos resultados econômicos das atividades desenvolvida, o impacto que tais empresas possuem no conjunto de pessoas que com ela se relacionam (*stakeholders* = empregados, consumidores, fornecedores, Poder Público, comunidade na qual localizada etc.), bem como no meio ambiente.

Trata-se de visão empresarial que considera a implementação de ações que visem à legitimidade da empresa perante a sociedade, o que demanda alterações nas tradicionais formas de decisão empresarial, que passam a escutar e interagir com os *stakeholders*. E tal grau de legitimidade influi no valor de mercado da empresa, de modo que ganhos econômicos e sociais, na atualidade, caminham juntos<sup>187</sup>, uma vez que a RSC vem se “transformando num parâmetro e referencial de excelência, para o mundo dos negócios e para todo o Brasil corporativo”<sup>188</sup>.

Conforme aponta José Antônio Puppim de OLIVEIRA<sup>189</sup>, inexistente conceito único de responsabilidade social corporativa<sup>190</sup>, havendo variações de acordo com o país no qual inserida a empresa e o momento histórico em que analisada a sua ação social, o que direcionará as atividades empresariais em tal ramo. Assim, “[e]m um país cujos problemas sociais sejam graves, surgirá possivelmente uma série de ações sociais como parte das ações de RSC. Em um setor de atividades com alto impacto sobre o meio ambiente, a interpretação de RSC virá com um viés ambiental mais forte. Em uma sociedade na qual os stakeholders tenham mais poder de organização e força política, possivelmente terão um poder de diálogo maior com a empresa”<sup>191</sup>.

Independentemente da interpretação conferida, há um núcleo comum à ideia de RSC, consistente na ideia de ser ela “um meio para alcançar sustentabilidade empresarial, que pode ser definida como a orientação da gestão das empresas para a obtenção de

---

<sup>187</sup> A respeito da interação com os *stakeholders* enquanto meio de legitimação da atividade empresarial, cf. José Antônio Puppim de Oliveira. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. 2ª ed., 2013, p. 74-76.

<sup>188</sup> Takeshy Tachizawa. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: os paradigmas do novo contexto empresarial**. 2019, p. 61.

<sup>189</sup> **Empresas na sociedade...**, cit., p. 53-56.

<sup>190</sup> O autor demonstra os conceitos de RSC formulados por diversas instituições, tais como a União Europeia, o Banco Mundial, o Instituto Ethos e a norma ISO 26000. (ob. cit., p. 56).

<sup>191</sup> Ob. cit., p. 57.

resultados positivos em termos econômicos, sociais e ambientais”<sup>192</sup>. Tais finalidades a serem alcançadas aparecem no mundo empresarial a partir de diversos pactos globais que estipulam princípios para as políticas empresariais, tais como, a Carta da Terra, a Declaração Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, o Pacto Global da ONU, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, as Diretrizes da OCDE para as multinacionais etc<sup>193</sup>.

Trata-se de atividades a serem desenvolvidas pelas empresas em consonância com tendência global, adequadas ao contexto social específico no qual inseridas, tornando-se, na atualidade, ação que “deixa de ser compulsória e passa a ser estratégica. Estar acima das exigências legais passou a ser uma vantagem competitiva e um diferencial no mercado. Muitos consumidores estão até dispostos a pagar mais caro pelos produtos socialmente responsáveis”<sup>194</sup>. Justamente por essa razão, importantes instituições ligadas ao mercado financeiro nacional e global criaram índices de sustentabilidade, tais como, o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) da B3<sup>195</sup>, o Dow Jones Sustainability Index (DJSI) e os Princípios do Equador para Instituições Financeiras, iniciativa do International Finance Corporation (IFC)<sup>196</sup>.

As lições acima demonstram que a RSC se apresenta hoje como um importante padrão empresarial no mercado nacional e global, aspecto que não pode ser desconsiderado pelas empresas estatais, por razões próprias de competitividade empresarial e de posicionamento no mercado.

9. Este ponto nos leva à necessidade de determinar o alcance da regra em análise, especialmente de acordo com a determinação legal de que as medidas de RSC deverão ser realizadas de acordo com o mercado no qual inserida a empresa estatal.

O primeiro alcance a ser analisado diz respeito à ideia de dever imposto às empresas estatais para a prática de atos de RSC. A Lei das Estatais, neste ponto, parece ter

---

<sup>192</sup> José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. 3ª ed., 2016, p. 115.

<sup>193</sup> Para a análise de tais documentos, cf. José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira. **Responsabilidade social empresarial...**, cit., p. 113 e segs.

<sup>194</sup> José Antônio Puppim de Oliveira. **Empresas na sociedade...**, cit., p. 97.

<sup>195</sup> [http://www.b3.com.br/pt\\_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm](http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm), acesso em 20.10.2019.

<sup>196</sup> Para análise de tais índices, cf. José Antônio Puppim de Oliveira. **Empresas na sociedade...**, cit., p. 165-168.



adotado uma lógica desenvolvimentista, no sentido de impor a tais entidades deveres outros que não aqueles expressos de modo limitado em seu objeto social. Parece-nos, então, haver a visão da empresa estatal como meio de implementação do alcance de finalidades sociais mais amplas, tais como a tutela do meio ambiente e aspectos sociais.

O segundo alcance do dispositivo trata da imposição de limites à ação dos gestores das empresas estatais, com vistas a coibir abusos que poderiam ser praticados em nome de ações de RSC. Assim, o termo “deverão” liga-se diretamente ao mercado no qual a empresa atua, de modo que há correlação direta entre as ações de RSC e a compatibilidade com o mercado no qual atuantes.

É nesse passo que a doutrina tem defendido que “as ações de responsabilidade social são autorizadas desde que de acordo com as práticas já assentadas no mercado ou determinadas pelos órgãos de autorregulação”<sup>197</sup>, bem como que “[o] próprio parágrafo 2º do art. 27 prevê que as estatais devem adotar práticas de sustentabilidade ambiental e responsabilidade social corporativa *compatíveis ao mercado em que atuam*. Ou seja, há clara limitação de atuação e, conseqüentemente, do exercício da função social”<sup>198</sup>.

Da leitura do dispositivo em tela, bem como das lições acima mencionadas, parece possível afirmar que a empresa estatal somente pode tomar as ações de RSC que repliquem aquelas tomadas por empresas privadas atuantes em seu mercado. De acordo com esta interpretação, portanto, as empresas estatais devem seguir os padrões de ações de RSC existentes no mercado em que atuantes, havendo, portanto, uma posição passiva: elas devem observar o que tem sido feito para, em seguida, agir no mesmo sentido.

**10.** De nossa parte, no entanto, apesar de partilharmos do entendimento de que o dispositivo em comento, de fato, restringiu o alcance das ações de RSC das empresas estatais, entendemos que a referência legal à *compatibilidade com o mercado* demanda alguns aprofundamentos interpretativos, especialmente diante da necessidade de se compreender o que é o mercado, bem como o papel dos agentes nele.

**11.** O mercado é uma construção social<sup>199</sup> baseada em regras econômicas e jurídicas (estas postas pelo Estado) que possuem por finalidade conferir previsibilidade

---

<sup>197</sup> A esse respeito, cf. Ana Frazão. Regime societário..., cit., p. 134.

<sup>198</sup> Cf. Mayara Gasparoto Tonin. Função social das empresas estatais. In Marçal Justen Filho (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. 2016, p. 279.

<sup>199</sup> De acordo com Pierre BOURDIEU, em lição que trata da economia enquanto ciência, mas que nos parece aplicável ao mercado, “[t]out ce que la science économique pose comme un donné, c’est-à-dire l’ensemble

para as trocas comerciais entre seus agentes, o que permite que elas aconteçam, criando o próprio mercado<sup>200-201</sup>. Assim, não há oposição entre Estado e mercado, mas sim uma relação de dependência deste com aquele. Ao atuar em suas mais diversas manifestações, o Estado constitui, permite a manutenção e molda o mercado por meio do direito<sup>202</sup>, o que legitima a criação de regras constitucionais que venham a limitar a atuação estatal na economia (por exemplo, a livre-iniciativa, a subsidiariedade e a proporcionalidade etc.).

Há, portanto, uma simbiose entre Estado, mercado e sociedade, que se influenciam mutuamente, em relações de mão dupla, no sentido de que, ao mesmo tempo em que o Estado molda jurídica e institucionalmente o mercado, ele é influenciado por este e pelas demandas da sociedade, que, por sua vez, influenciam e são influenciadas pelo mercado. Não há, assim, isolamento entre estas três forças, mas relação de mútua influência<sup>203</sup>.

---

des dispositions de l'agent économique qui fondent l'illusion de l'universalité ahistorique des catégories et des concepts utilisés par cette science, est en effet le produit paradoxal d'une longue histoire collective, sans cesse reproduit dans les histoires individuelles, dont seule l'analyse historique peut rendre complètement raison : c'est parce qu'elle les a inscrites *parallèlement* dans des structures sociales et dans des structures cognitives, des schèmes pratiques de pensée, de perception d'action, que l'histoire a conféré aux institutions dont l'économia prétend faire la théorie anhistorique leur apparence d'évidence naturelle et universelle". (**Les structures sociales de l'économie**. 2000, p. 11-12).

<sup>200</sup> É neste sentido que Natalino IRTI afirma que "Non si conosce oer vero alcun mercato (mercato, determinato nel tempo e nello spazio) che non presupponga istituti giuridici: anche l'elementare distinzione di 'mio' e 'tuo', dalla quale procede ogni atto di scambio, implica il *rinvio ad um criterio determinativo*. Il mercato non crea, ma postula la distinzione tra 'mio' e 'tuo' e dunque que i beni siano attribuiti in proprietà privata e non in proprietà comune. Rilievo, che anche concerne la presupposizione delle monete, o di forme di garanzie e responsabilità patrimonial, e via seguitando". (Il carattere politico-giuridico del mercato. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 1, gennaio/marzo 2004, p. 3-4).

<sup>201</sup> É neste sentido que Eros GRAU afirma que "(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos. (...) Sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir". (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed., 2007, p. 32).

<sup>202</sup> Na lição de Ruy Pereira CAMILO JÚNIOR, "As leis econômicas, explicativas do funcionamento do sistema de mercado, não prescindem da norma jurídica. O direito fixa os contornos das duas instituições centrais do mercado – a propriedade e o contrato. Na precisa dicção de Bentham, 'before laws, there was no property: take away the laws, property ceases'. O direito molda as múltiplas formas de cooperação entre s agentes, regulando a criação e a forma da empresa. O direito zela pelo respeito às regras do jogo do mercado, impedindo oportunismo, abusos e colusões, sem os quais não há eficiência e previsibilidade. O direito reserva os bens públicos (no sentido econômico da expressão), corrige assimetrias de informação, impõe rédeas aos monopólios naturais, remedia os impactos que extravasam para terceiros e para a comunidade a partir das ações e interações dos agentes (externalidades). O direito enfrenta de forma contínua e estruturante os riscos da nossa civilização hipertecnológica e crescentemente digital". (Liberdades de precificação e de pactuação. *In* Floriano de Azevedo Marques Neto; Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Rodrigo Xavier Leonardo (coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. 2019, p. 113).

<sup>203</sup> Para um estudo aprofundado a respeito das influências mútuas destas três forças, conferir as duas obras seminais de José Eduardo Faria: **O Direito na economia globalizada**. 1ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiros, 2004; e **Direito e economia na democratização brasileira**. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

O tema nos remete à ideia de *perfis do mercado*, tal qual trabalhada por Paula FORGIONI, segundo a qual é possível considerarmos o mercado como um fenômeno poliédrico, uma vez que “[u]no em sua existência, não pode ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, todas interdependentes entre si; é impossível que uma delas falte ao mercado, tal como não é possível que um cubo tenha, apenas, cinco faces”<sup>204</sup>.

A partir desta afirmação, a autora afirma que o mercado possui quatro perfis ou dimensões<sup>205</sup>: (i) a dimensão econômica, que significa o conjunto de relações entre os agentes atuantes no mercado e o produto delas; (ii) o perfil político, consistente no “papel que a competição (ou o modelo de competição) exercerá como fator de alocação dos recursos na sociedade”<sup>206</sup>; (iii) a social, que trata da “implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados”<sup>207</sup>; e (iv) a dimensão jurídica, que “revela o conjunto de regras e de princípios que pauta o comportamento dos agentes econômicos”<sup>208</sup>.

12. De todos esses perfis, parece-nos que o §2º do art. 27 da Lei das Estatais parece querer tratar da dimensão econômica do mercado, ou seja, das relações entre os agentes, o que nos coloca diante do problema acima levantado, de consideração a respeito de quem compõe o mercado para a finalidade da estipulação dos parâmetros de responsabilidade social corporativa a serem elaborados. Afinal, ainda na linha de Paula FORGIONI, “o mercado abrange o conjunto das relações existentes entre os agentes que nele atuam e também o produto dessa inteiração. Afirmar que ‘a empresa deve hoje ser vista no mercado’ significa, primeiramente, que ela há de ser encarada na dinâmica dessas relações”<sup>209</sup>.

Nesses termos, ao que nos parece, o dispositivo em apreço pretendeu adequar as ações de RSC das empresas estatais à dinâmica deste tipo de relação realizada pelas empresas que compõem o mercado no qual a estatal participa. Contraditoriamente,

---

<sup>204</sup> **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4ª ed., 2019, p. 137.

<sup>205</sup> Ob. cit., p. 137 e segs.

<sup>206</sup> Ob. cit., p. 143.

<sup>207</sup> Ob. cit., p. 162.

<sup>208</sup> Ob. cit., p. 163.

<sup>209</sup> Ob. cit., p. 139.

portanto, isto nos coloca diante do problema de determinar quais os limites de atuação das empresas estatais neste âmbito.

Com efeito, tais entidades também constituem o mercado no qual inseridas, sendo certo que, na realidade nacional, muitos mercados foram constituídos em torno das empresas estatais, tal como o mercado de petróleo em relação à Petrobrás, o mercado de geração e transmissão de energia elétrica, em torno da Eletrobrás etc.

Dessa forma, de acordo com o dispositivo em apreço, ao mesmo tempo em que devem seguir os padrões de mercado de RSC, as empresas estatais também o constituem, muitas vezes sendo o centro e o principal agente do mercado, o que pode gerar problemas de definição de quais são os parâmetros a serem observados. Se pensarmos, por exemplo, no Banco do Brasil e pensarmos na concorrência dele com bancos privados como Bradesco e Itaú, parece haver maior equilíbrio entre tais atores dentro do mercado bancário, do que na concorrência entre a Eletrobrás e empresas privadas de geração de energia elétrica, mercado no qual a empresa estatal é dominante, tanto em capacidade instalada de geração quanto em extensão de linhas de transmissão<sup>210</sup>.

Tal tema ganha maior complexidade quando analisamos a questão das companhias estatais que possuem expressão internacional, tanto com atuações em outros países, quanto a negociação de suas ações mobiliárias em bolsas de valores internacionais, do que é exemplo a Petrobrás<sup>211</sup>. Neste caso, o mercado com o qual a empresa deve buscar o padrão de compatibilidade é o nacional ou o internacional? Esta é uma questão que ainda não foi respondida – ou mesmo colocada – pela doutrina nacional.

**13.** Três pontos em torno da ideia de compatibilidade com o mercado merecem atenção para esta tese: **(i)** a posição da empresa estatal no mercado nacional; **(ii)** o grau de internacionalização da atuação da empresa estatal; e **(iii)** a possibilidade ou não de tal entidade ser a primeira a realizar ações de RSC no mercado no qual atuante.

O *primeiro ponto* diz respeito à posição da empresa estatal no mercado e a sua importância para a definição das ações de RSC a serem implementadas, considerando que tais ações também geram impacto reputacional e econômico para as empresas. Neste caso,

---

<sup>210</sup> Atualmente, a Eletrobrás continua a ser importante ator no setor de geração e distribuição de energia elétrica nacional, na condição de *holding* de diversas empresas subsidiárias, possuindo hoje aproximadamente 1/3 da capacidade instalada de energia elétrica do país e metade do total de linhas de transmissão de alta e extra-alta tensão (cf. <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Sobre-a-Eletrobras.aspx>, acesso em 20.10.2019).

<sup>211</sup> Para a atuação da Petrobrás fora do território nacional, cf. o capítulo 2 da Parte II desta tese.

parece importante compreender quais empresas compõem o mercado em análise e qual o papel da empresa estatal nele, como forma de evitar que haja uma interpretação monolítica do §2º do art. 27.

Assim, por exemplo, os critérios para determinar as ações de RSC do mercado, no caso do Banco do Brasil, que atua no setor financeiro em ampla competição com bancos privados, não parecem ser os mesmos da Petrobrás em seu respectivo mercado, no qual a concorrência com empresas privadas começou há poucos anos, sem que haja ainda competidores em âmbito nacional com o mesmo nível comercial da empresa estatal<sup>212</sup>.

Nesses dois casos, parece-nos que as empresas estatais possuem diferentes posições nos respectivos mercados, de modo que a adoção de “práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam” pode levar a diferentes soluções com relação a cada uma, sem que haja uma única interpretação possível para que se saiba quais ações de RSC são compatíveis com o mercado.

A determinação delas demanda análises econômicas, mercadológicas, de estratégia comercial etc., que fogem ao aspecto jurídico, de modo que o comando legal demanda o concurso de diversos profissionais e áreas, técnicas e políticas, da empresa estatal, com a finalidade de que sejam determinadas as práticas de responsabilidade social corporativa a serem implementadas pelas empresas estatais, em cada momento<sup>213</sup>.

O *segundo ponto* de interesse acima colocado trata do grau de internacionalização da empresa estatal, que poderá ser considerado determinante para o engajamento em ações de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade ambiental, tanto nas ações levadas a efeito, quanto nos valores a serem dispendidos nelas.

---

<sup>212</sup> De acordo com os Boletins Mensais de Produção de Petróleo e Gás Natural, da Agência Nacional do Petróleo – ANP, do ano de 2019, os campos de produção operados pela Petrobrás, em consórcio ou não com empresas privadas, produziram mais de 90% (noventa por cento) do petróleo e do gás natural no Brasil. No caso dos campos operados exclusivamente pela Petrobrás, este volume é de mais de 40% (quarente por cento). Os Boletins estão disponíveis em <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2395-boletim-mensal-da-producao-de-petroleo-e-gas-natural>, acesso em 02.11.2019.

<sup>213</sup> De acordo com Takeshy TACHIZAWA, “[e]m outras palavras, como uma empresa não compete e não cresce no vácuo, mas cresce refletindo a lógica e a dinâmica do setor econômico/ramo de atividade do qual faz parte, significa dizer que este último tem seu comportamento típico e parte da estratégia corporativa genérica das organizações, refletindo, necessariamente, essas características”. (**Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa...**, cit., p. 123).

Voltemos ao exemplo da Petrobrás. Como visto acima, ela praticamente domina o setor de produção de petróleo, gás natural e derivados no Brasil, além de possuir presença em diversos países, por meio de subsidiárias<sup>214</sup>. Nesta hipótese, o mercado no qual a empresa atua não é apenas o nacional, mas abrange também a exploração de petróleo em âmbito internacional, de modo que a análise mercadológica pode envolver aspectos ligados ao mercado internacional de petróleo, para a estipulação dos padrões de mercado sobre os quais as ações de RSC serão elaboradas.

*Por fim*, cabe analisar a possibilidade de a empresa estatal ser a primeira a realizar determinada ação de RSC no mercado no qual atuante. Um exemplo concreto auxilia na compreensão da questão colocada.

O Banco do Brasil instituiu o Programa Desenvolvimento Regional Sustentável, que possui por finalidade “catalisar diversos agentes econômicos, sociais e políticos na adoção de práticas economicamente viáveis, ambientalmente corretas e socialmente justas, contribuindo para dinamizar economias locais”<sup>215-216</sup>. Suponhamos que outros bancos atuantes no Brasil (Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal etc.) não tenham realizado, antes do banco público, ações semelhantes. Estaria ele impedido de realizá-la?

Entendemos que a resposta é negativa, uma vez que as medidas de RSC, conforme visto acima, são também meios de ganhos empresariais, de modo que o marketing de tais ações possui por finalidade “[p]rojetar uma imagem de alta qualidade, incluindo

---

<sup>214</sup> A Petrobrás possui subsidiárias em países como Holanda (PNBV – Petrobras Netherlands B.V.), Inglaterra (Petrobras Europe Ltd), Angola (Petrobras Oil & Gas B.V.), Estados Unidos (Petrobras USA) etc. (cf. <http://www.petrobras.com.br/pt/presenca-global/>).

<sup>215</sup> <https://www45.bb.com.br/docs/ri/ra2010/port/ra/32.htm>. O texto completo a respeito desta ação no site é o seguinte: “A Estratégia Negocial de Desenvolvimento Regional Sustentável (DRS) do Banco do Brasil objetiva apoiar atividades produtivas, a partir da identificação de vocações e potencialidades de comunidades de todo o país, com respeito à diversidade cultural e às suas tradições. Com esta estratégia, o Banco materializa seu grande diferencial, tornando-se uma organização que busca o desenvolvimento das regiões onde atua, gerando trabalho e renda de forma sustentável, inclusiva e participativa. Com o DRS, o BB busca catalisar diversos agentes econômicos, sociais e políticos na adoção de práticas economicamente viáveis, ambientalmente corretas e socialmente justas, contribuindo para dinamizar economias locais. A sua atuação baseia-se na visão de cadeia de valor para aprimorar todo o processo produtivo, desde o fornecimento de insumos, passando pela produção, beneficiamento, transporte, armazenagem até chegar ao consumidor final do produto. A metodologia DRS prevê a sensibilização, a mobilização e a capacitação de funcionários do Banco do Brasil, parceiros e beneficiários, além da elaboração de um amplo diagnóstico da cadeia de valor em questão. Com base no diagnóstico é elaborado o Plano de Negócios DRS, no qual são definidos os objetivos, as metas e as ações necessárias ao desenvolvimento da atividade produtiva escolhida. A metodologia – veja no quadro ao lado – fecha o ciclo com o monitoramento das ações definidas nos Planos de Negócios DRS e na avaliação de todo o processo”.

<sup>216</sup> O mencionado sítio eletrônico traz dados do programa entre os anos de 2006 e 2010, de modo que, para os efeitos desta tese, tomamos este como o período de vigência de tal ação de RSC.

sensibilidade socioambiental, quanto aos atributos de um produto e quanto ao registro de trajetória de seu fabricante, no que se refere à responsabilidade social”<sup>217</sup>.

Diante desta característica, parece-nos que a resposta à questão acima colocada se dá pelo ônus argumentativo imposto aos dirigentes da empresa estatal, no sentido de demonstrar, por meio de estudos técnicos, que aquela ação inovadora no mercado é, a um só tempo: (i) meio de tutela de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico; (ii) meio de ganho reputacional para a empresa; e, por esta razão, (iii) meio de aportar ganhos comerciais para a empresa.

Neste caso, parece-nos possível afirmar que o ônus de motivação da ação pública é mais forte do que aquele imposto na realização de ações de RSC já praticadas por outros agentes do mercado, uma vez que há a necessidade de ser explicitada a razão pela qual aquela ação é importante para trazer ganhos comerciais, uma vez que a responsabilidade social corporativa e a sustentabilidade ambiental não podem ser vistas fora dos ganhos de mercado da empresa.

Ainda neste aspecto, importante considerarmos duas hipóteses que podem ocorrer a partir do “primeiro passo” dado pela empresa estatal na elaboração de uma determinada ação de RSC.

Na primeira hipótese, após a ação estatal inicial, as demais empresas do setor empresarial passam a executar tais tipos de atividades no mesmo sentido. No exemplo acima, seria o caso de, após as ações do Programa Desenvolvimento Regional Sustentável do Banco do Brasil, outros bancos também desenvolvessem ações no mesmo sentido. Neste caso, parece-nos inegável que o requisito legal de “compatibilidade com o mercado” estaria atendido.

Na segunda hipótese, ocorre o contrário. Iniciada determinada ação de RSC pela empresa estatal, ela não é seguida pelos demais agentes do mercado, após determinado período de tempo<sup>218</sup>, o que demonstra que ela não atende ao requisito de “compatibilidade com o mercado”, o que deve levar, a nosso ver, à descontinuidade da ação iniciada, ante a subsidiariedade da ação da entidade neste domínio, bem como os limites legais impostos.

---

<sup>217</sup> José Antonio Puppim de Oliveira. **Empresas na sociedade...**, cit., p. 97.

<sup>218</sup> A determinação do período de tempo necessário para que outras empresas do setor econômico no qual atue a empresa estatal é questão técnica, a ser

### **2.3. A função social com ações voltadas para o fortalecimento da marca: o patrocínio.**

**14.** Outra manifestação da função social da empresa adotada pela Lei das Estatais é aquela voltada ao patrocínio de atividades de interesse coletivo, de acordo com o §3º do artigo 27:

“§3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei”.

De acordo com o dispositivo em apreço, é possível verificar que ele possui o seguinte conteúdo normativo: (i) os instrumentos jurídicos a serem utilizados são o contrato e o convênio; (ii) o patrocínio deve recair sobre atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica; (iii) há a necessidade de que tal patrocínio comprovadamente fortaleça a marca da empresa estatal; e (iv) as normas da Lei n. 13.303/16 sobre licitações e contratos são aplicáveis aos contratos e convênios de patrocínio, no que couber.

Da mesma forma como no item anterior, a ação da empresa estatal é realizada fora do seu objeto social, o que demanda reflexões a respeito da legitimidade das ações de patrocínio, bem como dos seus limites.

**15.** A legitimidade de tais ações está, como o próprio dispositivo em análise afirma, no fortalecimento da marca empresarial da estatal. Da mesma forma como ocorre com as ações de RSC, não se trata de atos tomados a título gratuito, de mera benemerência, mas sim de atuação intencionalmente realizada pela empresa com a finalidade de obter ganhos no mercado relacionados ao aspecto reputacional<sup>219</sup>.

Apesar de tal ação possuir semelhanças com aquelas de RSC, parece-nos haver algumas diferenças entre elas. Em primeiro plano, a ação de patrocínio é, ao menos do

---

<sup>219</sup> De acordo com o art. 2º, inciso II, da Instrução Normativa SECOM-PR n. 9/2014, que rege o patrocínio no âmbito da administração pública federal, é objetivo do patrocínio: “gerar identificação e reconhecimento do patrocinador por meio da iniciativa patrocinada; ampliar relacionamento com públicos de interesse; divulgar marcas, produtos, serviços, posicionamentos, programas e políticas de atuação; ampliar vendas e agregar valor à marca do patrocinador;”.



ponto de vista legal, meramente opcional para a empresa estatal, ao contrário da ação de responsabilidade social corporativa, que foi estipulada como um dever da empresa estatal (cf. item 9 *supra*).

Em segundo lugar, os critérios de análise da legitimidade das ações são distintos. No caso da RSC, o parâmetro que autoriza a atuação da empresa estatal é a compatibilidade com o mercado em que atua, ao passo que as ações de patrocínio demandam que elas sejam “comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca”.

A diferença é sutil, mas importante, especialmente pelos efeitos que trazem para a motivação das ações realizadas pelas empresas estatais. No caso do RSC, a motivação e a limitação estão nas práticas compatíveis com o mercado, de modo que é ele quem irá determinar, em um primeiro momento, as ações a serem realizadas e os seus limites temporais e de montante investido, conforme analisamos no item anterior.

No caso do patrocínio, no entanto, o critério não é a “compatibilidade com o mercado”, mas sim o fortalecimento da marca empresarial, de modo que, ainda que não haja paralelo de patrocínio de outros agentes do mercado a tal setor, mostra-se possível que a empresa estatal patrocine dada atividade, desde que ela comprovadamente fortaleça a sua marca.

Parece ser essa distinção o que motivou o legislador a estipular o limite aos gastos com patrocínio, nos termos do art. 93 da Lei das Estatais<sup>220</sup>, uma vez que a ausência do parâmetro mercadológico poderia levar a abusos com relação aos valores destinados a tais atividades<sup>221</sup>. Da redação do dispositivo, nota-se que o parâmetro do mercado para a definição dos valores a serem dispendidos em tais atividades é subsidiário (§1º) em relação ao valor estabelecido como regra (*caput*), ao contrário do que ocorre com as ações de RSC que possuem como parâmetro o mercado.

---

<sup>220</sup> “**Art. 93.** As despesas com publicidade e patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista não ultrapassarão, em cada exercício, o limite de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior. §1º O limite disposto no caput poderá ser ampliado, até o limite de 2% (dois por cento) da receita bruta do exercício anterior, por proposta da diretoria da empresa pública ou da sociedade de economia mista justificada com base em parâmetros de mercado do setor específico de atuação da empresa ou da sociedade e aprovada pelo respectivo Conselho de Administração. §2º É vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição”.

<sup>221</sup> Cf. Bernardo Strobel Guimarães et al. **Comentários à lei das estatais...**, cit., p. 458.

**16.** Aspecto que ressalta claro do dispositivo legal em comento trata da finalidade do patrocínio: o fortalecimento da marca empresarial, o que demanda da empresa estatal planejamento, requisitos de escolha e métricas de análise do retorno compatíveis com tal finalidade.

Este parece ser um ponto crítico para a validade das ações de patrocínio público, uma vez que ele pode facilmente ser confundido como uma espécie de auxílio público às atividades que não conseguem obter patrocínio da iniciativa privada. Trata-se, na realidade, de ação pública voltada para o fortalecimento da marca empresarial, sendo o patrocínio das atividades culturais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica o meio de alcance de tal fim.

O patrocínio não se revela como instrumento para a prática de ações gratuitas de caridade ou benemerência. Ele pode ter uma finalidade social ligada à melhoria das condições sociais, esportivas, educacionais e culturais de determinadas localidades, mas essas ações têm que ser planejadas, executadas e avaliadas de acordo com a lógica legalmente estipulada para elas, qual seja, a de fortalecimento da marca empresarial.

Exemplo que demonstra a diferença acima mencionada pode ser verificada por duas ações de patrocínio esportivo – mais especificamente de futebol – realizadas pela Petrobrás, quais sejam: **(i)** o patrocínio ao clube de futebol argentino River Plate, nos anos de 2006 a o início da década de 2010, por intermédio da Petrobrás Argentina; e **(ii)** o patrocínio da União Esportiva Vila Olímpica Maré, para apoio ao projeto “Educar pelo Esporte”.

No primeiro caso, parece-nos que a finalidade liga-se ao fortalecimento da marca, especialmente em solo argentino, onde a Petrobrás possui operações comerciais, sem nenhuma ação de cunho social. Tal finalidade parece clara ao analisarmos a nota à imprensa emitida pela subsidiária argentina da estatal brasileira, na qual firma que o patrocínio “expressa o compromisso da Petrobrás com a Argentina”<sup>222</sup>.

No segundo caso, por outro lado, parece-nos haver o fortalecimento da marca empresarial, por meio do patrocínio de ação de cunho social, “que visa auxiliar no desenvolvimento humano e comunitário de crianças, jovens e adultos na região da Maré,

---

<sup>222</sup> Marina Guimarães. Petrobrás renova patrocínio do River Plate. Exame, 10.10.2010. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/petrobras-renova-patrocínio-river-plate-584860/>, acesso em 25.10.2019.

ao desenvolver as habilidades e competências psicomotoras, cognitivas e sócio-afetivas, por meio de práticas educativas inovadoras e integradas que tenham o esporte como vetor de atração”<sup>223</sup>. Neste caso, a ação de patrocínio se aproxima da de responsabilidade socioambiental, mas com ela não se confunde, ante os parâmetros diversos: enquanto aquela possui por métrica o fortalecimento da marca empresarial, esta possui como medida as ações compatíveis com o mercado em que atua, conforme vimos anteriormente.

17. Estes exemplos demandam que analisemos se o patrocínio é ou não fomento administrativo. A questão se coloca, uma vez que há manifestações doutrinárias no sentido de afirmar que, a depender do tipo de ação patrocinada, pode ou não haver fomento, sendo este no domínio social. Exemplo desta posição é a de Diego PRANDINO, que afirma ser o fomento social uma das finalidades que levam a administração pública a realizar contratos de patrocínio de atividades culturais e esportivas, de modo que deve haver a vinculação entre a atividade patrocinada e as atividades sociais constitucionalmente previstas<sup>224</sup>.

Na mesma linha, o Tribunal de Contas da União – TCU, ao analisar as ações de patrocínio ao esporte das empresas estatais, afirmou que as ações de patrocínio não se confundem com o fomento ao esporte nacional, uma vez que possuem por finalidade aumentar negócios comerciais e alcance junto ao público em geral, o que demanda que se voltem para modalidades que já possuem sucesso e capilaridade com o público-alvo das ações de comunicação<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Trecho do voto do Ministro Vital do Rêgo, do TCU, no Acórdão n. 2.770/2018-Plenário, j. 28.11.2018.

<sup>224</sup> **O contrato de patrocínio ativo...**, cit., p. 91-105.

<sup>225</sup> Afirmou o voto do Ministro Vital do Rêgo, que conduziu o julgamento do TCU: “117. O patrocínio não se reveste em instrumento próprio para o fomento/desenvolvimento do esporte nacional, embora possa contribuir tangencialmente. Consubstancia-se em ferramenta de comunicação voltada para ‘gerar identificação e reconhecimento **do patrocinador** por meio da iniciativa patrocinada; ampliar relacionamento com públicos de interesse; divulgar marcas, produtos, serviços, posicionamentos, programas e políticas de atuação; ampliar vendas e agregar valor à marca do patrocinador’, conforme dispõe o normativo da Secom. 118. Aliás, o que se discutiu ao longo desta FOC foi justamente o fato de que os objetivos pretendidos pelo patrocinador não podem ser pautados pelos do patrocinado (no caso, entidades esportivas), uma vez que são distintos. No caso das entidades esportivas, a intenção é, de fato, o desenvolvimento da modalidade esportiva e dos atletas que prestigia e do ME a alavancagem da política nacional de esporte. Porém, tais objetivos não se confundem com aqueles das patrocinadoras, no caso da presente auditoria as empresas estatais, indicados no parágrafo anterior. 119. É dizer que o patrocínio, como ferramenta de comunicação institucional, pretende associar o negócio da patrocinadora com iniciativas de sucesso, para que possa, em última análise, alavancar sua atividade. E, por consectário lógico, busca-se a associação com ações que já tenham destaque/visibilidade para com o público-alvo para que o retorno obtido seja condizente com os valores empregados e os objetivos pretendidos. 120. Desta forma, utilizar o patrocínio das empresas estatais, cujos negócios não são o desenvolvimento da política de esporte, para impulsionar esta política como intuito primordial não se enquadra nas definições da ferramenta”. (TCU – Ac. Acórdão n. 2.770/2018-Plenário, j. 28.11.2018).

Concordamos em parte com a posição acima apresentada, uma vez que não nos parece possível separar o valor concedido a título de patrocínio do fomento ao objeto patrocinado (evento, equipe, atleta etc.), ainda que aquele não seja condição *sine qua non* para a realização deste. Este parece ser o ponto no qual se apegamos a posição acima mencionada, que, a nosso ver, está equivocada.

Com efeito, ao vincular a figura do patrocínio ao fomento social, parece que a doutrina e a jurisprudência acima mencionadas pretendem reduzir esta função administrativa apenas às hipóteses nas quais a subvenção pública seria necessária para a realização da atividade patrocinada. Assim, haveria um vínculo entre o patrocínio realizado e o fomento social a determinada atividade de interesse coletivo, que não existiria sem o auxílio estatal. Seria o caso típico do patrocínio da Petrobrás à União Esportiva Vila Olímpica Maré.

Entendemos, no entanto, que, mesmo nos casos nos quais o valor repassado a título de patrocínio não seja essencial para a realização do objeto patrocinado, haverá fomento administrativo, uma vez que este independe da sua essencialidade para a atividade fomentada. O traço característico, a nosso ver, é a intenção de estimular alguma atividade privada que gere benefícios à coletividade, nos termos do Capítulo 1 desta Parte I, ainda que o valor destinado não seja condicionante para a realização da atividade.

Ao analisarmos o caso do patrocínio ao River Plate, parece inegável que (i) o valor destinado a título de patrocínio serviu para fomentar o clube argentino, ainda que não tenha sido o único montante por ele recebido a tal título ou tenha sido essencial para que a equipe de futebol pudesse existir e desenvolver suas atividades privadas de relevância pública; e (ii) o interesse da Petrobrás em fortalecer a marca empresarial pelo patrocínio realizado.

Não há, neste passo, separação, mas sim comunhão de objetivos, no sentido de se obter o fortalecimento empresarial por meio do fomento a determinada atividade privada de relevância pública, o que é próprio dos contratos e convênios de patrocínio.

Com efeito, no patrocínio, há a comunhão de interesses entre o agente patrocinador e a atividade patrocinada. Aquele pretende que a sua marca empresarial seja fortalecida pela sua associação a algum evento esportivo, cultural ou a equipe ou atleta, ao mesmo passo em que estes pretendem receber o valor de patrocínio para a realização do objeto patrocinado. Trata-se, por isso, de contrato permeado pela cooperação entre as

partes<sup>226</sup>, de modo que ambas possuem objetivos comuns ligados à realização do objeto a ser patrocinado.

O que pode ser que falte, em determinados casos de patrocínio com a finalidade de fomento social, é a comunicação que possibilita o fortalecimento da marca ou mesmo a estipulação de métricas que sirvam para se aferir se o patrocínio alcançará a finalidade precípua que é o fortalecimento da marca empresarial<sup>227</sup>. Isto, no entanto, não significa que o patrocínio não seja modalidade de fomento estatal, não apenas com finalidade social, mas sim com fim de estímulo público a atividades privadas de relevância pública.

## **SEÇÃO 2. LIMITES À AÇÃO FOMENTADORA DAS EMPRESAS ESTATAIS “NÃO FOMENTADORAS POR NATUREZA”.**

Vistas as características da função social da empresa estatal e sua relação com o fomento praticado por tais entidades, cabe-nos analisar os limites a tal atividade, aqui considerada como forma da atuação estatal na economia, o que nos remete aos limites constitucionais a tanto, expressos nos artigos 170 e 174 da CF.

Não pretendemos, nesta Seção, esgotar o conteúdo normativo dos princípios e regras que instituem esses limites, uma vez que eles regem todas as formas de atuação

---

<sup>226</sup> Conforme Rafael Vêras de FREITAS, “[o] ‘Contrato de Patrocínio’ se configura como um contrato atípico (artigo 4251 do Código Civil), de natureza *cooperativa*, por meio do qual uma entidade, com a finalidade de aumentar a notoriedade de seus signos distintivos, entrega uma quantidade de dinheiro, de bens ou de serviços aos organizadores de eventos culturais, desportivos ou de espetáculos televisivos, para que estes a divulguem, no momento e na forma prevista neste ajuste. Por meio deste pacto, se estabelece uma relação jurídica entre Patrocinador e Patrocinado, em virtude da qual o primeiro colabora, de forma tangível, na organização ou celebração de um evento e, em contrapartida, obtém do segundo facilidades para difundir mensagens favoráveis a um público mais ou menos definido. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico que possui as seguintes características: (i) tem como objeto a veiculação publicitária de uma marca ou de um produto; (ii) tal publicidade é levada a efeito, por meio de pessoas estranhas ao Patrocinador; (iii) existe uma coligação entre as imagens do Patrocinador e a do Patrocinado; (iv) cada parte contratual permanece com autonomia para a condução de suas ações. Mas a sua principal característica é a *cooperação* que deve nortear as condutas das partes para a realização da divulgação da marca do Patrocinador. (O regime jurídico dos Contratos de Patrocínio celebrados pelo Poder Público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97670>>. Acesso em: 22 abr. 2019).

<sup>227</sup> A este ponto retornaremos nas conclusões da Parte II desta tese.

estatal na economia – possuindo, portanto, diferentes acepções<sup>228</sup> – mas apenas pontuar como eles incidem sobre a atividade de fomento praticado por empresas estatais.

## 1. Fomento administrativo como forma de atuação estatal na economia.

17. A atuação fomentadora do Estado parece-nos meio de atuação estatal na economia, por dizer respeito a meio de impulsionar atividades econômicas privadas que gerem externalidades positivas para a coletividade, sendo estas externalidades a justificativa para o próprio estímulo conferido.

18. Falamos em *atuação*, e não em *intervenção*, estatal na economia, por considerarmos que a ação do Estado na economia, não representa “*atuação em área de outrem*”, como colocado por Eros GRAU<sup>229</sup>, que parte da oposição entre serviço público (como domínio do Estado) e atividade econômica em sentido estrito (como domínio dos privados), para afirmar que, quando age naquele, o Estado realiza *atuação no domínio econômico*, ao passo que, ao atuar sobre essa última, haveria a *intervenção na economia*, por ser este o espaço reservado aos privados<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Exemplo desta realidade pode ser vislumbrado no princípio da subsidiariedade, que pode ser analisado, por exemplo, tanto sob o ponto de vista da subsidiariedade da atuação direta do Estado na economia por empresas estatais – permitido apenas nas hipóteses de necessidade para a segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, CF) – parece possuir um conteúdo mais restrito do que aquele constante do art. 2º, inciso III, da Lei n. 13.874/19, que dispõe ser princípio que norteia a aplicação da Lei de Liberdade Econômica, “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”. Nesta hipótese, parece-nos haver um conteúdo mais amplo, relacionado a qualquer forma de “interação do Estado com os particulares na seara econômica”, com a finalidade de limitar que a atuação estatal resulte na “exigência de uma autorização imotivada para que um particular possa desempenhar sua atividade econômica”, como pontuado por Caio de Souza LOUREIRO (Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In Floriano de Azevedo Marques Neto; Otavio Luiz Rodrigues Júnior; e Rodrigo Xavier Leonardo (coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. 2019, p. 91).

<sup>229</sup> **A ordem econômica...**, cit., p. 93.

<sup>230</sup> A transcrição da parte da obra do autor no qual o tema é abordado facilita na compreensão do significado de intervenção e atuação para ele: “A *intervenção*, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente *atuação em área de outrem*. Daí se verifica que o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo, dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal: intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais amplo (...). Por isso que vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. *Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo

De nossa parte, divergimos de tal entendimento, por duas razões. Em primeiro lugar, não vislumbramos a distinção entre os domínios da prestação de serviço público e da execução de atividades econômicas, tal qual o mencionado autor, uma vez que a relação entre os artigos 173 e 175 da CF não nos parece ser de oposição, mas sim de complementariedade<sup>231</sup>. Assim, não há um domínio próprio ao serviço público e outro às atividades econômicas em sentido estrito, enquanto categorias estanques e que possam levar a apartação entre áreas de atuação nitidamente do Estado e áreas dos privados.

Em segundo lugar, conforme visto acima – n. 11 deste Capítulo – há uma relação de dependência da economia em vista do Estado, uma vez que são as regras e a coerção por este exercida que irão moldar aquele e permitir a sua existência. Assim, a economia depende do Estado para se consolidar e se desenvolver, o que impede, a nosso ver, que ambos sejam considerados opostos.

Neste passo, parece-nos mais correta a proposta de Alexandre Santos de ARAGÃO<sup>232</sup>, que aponta três razões para a incidência entre Estado e economia: **(i)** a atuação do Estado enquanto organizador da vida social de determinada população implica na influência dos fluxos econômicos; **(ii)** o mercado decorre do direito criado pelo Estado, de modo que “[o] mercado, tal como apresentado nas economias capitalistas contemporâneas, é indissociável do direito estatal”<sup>233</sup>; e **(iii)** a prestação de determinadas atividades pelo Estado decorre da sua “importância social somada à impossibilidade de o mercado supri-las adequadamente” ou mesmo “por interesses estratégicos da sociedade ou por necessidades estruturais internas do próprio Estado”<sup>234</sup>.

Em virtude desta imbricada relação<sup>235</sup>, afirma o autor que a melhor expressão para essa relação é a de atuação do Estado, não de sua intervenção, variando aquela em forma e intensidade:

---

da *atividade econômica em sentido amplo*. Isso nos remete ao tema da distinção que aparta o campo dos *serviços públicos* do campo da *atividade econômica em sentido estrito*. (Ob. cit., p. 93-94).

<sup>231</sup> Cf. n. 12 do Capítulo 1 desta Parte I.

<sup>232</sup> **Empresas estatais...**, cit., p. 31-34.

<sup>233</sup> Ob. cit., p. 32.

<sup>234</sup> Ob. cit., p. 34.

<sup>235</sup> Ao tratar da etimologia da palavra economia e sua origem grega (*oikos* + *nomos*, em que *oikos* significa casa e *nomos*, as normas) afirma o Fábio NUSDEO que tal etimologia “põe em realce um dado essencial da realidade econômica, nem sempre devidamente lembrado ou trabalhado. É o da íntima relação entre Direito e Economia. Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – *nomos* – a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual

“Sendo assim, mais correto seria falar de atuação do Estado em relação à economia (e também vice-versa, de atuação da economia sobre o Estado), do que se referir a ‘intervenção’ ou a ‘interferência’ do Estado na economia. Todos esses subsistemas sociais (direito e economia) são estruturalmente acoplados e, conseqüentemente, inter-relacionados.

As formas e intensidades dessa atuação do Estado em relação à economia variam de acordo com o contexto político-ideológico prevalente em cada sociedade e momento, conforme positivado pelo legislador e pelo Poder Executivo, obedecendo os limites mínimos e máximos de atuação estatal ficados na ordem econômica constitucional, que, na maioria dos Estados contemporâneos, deixa uma ampla margem de opção à política majoritária”<sup>236</sup>.

Vale notar que a inexistência de separação entre Estado e economia não significa a supressão do mercado e do valor dos princípios da ordem econômica constitucional (livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada etc.), mas sim o reconhecimento da intensa relação entre eles, com a imposição do dever de o Estado levar em conta os reflexos de suas ações no mercado.

Assim, partilhamos do entendimento do autor mencionado, no sentido de que não há *intervenção*<sup>237</sup> do Estado na economia, mas sim *atuação*, que pode ser (i) direta, hipótese em que há atuação *na* economia, produzindo diretamente os bens e serviços para a coletividade, ou (ii) indireta, que ocorre quando ele atua *sobre* a economia, por meio de normas que influenciam o comportamento dos agentes privados, com a finalidade de direcioná-los a determinados fins de interesse coletivo.

19. Tomando, então, esta ideia de *atuação* do Estado na economia, bem como a classificação acima proposta, resta-nos claro que o fomento – ao menos nos termos tratados nesta tese – é meio de atuação estatal indireta na economia, pelo qual o Estado fixa regras que estimulam os agentes econômicos a adotarem comportamentos que sejam considerados socialmente benéficos, nos termos do art. 170 da CF.

---

ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito”. (**Curso de economia: introdução ao direito econômico**, 6ª ed., 2010, p. 29).

<sup>236</sup> **Empresas estatais...**, cit., p. 35.

<sup>237</sup> A ausência de separação entre Estado e economia parece ser o elemento central da crítica de Massimo Severo GIANNINI ao termo *intervenção*, como tratado pela doutrina europeia de direito público econômico: “Un modo molto diffuso per indicare l’oggetto del diritto pubblico dell’economia è che esso studia gli <<interventi>> dello Stato nell’economia, quasi a voler suggerire che lo Stato è una cosa, l’economia un’altra, da tener non solo separate, ma disgiunte. Questa concezione è falsa, perché è vero proprio il contrario: che lo Stato, e prima di esso gli ordinamenti generali che avevano caratteristiche giuridiche diverse dello Stato, hanno sempre disciplinato fatti attinenti all’economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali”. (**Diritto pubblico dell’economia**. 1985, p. 19).



Assim, o fomento, ao lado da regulação econômica, representa meio de influenciar os agentes econômicos a agirem de modo a concretizar os objetivos do mencionado dispositivo constitucional. Diferenciam-se enquanto funções que se valem de técnicas diversas para o alcance de finalidades de interesse coletivo previamente estipuladas na Constituição e na legislação. Nesta linha, enquanto a atividade regulatória representa a coordenação de atividades normativas, fiscalizatórias, sancionatórias, de composição de interesses e indução de comportamentos dos agentes econômicos<sup>238</sup>, o fomento representa técnica não coercitiva e de adesão voluntária por tais agentes<sup>239</sup>, podendo, inclusive, ser utilizado como técnica de regulação.

Ainda nessa linha, importante ressaltar que consideramos o fomento administrativo como medida de atuação na economia, ainda que ele seja direcionado a atividades que serão desenvolvidas por entidades do Terceiro Setor, bem como de que a modalidade do fomento seja a de atribuição de vantagem reputacional, sem a existência de contrapartida financeira por parte da empresa estatal. Em ambos os casos, o fomento molda a ação dos agentes econômicos, com impactos potenciais sobre os princípios regentes da ordem econômica nacional. Dois exemplos podem ilustrar este argumento.

Os serviços de saúde pública no Brasil podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por meio de parcerias com a iniciativa privada, hipótese na qual estaremos diante do sistema de saúde pública suplementar (art. 199, §1º, da CF<sup>240</sup>). Além do sistema público,

---

<sup>238</sup> Conforme José Vicente Santos de MENDONÇA, ao tratar da relação entre fomento e regulação: “[r]egulação é criar a norma, fiscalizá-la, aplicá-la, compor controvérsias, *induzir comportamentos*. Nem por isso ela seria mistura simples de polícia, fomento, poder normativo, funções executivas. Ela é tudo isso, em alguns casos partindo de visões diferenciadas das noções clássicas (como no caso da polícia, em que não se estaria tratando da noção oitocentista), dentro de um todo coordenado, gerando novas perspectivas e possibilidades práticas de atuação. O fomento existe na condição de técnica da regulação (ainda que não deixe, por isso, de ser fomento), mas ele e a regulação são coisas diferentes”. (**Direito constitucional econômico...**, cit., p. 365).

<sup>239</sup> De acordo com Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO: “A principal especificidade do fomento em relação a outras formas de intervenção [econômica] está na *estrutura da atuação estatal* adotada na busca de tais objetivos: no fomento, o Estado não atua diretamente na economia e nem se utiliza de meios coercitivos. O Estado usa mecanismo de estímulos e desestímulos para incentivar a realização de uma conduta desejada – conduta essa que, espera-se, irá contribuir para a efetivação dos objetivos arrolados no art. 170 da CF/1988, entre outros – por aqueles que queiram, voluntariamente, executá-la. A partir desse incentivo ou desincentivo estatal, gera-se um benefício que estimula o agente econômico a executar a conduta visada pelo Poder Público. Dessa forma, a satisfação de fins de interesse público (objetivo comum às diferentes formas de fomento) será buscada por meio de intervenção estatal mínima na propriedade e na liberdade, e dependerá do consenso do agente do fomento”. (Fomento..., cit., p. 409).

<sup>240</sup> Art. 199. [...] §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

a Constituição prevê a existência do sistema privado de saúde, estipulando o *caput* do art. 199 que “[a] assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Imaginemos que o Estado realize ações de fomento, com o repasse de recursos públicos, para estimular determinada entidade do Terceiro Setor a expandir a rede de saúde pública suplementar a ponto de universalizar o atendimento público a toda a população, de modo que a assistência à saúde prestada por meio de empresas privadas (especialmente planos de saúde) seja suplantada. Neste caso, a ação pública criaria um monopólio, com nítido prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa, uma vez que o “mercado de saúde privada” estaria comprometido.

Da mesma forma, podemos considerar as ações realizadas a título gratuito por empresas privadas para a conservação de bens públicos, tal qual o Programa Adote uma Praça, do município de São Paulo, regulamentado pelo Decreto n. 57.583/17. Em seu âmbito, é possibilitado que pessoas físicas ou jurídicas se voluntariem para cuidar de praças públicas, com até 10.000m<sup>2</sup>, sendo celebrado termo de cooperação entre a municipalidade e o interessado. Como contrapartida pela manutenção da praça, o particular pode afixar placas contendo seu nome ou logomarca, com mensagem indicativa da cooperação realizada.

Trata-se de típico exemplo de fomento reputacional, enquanto manifestação da responsabilidade social empresarial a que aludimos na Seção 1 deste Capítulo. Neste caso, o incentivo conferido à empresa para a celebração da cooperação é meramente reputacional, sem que ela receba valores ou obtenha vantagem pecuniária por tal ação.

Isto não significa que tal tipo de ação não possa ser prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa em determinados graus. Imaginemos, por exemplo, que tal tipo de ação fosse realizada em maior escala, incluindo todo o tipo de praças e parques públicos, com amplo engajamento de empresas privadas e de particulares em tais ações de conservação e manutenção. Em determinados graus, poderia haver a desnecessidade de a municipalidade contratar os serviços de manutenção de tais logradouros, prejudicando o mercado das empresas que prestam tais serviços e hoje são contratadas pela municipalidade, via contratos administrativos, para a prestação de tais serviços.

O que esses dois exemplos demonstram é que, ainda que o fomento não seja realizado no domínio econômico *strictu senso*, ou seja, com a finalidade de estimular determinadas atividades prestadas por empresas com finalidade lucrativa, ele pode

impactar tais atores, o que demanda da administração pública a fixação de limites para a sua implementação, expansão e manutenção.

Nesse passo, o fomento deve ser planejado, executado e observado em perspectiva ampla, com a finalidade de que seus efeitos sejam considerados tanto em relação ao setor no qual atua, quanto nos setores econômicos subjacentes. Trata-se, no fundo, de barreiras ao fomento, com vistas a preservar valores constitucionais, dentro os quais aqueles da ordem econômica<sup>241</sup>.

## **2. Limites ao fomento de acordo com ordem econômica constitucional.**

**20.** Visto que o fomento é meio de atuação estatal na ordem econômica, interessa-nos compreender os limites que são a ele impostos pela ordem econômica constitucional. Conforme pontuamos acima, tal função estatal existe justamente para concretizar os princípios postos no artigo 170 da CF, devendo o seu manejo ser realizado em relação a três dimensões: **(i)** a necessidade da existência da medida de fomento – *se o fomento é necessário*; **(ii)** o aspecto temporal do fomento – *até quando o fomento é necessário*; e **(iii)** a intensidade da ação fomentadora – *quanto de fomento é necessário*.

Cada uma das dimensões acima deve pautar a análise dos valores regentes da ordem econômica nacional, com a finalidade de que seja localizado o “aristotélico meio-

---

<sup>241</sup> O ponto é bem analisado por Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Marina Fontão ZAGO: “Especificamente no exercício da função fomentadora, a delimitação de limites (e controles quanto a sua observância) é igualmente relevante, uma vez que essa função pode ensejar interferências significativas no mercado como um todo. Ainda que se trate de intervenção indireta estruturada sob uma forma de consensual por indução (não coercitiva) – sendo, portanto, a forma mais branda em termos de limitação direta da propriedade e liberdade –, o fomento pode gerar impactos significativos mercado, ainda quando voltado para uma etapa específica da cadeia produtiva, sendo que seus efeitos podem não se limitar ao setor beneficiário imediato. É que, ao se destacar um setor, uma cadeia do setor ou grupo de agentes econômicos específicos que irá receber o incentivo estatal, acaba-se por criar uma distinção em relação entre este grupo fomentado e o resto do mercado. Essa distinção é criada pelo Estado, e não existiria em condições normais e exclusivas do mercado.

Ocorre que, ao conceder estímulos para o objeto escolhido, outros setores e agentes podem ser indiretamente impactados. De alguma forma, esse impacto é até mesmo visado pelo fomento, uma vez que os incentivos estatais são justamente manejados de modo a tornar mais atrativa a atividade fomentada – e, por outro lado, diminuir a atratividade de outras atividades que, embora sejam igualmente legalizadas, não geram tantas externalidades positivas para a sociedade quanto as atividades fomentadas. No entanto, tais aspectos podem ultrapassar – em intensidade e abrangência – a esfera do setor fomentado, gerando consequências para diversos outros setores econômicos. Veja-se, por exemplo, que incentivos estatais concedidos para a indústria de açúcar podem gerar consequências indiretas para os setores de álcool, petróleo e derivados, impactando toda a cadeia de abastecimento nacional de combustíveis”. (Fomento..., cit., p. 469-470).

termo de ouro: entre dois extremos, um meio-termo que é a virtude”<sup>242</sup>, de modo que a ação fomentadora não seja nem excessiva e nem insuficiente para alcançar os objetivos aos quais se propõem.

Ainda neste aspecto, entendemos que as três dimensões não podem ser analisadas de forma estanque, mas sim interdependente. Com efeito, enquanto medida administrativa de interação com o mercado, é provável que este se molde ao fomento público, de modo que, a situação fática e social que justificou a implementação da política pública em determinado momento, com um dado desenho, não mais subsista após determinado período, o que pode levar à diminuição da intensidade ou mesmo à extinção da política de fomento realizada.

## 2.1. A subsidiariedade e a proporcionalidade.

21. Dentre os limites à atividade de fomento, o primeiro a ser observado trata da análise da subsidiariedade e da proporcionalidade, que são critérios complementares. O primeiro trata da dimensão horizontal da ação fomentadora do Estado<sup>243</sup>, especialmente ligado à necessidade da atuação estatal para a tutela do valor público a ser promovido pela ação de fomento.

Considerando ser a livre-iniciativa um vetor importante da ordem econômica, há que se ponderar *se o fomento é necessário* naquele caso específico, o que decorre de duas análises<sup>244</sup>: **(i)** se a atuação estatal é necessária para a tutela do valor público, com a verificação da impossibilidade de seu atingimento pela iniciativa privada, sem a atuação estatal; **(ii)** em sendo necessária a atuação, se a técnica do fomento parece ser a mais adequada para a finalidade perseguida<sup>245</sup>, o que demanda um juízo comparativo em relação

---

<sup>242</sup> José Vicente Santos de Mendonça. **Direito constitucional econômico...**, cit., p. 413.

<sup>243</sup> Para a análise dos aspectos horizontal e vertical do fomento, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. **Fomento...**, cit., p. 471-474.

<sup>244</sup> Ob. cit., p. 473.

<sup>245</sup> A nosso ver, o juízo a ser feito pelo administrador público nessas circunstâncias, é mais o de uma aposta no resultado almejado do que de certeza. Isto não significa, porém, que seja uma espécie de jogo de azar, mas apenas que pode ocorrer de a previsão de alcance de determinado resultado pela técnica de fomento não seja alcançada, o que não significa que haja incúria, má-fé, desonestidade, má-administração etc. O resultado pode não ter sido alcançado por questões diversas, que envolvem tanto o risco inerente à atividade administrativa, quanto a sua interação com os agentes de mercado, que não é estática, mas acompanha o dinamismo da

às demais técnicas de atuação estatal na economia, especialmente a regulação, o poder de polícia ou mesmo a prestação direta da atividade pelo Estado, considerando os aspectos jurídicos, econômicos e técnicos envolvidos; e **(iii)** até quando o fomento deve ser concedido, o que impõe à administração pública o dever de avaliar periodicamente as medidas de fomento, com a finalidade de aferir se, passado determinado período após a implementação, elas ainda são necessárias para a tutela dos valores públicos tutelados.

Verificado tais aspectos ligados à subsidiariedade, incide a análise da proporcionalidade da medida fomentadora, momento no qual é verificada a intensidade do fomento, o seu aspecto vertical. A cautela, neste ponto, é achar o ponto ótimo para que o estímulo público não seja nem acima do necessário e nem insuficiente para a finalidade pretendida. Neste ponto, a administração pública fomentadora deve analisar **(i)** a intensidade da ação de fomento – *quanto de fomento conceder*, bem como **(ii)** o aspecto temporal de tal ação – *até quando conceder o incentivo*.

É possível que verificação da proporcionalidade leve a variações na intensidade ao longo do tempo, considerando a evolução própria do mercado. Assim, é possível que determinada medida de fomento concedida em dado momento tenha que ser mais intensa no início e gradativamente menos intensa ao longo do período subsequente, conforme os agentes do mercado se arranjam e rearranjam ao longo do tempo.

As pautas de análise acima mencionadas possuem por finalidade certificar a necessidade e a intensidade do fomento nas exatas medidas do necessário para a tutela do interesse público a ser tutelado, evitando as consequências negativas que o fomento desnecessário, desmesurado ou insuficiente pode acarretar para o mercado no qual incidente e naqueles subjacentes<sup>246</sup>.

## **2.2. Isonomia e impessoalidade.**

---

economia. A respeito dos riscos no âmbito das políticas públicas francesas, cf. Grégory Berkovicz *et al.* **L'économie des risques dans les projets publics**. Paris: L'Harmattan, 2016.

<sup>246</sup> Sobre os riscos do fomento excessivo ou insuficiente, cf. José Vicente Santos de Mendonça. **Direito constitucional econômico...**, cit., p. 389-390.

22. Ao lado da subsidiariedade e da proporcionalidade, a ação fomentadora deve observar a isonomia e a impessoalidade, princípios que demandam a existência de justificativa plausível para o tratamento desigual praticado pelo fomento.

Com efeito, a característica de tal função administrativa é a estipulação de alguma “*oportunidade ou de um benefício que colhe desigualmente os particulares*”<sup>247</sup>, sendo a legitimidade de tal desequiparação justamente a sua necessidade para o alcance de finalidade de interesse coletivo, por meio da atividade privada favorecida. Isto nos remete, novamente, à análise das três dimensões acima mencionadas do fomento, uma vez que elas é que irão determinar a legitimidade da atuação estimuladora do Estado.

A primeira dimensão trata da necessidade da medida de fomento para a tutela de determinado interesse coletivo (*se o fomento é necessário*). Assim, a isonomia e a impessoalidade incidirão no caso para que seja aferido se há a necessidade de concessão de privilégio a determinada categoria econômica para a tutela de dado interesse. Neste ponto, a aferição realizada pela administração pública deve evidenciar que (i) há um interesse coletivo a ser atendido, o que justifica a conferência de benefício a uma dada categoria; e (ii) que o fomento representa meio apto ao alcance de tal interesse, havendo um vínculo lógico entre o benefício concedido e o interesse tutelado.

A segunda dimensão trata do aspecto temporal da medida de fomento (*até quando o fomento é necessário*). Neste caso, a isonomia e a impessoalidade incidirão para determinar se, após determinado período, ainda é justificável o benefício concedido a certa categoria, em vista dos interesses a serem tutelados. Esta dimensão, portanto, gera o dever de a administração acompanhar a implementação da ação de fomento ao longo do tempo, para aferir se ela ainda é necessária, o que pode levar à descontinuidade da medida.

A terceira dimensão, por sua vez, diz respeito à intensidade da ação fomentadora (*quanto de fomento é necessário*). Aqui, o aspecto de interesse diz respeito à intensidade do fomento que não represente favorecimento desmotivado a determinada categoria, o que leva o tema a tangenciar o da proporcionalidade, considerando que a desequiparação permitida no âmbito do fomento é somente aquela necessária para a tutela do interesse público a ser atendido, bem como em sua exata medida.

---

<sup>247</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 475. Para a completa análise da isonomia e da impessoalidade no fomento, conferir, na obra citada, as páginas 474-478.

### 2.3. Livre-concorrência.

23. Outro princípio a ser respeitado pela ação de fomento é o da livre-concorrência, que é fundamente da ordem econômica nacional, considerando que esta possui no mercado o seu motor de desenvolvimento econômico. Este princípio liga-se diretamente à própria livre iniciativa, uma vez que de nada adianta o ordenamento jurídico prever a possibilidade de constituição de novas empresas, se elas não tiverem condições manutenção no mercado, o que se dá pela liberdade de concorrência em iguais condições com as demais empresas do mesmo mercado<sup>248</sup>.

Nesse passo, afirma Gaspar Ariño ORTIZ, tratando da Constituição espanhola, mas cujas lições são aplicáveis ao caso brasileiro, que “[u]no de los pilares de la Constitución económica es el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38), lo que significa la libre y leal competencia entre los agentes económicos”<sup>249</sup>.

A tutela da concorrência, neste ponto, significa a tutela do próprio mercado e dos consumidores, uma vez que ela impõe aos agentes do mercado o aumento da qualidade dos produtos ofertados, com menores custos aos adquirentes. É nessa linha que Paula A. FORGIONI afirma que a “Constituição enxerga a concorrência como um fator de produção de *externalidades positivas*, capaz de colaborar no funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores”, de modo que “para o bem da coletividade, os agentes econômicos devem disputar, devem concorrer”<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> De acordo com Fernando Facury SCAFF e Daniel Tobias ATHIAS, ao tratarem dos impactos da concessão de benefícios fiscais (espécie de fomento) para a livre-concorrência: “O foco central do problema não está na questão da liberdade empresarial, atrelada à livre-iniciativa de mercado, mas da isonomia concorrencial no mercado, atrelada à livre-concorrência, pois *a alegada mão invisível não funciona se o governo usar o dedo de forma injustificadamente distorcida*. Não é suficiente que a entrada no mercado seja ampla e acessível se as condições efetivas de concorrência sejam distorcidas por fatores tributários, tais como benefícios concedidos de forma não condizente com os objetivos da república e de forma discriminatória (devem ser acessíveis a todos e não a *players* específicos) de forma que, na prática, a concorrência se esfale”. (A competência do CADE para apreciar vantagens tributárias concedidas ao arripio da concorrência. In Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 183).

<sup>249</sup> **Princípio de derecho público econômico**. 2003, p. 345.

<sup>250</sup> Interpretação dos negócios empresariais e a Constituição Federal. Livre-iniciativa e livre concorrência. In Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 138.

A tutela da concorrência, no entanto, não impede que haja a concessão de fomento para determinados agentes econômicos, com a finalidade de que eles implementem ações de interesse coletivo e que venham a beneficiar a coletividade. Trata-se, na verdade, de considerar os princípios da ordem constitucional econômica de modo instrumental, ou seja, como meios para o alcance dos objetivos do art. 3º da CF<sup>251</sup>, o que representa a dimensão social do mercado, operacionalizada pelo direito, com vistas à “*implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados*”<sup>252</sup>.

Assim, não sendo a livre-concorrência um princípio absoluto da ordem econômica constitucional, torna-se possível a concessão de medidas de fomento – que poderão desequilibrar a concorrência entre os agentes contemplados e os demais, especialmente aquelas que demandem desembolso de recursos públicos ou a concessão de determinada isenção ou benefício fiscal para setores e agentes econômicos –, com a finalidade de concretizar os valores constitucionalmente tutelados.

É possível, nesta toada, que a medida que conceda algum benefício para uma categoria ou setor econômico seja feita justamente com a finalidade de estimular a concorrência entre as empresas, hipótese na qual a desequiparação existe justamente para concretizar a igualdade material entre as empresas de determinado setor<sup>253</sup>. Nesta hipótese,

---

<sup>251</sup> Paula A. Forgioni. **A evolução do direito comercial brasileiro...**, cit., p. 161-162.

<sup>252</sup> *Idem*, p. 162.

<sup>253</sup> É essa a justificativa para a concessão de vantagens competitivas em licitações para as empresas enquadradas nos conceitos de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006. A respeito das razões que levaram o legislador a prever tal regime diferenciado para as MEs e EPPs, importantes as considerações de Marina Fontão ZAGO: “A Constituição Federal expressamente determina o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas. Por meio da concessão de privilégios ou facilidades, espera-se neutralizar as situações de desvantagem econômica, técnica ou gerencial das MPÉs em comparação com as demais empresas, permitindo que concorram e disputem mercado em condições mais equivalentes. E, com seu desenvolvimento, induzem-se externalidades positivas para a sociedade, como a geração de empregos e a movimentação da economia. A neutralização das desvantagens materiais enfrentadas pelas MPÉs pode ser perseguida por diversos mecanismos – isenções fiscais, facilidades de procedimentos burocráticos, subsídios e fomentos. Há exemplos de iniciativas legais que buscaram criar um sistema protetivo para as MPÉs, com a previsão de incentivos diversos, envolvendo tanto a simplificação de procedimentos, como a concessão de tratamento jurídico e econômico privilegiado. No entanto, a Lei Complementar nº 123/2006 foi o primeiro diploma que previu preferências especificamente no âmbito das contratações públicas”. (**Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?**. 2018, p. 248). Na mesma linha, Luís Eduardo SCHOUERI e Guilherme GALDINO afirmam que “É a proteção da livre concorrência, com o fim de buscar maior eficiência econômica, um dos principais objetivos visados mediante a edição, ao longo da história legislativa brasileira, de diversos diplomas legais a instituir tratamento favorecido às pequenas empresas. Desde a percepção de que não bastaria o tratamento favorecido apenas sob o aspecto tributário, tornou-se evidente que o problema a ser encarado era de natureza concorrencial, não de capacidade contributiva”. (Tratamento favorecido a pequenas empresas: entre



o fomento é conferido com a finalidade de manter a própria livre concorrência entre os agentes do mercado<sup>254</sup>.

No entanto, é possível também que a medida de desequiparação seja conferida com a finalidade de desequilibrar a concorrência entre empresas ou setores, com vistas a favorecer algum deles, cuja atividade gera externalidades positivas e, por tal razão, o Estado entende que deve estimulá-la, por meio do falseamento das condições de concorrência, para nos valermos da expressão de José Vicente Santos de MENDONÇA<sup>255</sup>. Neste caso, a concorrência é propositadamente afetada, com a finalidade de estimular determinada atividade, agente ou setor.

Exemplo desta prática pode ser verificado na instituição de normas tributárias indutoras de comportamentos privados, com a finalidade de moldar a ação dos agentes do mercado, facilitando ou dificultando as respectivas condutas, de acordo com os interesses a serem tutelados<sup>256</sup>. Os benefícios fiscais a determinadas atividades ou setores são exemplos dessas normas, estando a sua legitimidade no alcance de objetivos republicanos<sup>257</sup>, considerando que a ordem econômica é instrumento da república para o alcance das finalidades constitucionalmente estabelecidas.

A questão da quebra da isonomia concorrencial, portanto, liga-se à existência ou não de justificativa constitucional e legalmente admitida para tanto, uma vez “restringir ou limitar, sem motivo lícito, a livre concorrência, é infração administrativa a ser punida, mesmo quando cometida pela Administração Pública, na forma da Lei nº 12.529/2011”<sup>258</sup>. Nessa linha, é possível que a ação fomentadora do Estado, apesar de prejudicar a livre concorrência seja admitida, caso haja justificativa plausível para que tal técnica de atuação administrativa seja meio de implementar valores constitucionais.

O tema nos remete à análise da razoabilidade e da proporcionalidade da quebra da livre concorrência e seu teste bifásico, conforme apontado por Eduardo Ferreira

---

nacionalidade, livre concorrência e uniformidade. In Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 325.

<sup>254</sup> Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 478.

<sup>255</sup> **Direito constitucional econômico...**, cit., p. 390.

<sup>256</sup> A esse respeito, cf. Luís Eduardo Schoueri. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. 2006, p. 203 e segs.

<sup>257</sup> Cf. Fernando Facury Scaff e Daniel Tobias Athias. A competência do CADE..., cit., p. 184.

<sup>258</sup> José Vicente Santos de Mendonça. **Direito constitucional econômico...**, cit., p. 391.

JORDÃO<sup>259</sup>. Pela razoabilidade, analisa-se “a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição”<sup>260</sup> à concorrência. Pela proporcionalidade, analisa-se a “relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos”<sup>261</sup>. Assim, as restrições à livre concorrência decorrentes de medidas de fomento administrativo demandam a análise de tais postulados para poderem ser realizadas, sob pena de invalidade de tais ações públicas. Essas duas pautas, na realidade, informam a análise dos três aspectos ligados à ação de fomento que formulamos acima (necessidade, temporalidade e intensidade do fomento).

Pelo primeiro aspecto, deve-se analisar se o benefício concorrencial é *necessário* para a concretização de valores constitucionais. Assim, deve-se analisar se a livre concorrência, por si, não é apta para que os agentes do mercado concretizem as finalidades constitucionais a serem atendidas, impondo-se, em caso, negativo, o desequilíbrio concorrencial.

Em segundo lugar, a análise recai sobre o *aspecto temporal* da medida de fomento, de modo que se deve verificar até quando a restrição à concorrência deve permanecer para a tutela dos valores constitucionais visados pelo incentivo público, considerando que a livre competição entre os agentes do mercado também é um valor constitucional a ser tutelado. Assim, é necessário que haja, após determinado período de tempo da instituição da política de fomento<sup>262</sup>, a aferição a respeito da necessidade de sua manutenção, tendo em vista que pode ser que o mercado já tenha se alterado o suficiente para tutelar o valor constitucional buscado pela ação fomentadora.

Por fim, a verificação a ser realizada recai sobre a *intensidade da ação fomentadora*, ou seja, do grau de restrição à livre concorrência necessário para a tutela do valor constitucional objeto da política de fomento. Neste ponto, há que se avaliar a necessidade de constituição de um mercado exclusivo para as empresas de determinado setor a ser fomentados – por exemplo, com garantia de aquisição pública dos produtos produzidos ou de concorrência apenas entre as empresas detentoras de determinadas características –, ou apenas de instituição de benefícios concorrenciais em favor de tais

---

<sup>259</sup> Restrições regulatórias à concorrência. 2009, p. 63 e segs.

<sup>260</sup> Ob. cit., p. 63-64.

<sup>261</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>262</sup> A estipulação de tal período não nos parece ser matéria jurídica, mas sim ligada a aspectos econômicos, sociais e mercadológicos.

agentes, elementos que devem ser analisado ao longo do tempo para a adequação da política de fomento à realidade do mercado.

**24.** A incidência de tais parâmetros de limite ao fomento praticado por empresas estatais ficará mais clara na Parte II desta Tese, quando analisaremos três ações de fomento e, em cada uma, como tais parâmetros incidem e são interpretados.

## PARTE II - ANÁLISE DA PRÁTICA DAS POLÍTICAS DE FOMENTO IMPLEMENTADAS POR EMPRESAS ESTATAIS

“Sans apparaître jamais comme objet d’étude de la théorie juridique, la notion d’Administration publique permet finalement aux théoriciens de construire leurs grandes classifications du droit [...] La notion d’Administration publique, d’une part, confère seule à l’ensemble de ces phénomènes, que les théoriciens veulent regrouper, une apparente unité. Elle assure, d’autre part, la cohérence d’une liaison permanente de ce système théorique avec une pratique juridictionnelle sans cesse élargie, c’est-à-dire une véritable autonomie.” (Gilles J. GUGLIELMI<sup>263</sup>).

“Le droit administratif n’est pas un droit posé antérieurement à l’activité de l’administration, mais il s’est construit parallèlement à elle et les questions de droit administratif ne sont pas étrangères ou extérieures à celles qui se posent à l’action administrative.” (Jeanne de GLINIASTY<sup>264</sup>).

### INTRODUÇÃO.

1. As duas passagens que servem de epígrafe a esta Parte demonstram um aspecto que parece fulcral para a compreensão do direito administrativo: a colocação da administração pública no centro do estudo de tal disciplina jurídica, o que acaba por tornar *o direito administrativo como o direito da administração pública*, considerando as relações por ela travadas e as diferentes posições por ela ocupada em cada situação.

2. Tal aspecto, no Brasil, no entanto, parece não ter merecido a devida atenção dos principais autores das obras gerais<sup>265</sup> do direito administrativo nacional<sup>266</sup>, que ligam o

---

<sup>263</sup> **La notion d’Administration publique dans la théorie juridique française: de la Révolution à l’Arrêt Cadot (1789-1889)**. 1991, p. 288.

<sup>264</sup> **Les théories jurisprudentielles en droit administratif**. 2018, p. 209.

<sup>265</sup> Obras gerais no sentido exposto por Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, como aquelas obras que “no mais das vezes têm foco no público acadêmico, mas são produzidas de modo a igualmente servir a todos os profissionais do direito e mesmo aos administradores públicos”. (**Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. 2015, p. 334).

<sup>266</sup> Fazemos menção a tais autores, que publicam os manuais de direito administrativo, não por predileção de nossa parte a respeito da literatura por eles construída, mas sim pela influência que eles acabam por exercer nos agentes públicos e nos órgãos de controle, justamente pelo fato de terem escrito manuais que pretendem

direito administrativo mais a um conjunto de regras e princípios abstratamente considerados do que às normas jurídicas que regem as relações administrativas e suas peculiaridades. Analisemos, por exemplo, as concepções de direito administrativo de dois dos mais influentes manualistas da atualidade<sup>267</sup>: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e Maria Sylvia Zanella di PIETRO.

**2.1.** De acordo com o primeiro, o direito administrativo é “*o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem*”<sup>268</sup>. À primeira vista, a definição possui um aspecto funcional e coloca a ação administrativa e seus órgãos no centro do conceito de direito administrativo.

No entanto, o autor fundamenta tal ramo sobre o regime jurídico-administrativo, baseado em dois pilares – a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pela administração<sup>269</sup> –, dos quais decorre o conjunto de princípios genéricos que lhe dão base, admitidas as derrogações decorrentes dos institutos específicos existentes<sup>270</sup>. Ainda nesta linha, afirma que ao jurista cabe “desvendar os princípios acolhidos no sistema”, ao lado das regras expressas<sup>271</sup>, que formam o regime aplicável à administração.

Esta concepção, a nosso ver, acaba por colocar no centro do direito administrativo o regime jurídico formatado pelo intérprete, decorrente dos princípios fundantes da disciplina por ele desvelados pela interpretação e captação das regras postas pelo legislador. Parece-nos que esta concepção coloca demasiada ênfase na figura do intérprete do sistema

---

apresentar a disciplina de modo sistematizado. No fundo, a influência de seus escritos sobre os agentes estatais, acabam por moldar o próprio Estado, sua estrutura e suas manifestações.

<sup>267</sup> Influentes no sentido acima colocado, ou seja, de influência sobretudo a agentes públicos.

<sup>268</sup> **Curso de direito administrativo...**, cit., p. 37.

<sup>269</sup> Ob. cit., p. 53 e segs.

<sup>270</sup> Afirma o autor a esse respeito: “Ao ser reconhecido como de Direito Administrativo um dado instituto, não há a necessidade de enumerar e explicitar pormenorizadamente o complexo total de regras que lhe são pertinentes, uma vez que, de antemão se sabe, receberá, *in principio*, e em bloco, o conjunto de princípios genéricos, convindo apenas agregar-lhes as peculiaridades, o sentido, a direção e a intensidade que a aplicação dos princípios genéricos tem em cada caso, assim como eventuais derrogações provocadas pelos subprincípios ligados à natureza peculiar do instituto examinado”. (Ob. cit., p. 95).

<sup>271</sup> Ob. cit., p. 92, na qual se lê: “Advirta-se, outrossim, que as regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade em ser localizadas. De extrema importância, isto sim, é desvendar os princípios acolhidos no sistema; isto é, os que se encontram vazados nas diversas normas administrativas, informando suas disposições, embora não se achem formal ou categoricamente expressos. Estes, genericamente acolhidos no sistema, presidem toda a organicidade e, obviamente, podem ter generalidades maior ou menor, aplicando-se, então, à totalidade dos institutos ou apenas a alguns deles. São estes princípios que compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade interna do regime administrativo”.

jurídico (aquele que desvenda os princípios que conferem organicidade ao sistema), o que permite que ele, em determinados casos, desconsidere a própria legislação posta, quando esta for contrária aos princípios fundantes do regime jurídico-administrativo.

Assim, ao invés de o foco da disciplina estar na administração pública, como aparentemente parece decorrer da lição do autor mencionado, ela está, na realidade, no jurista, que interpretará as regras à luz do regime jurídico aplicável em bloco, determinando quando os princípios gerais poderão ser derogados, estipulando, ele, o direito aplicável à administração, conferindo os contornos desta atividade.

**2.2.** Ao analisarmos a definição proposta de Maria Sylvia Zanella di PIETRO, chegamos a conclusões semelhantes àquelas acima postas. Afirma a autora que o direito administrativo é o “ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”<sup>272</sup>. Também esta definição parece colocar a administração pública no centro do estudo<sup>273</sup>, seja no seu aspecto subjetivo (órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas), seja no aspecto objetivo (atividades desempenhadas).

No entanto, o desenvolvimento da análise realizada pela autora parece apontar para outro caminho. Em primeiro plano, a concepção da autora é fundada na ideia-chave de supremacia da administração sobre o particular, o que fica claro pela passagem na qual ela afirma ser o direito administrativo ramo do direito público, o que significaria ser ele “composto por um corpo de regras e princípios que disciplinam as relações entre a Administração e os particulares, caracterizadas por uma posição de verticalidade e regidas pelo princípio da justiça distributiva, no que difere do direito privado, que regula relações entre iguais, em posição de horizontalidade, regidas pelo princípio da justiça comutativa”<sup>274</sup>.

Em segundo lugar, na sua concepção, o direito privado aplicável à administração pública é derogado por determinadas regras de direito público, que decorrem da necessidade de tutela dos interesses da coletividade. Assim, a “a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum, para permitir à Administração Pública, quando

---

<sup>272</sup> **Direito administrativo...**, cit., p. 114 (com grifos no original).

<sup>273</sup> Este aspecto é ressaltado pela própria autora, ao afirmar que “embora baseado em vários critérios, o mais relevante é o que leva em conta o principal objeto da disciplina: a Administração Pública”. (Ob. cit., p. 116).

<sup>274</sup> Ob. cit., p. 114.

dele se utiliza, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos administrados, criando limitações à atuação do Poder Público”<sup>275</sup>.

Por fim, em terceiro plano, defende ela a existência de um regime jurídico administrativo calcado na ideia de prerrogativas e sujeições da administração frente aos particulares, remetendo à tradicional ideia de bipolaridade do direito administrativo, segundo a qual são conferidos privilégios à administração para a tutela da coletividade, sendo, ao mesmo tempo, impostos limites à sua utilização, por meio da fixação de direitos aos administrados e submissão da administração à lei em sentido amplo<sup>276,277</sup>.

Esta concepção, apesar de se aproximar mais de colocar o direito aplicável à administração pública no centro do direito administrativo, bem como de mencionar que o regime público ou privado incidente sobre a administração será aquele definido pelo legislador<sup>278</sup>, parece-nos não ter por preocupação captar as nuances e variedades existentes no exercício da função administrativa.

Ao focar a concepção na ideia de verticalidade entre administração e administrado, no regime de sujeição destes àquela, bem como na bipolaridade, parece-nos que a autora abre pouca margem para que se considere o direito administrativo como o direito aplicável

---

<sup>275</sup> Ob. cit., p. 129.

<sup>276</sup> Afirma a autora: “Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições** e **prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. Isto significa que a Administração Pública possui **prerrogativas** ou **privilégios**, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos”. (ob. cit., p. 130).

<sup>277</sup> A própria concepção da bipolaridade do direito administrativo é hoje questionada pelos administrativistas, em virtude dos diversos papéis que os privados assumem nas relações travadas com a administração. A este respeito, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In Carlos Ari Sunfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis (orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. 2015, p. 353-415).

<sup>278</sup> Ob. cit., p. 128-129.

à administração pública, em todas as suas variações, nuances, relações travadas com particulares e outras instâncias públicas etc.

No fundo, esta concepção parece mais próxima à realidade administrativa, mas ainda apegada a velhos dogmas ligados à posição de supremacia da administração sobre o particular como um dado inerente a tal relação, independentemente do que determinar o legislador, o que pode não corresponder às necessidades da própria administração de acordo com as relações por ela mantidas.

3. Entendemos que a correta compreensão do direito administrativo deve partir de uma concepção que leve a sério a colocação das regras aplicáveis à administração pública no centro do direito administrativo, permitindo a compreensão das mais diversas características e manifestações desta função estatal. Assim, dentro dos estritos limites desta tese, compreendemos que o direito administrativo é o direito aplicável à administração pública, conforme as relações por ela realizadas, de acordo com as regras previstas na Constituição e na legislação (leis e regulamentos). À complexidade da ação administrativa, corresponde um direito complexo, híbrido e que, por abranger situações diferentes e relações jurídicas diversas com vários agentes e entidades públicas e privadas, diversifica-se<sup>279\_280</sup>.

4. Tomando, então, esta concepção como base, entendemos que, ao menos em atividades tão diversificadas e maleáveis como o fomento administrativo, a compreensão da prática administrativa é importante para a compreensão de sua juridicidade. Com efeito,

---

<sup>279</sup> A esse respeito, afirma Carlos Ari SUNDFELD: “Hoje, é muito difícil aceitar a concepção tradicional, ainda cara aos administrativistas, de que seu direito é um sistema, com sólida unidade e coerência. Não é bem assim. O direito administrativo, reflexo da Administração, é tão multifacetado quanto ela. Embora a expressão ‘função administrativa’ esteja incorporada à linguagem jurídica corrente, o fato é que ela vale mais como sinônimo de *atividade administrativa* (isto é, serve para referir o que a Administração Pública faz) do que para dizer coisas muito fechadas sobre suas características jurídicas. É que, com a incrível diversificação das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas. São atuações muitíssimo variadas, com regimes também bastante diversos – complexos, cada um deles – e irredutíveis a alguns elementos essenciais e comuns. [...] pode-se continuar fazendo a ligação entre direito administrativo = Administração Pública = função administrativa. Não é preciso existir identidade de regime jurídico entre as várias atuações da Administração para que tenha algum sentido, na prática jurídica, agrupá-las em uma expressão comum. Sua unidade está na incidência de uma ampla cultura jurídica comum, formada em torno do fenômeno ‘Administração Pública’”. (Conversando sobre direito administrativo. *In* \_\_\_\_\_). **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., 2015, p. 35-36).

<sup>280</sup> Nessa linha, nos últimos anos têm surgido estudos que retratam a complexidade administrativa, considerando as suas diversas facetas e ampliação de atuação, bem como os impactos dessa complexidade para as atividades que se relacionam com a administração pública, tal qual a atividade controladora. A esse respeito, cf. Eduardo Jordão. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.



por se tratar de função exercida com graus elevados de discricionariedade<sup>281</sup>, permeado por legislação dispersa e não uniforme, bem como exercido por empresas estatais que se relacionam dos mais diversos modos com o mercado, parece-nos que a análise da prática administrativa ganha relevo na compreensão do direito aplicável ao fomento praticado por tais entidades.

Propomos, neste passo, que a prática seja utilizada não a título de ilustração das nossas opiniões a respeito do que seja a função estudada, mas sim como fonte reflexão para a análise do que tem sido o fomento praticado por empresas estatais e suas manifestações, leis, regulamentos, práticas<sup>282</sup>. É neste sentido que afirmamos acima a necessidade de se colocar o direito aplicado à administração pública no centro do direito administrativo, ou seja, com a finalidade de fornecer embasamento para, por meio da compreensão do que tem sido realizado, analisar as regras incidentes e, a partir delas, refletir o seu enquadramento ao direito administrativo nacional.

O percurso proposto é, neste sentido, oposto ao que os manualistas acima mencionados percorrem na análise do direito aplicável à administração pública. Ao invés de partirmos de concepção própria sobre as regras e princípios que consideramos incidentes sobre a atividade de fomento por empresas estatais<sup>283</sup>, reduzindo a atividade ao regime jurídico decorrente, entendemos que a melhor forma de analisar a atividade em apreço é pela fixação de determinados parâmetros, com conteúdos jurídicos mínimos, sendo a incidência deles observada de acordo com as peculiaridades das ações de fomento.

Assim, ao invés de partirmos de um modelo jurídico rígido, baseado em um conjunto de regras e princípios aplicáveis à atividade de fomento, sendo este derogado de

---

<sup>281</sup> Concordamos neste ponto com José Vicente Santos de Mendonça, no sentido de que o fomento não pode ser tratado pelo binômio estaque vinculação *vs.* discricionariedade, mas sim como atividade que está mais próxima da discricionariedade que da vinculação. (**Direito constitucional econômico...**, cit., p. 395 e segs.). Recentemente, a própria classificação tradicional do direito administrativo, que divide os atos administrativos em discricionários e vinculados tem sido questionada, falando a doutrina em graus de vinculação e discricionariedade nos atos estatais, cf. Gustavo Binbenojm. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., 2008, p. 195 e segs.; Marcos Augusto Perez. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. 2020, p. 36-38).

<sup>282</sup> A respeito da valorização da prática administrativa na construção da pesquisa em direito administrativo, cf. o excelente discurso de Carlos Ari Sundfeld no Simpósio “O que é pesquisa em Direito?”, realizado no ano de 2002, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, e publicado no ano de 2005 em formato de livro (Marcos Nobre et alii. **O que é pesquisa em Direito?**. 2005, p. 46-53).

<sup>283</sup> Percurso realizado pela parte da literatura jurídica que considera a existência de um regime jurídico aplicável à atividade de fomento administrativo, conforme mencionamos no n. 37 do Capítulo 1 da Parte I desta tese.

acordo com as peculiaridades, partimos da premissa de que tal atividade é, por sua própria configuração na legislação e na prática administrativa, diversificada e plural, o que demanda dos estudiosos a análise da prática realizada, de acordo com parâmetros definidos que permitam a comparação entre elas e a verificação do grau de aderência da prática ao direito positivo.

5. Neste âmbito, e com a finalidade de compreender as nuances envolvidas em tal atividade quando desempenhadas por empresas estatais, escolhemos analisar três de suas manifestações, que representam facetas diferentes da mesma função estatal.

Na primeira, há a empresa estatal enquanto mecanismo de implementação de políticas públicas de fomento elaboradas pela administração central, o que nos leva a estressar o argumento da autonomia administrativa de tais entidades. Neste âmbito, será estudado o programa PROINFA implementado pela Eletrobrás (Capítulo 1).

Na segunda, há a empresa estatal como estruturadora da sua própria política de fomento, o que nos remete ao estudo do programa Petrobrás Socioambiental, implementado nas áreas em que tal entidade exerce a sua atividade fim (exploração de petróleo, gás e hidrocarbonetos – Capítulo 2).

Por fim, estudaremos a empresa estatal como formuladora de política de fomento de acordo com as regras do mercado competitivo no qual inserida, o que nos remete à análise do fomento realizado pelo Banco do Brasil à cultura, ação que também conta com importantes ações de bancos privados, tais como o Itaú e o Bradesco (Capítulo 3).

A escolha das ações de fomentos de tais empresas estatais decorre de três motivos. Em primeiro lugar, elas são sociedades de economia mista que possuem ações listadas na [B]<sup>3</sup> – Brasil, Bolsa, Balcão, sendo que duas delas, a Petrobrás e a Eletrobrás, também possuem ações comercializadas na Bolsa de Nova Iorque<sup>284</sup>. Assim, esperamos que a análise dos casos demonstre a existência de ferramentas de governança corporativa que sejam adequadas para a composição dos interesses existentes dentro das companhias, bem como meios de garantir a autonomia administrativa de tais entidades.

Em segundo lugar, as três empresas estatais selecionadas possuem grande relevância nos mercados em que atuam, de modo que as ações de fomento nas quais envolvidas possuem potencial de gerar impactos significativos para a coletividade, o que

---

<sup>284</sup> Cf. Aldo Musacchio e Sergio Lazzarini. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. 2015, p. 125.

demanda mais atenção para os aspectos de governança corporativa em tais ações, uma vez que pode haver incentivos para que a administração central se utilize de tais empresas para alcançar finalidades que lhe são caras, mas fora do âmbito de atuação delas, ainda que considerado o aspecto da função social da empresa.

Conforme será visto em cada um dos capítulos adiante, cada empresa estatal possui suas peculiaridades no relacionamento com o respectivo mercado – inclusive, no caso da Petrobrás, com forte impacto em âmbito internacional –, mas é possível afirmar que todas elas possuem em comum o fato de suas atuações ordinárias<sup>285</sup> serem de grande relevância para ele, bem como de suas atuações subsidiárias (fomentadoras) também possuírem efeitos relevantes para a coletividade e para os demais agentes do mercado.

Por fim, em terceiro lugar, cada uma das políticas estudadas demonstra uma face da empresa estatal na concretização da função social da empresa, o que parece relevante para a construção de uma perspectiva qualitativa de tais ações subsidiárias de tais entidades.

6. Para permitir a análise da prática das ações de fomento por tais empresas estatais, bem como da sua aderência ou não ao ordenamento jurídico nacional, critérios baseados em oito pilares que consideramos os essenciais para a compreensão jurídica de tais ações, cujos conteúdos foram fixados na Parte I deste trabalho. São eles:

1. Os agentes envolvidos: **(a)** agente fomentador e a forma de envolvimento na política de fomento; **(b)** agente do fomento; e **(c)** o beneficiário da ação de fomento;
2. o estímulo concedido ao particular para aderir à política de fomento;
3. os valores públicos tutelados com a ação fomentadora;
4. os instrumentos jurídicos de implementação da ação fomentadora;
5. a autonomia administrativa da empresa estatal para a implementação da política de fomento;
6. o enquadramento da ação de fomento na função social da empresa;

---

<sup>285</sup> No sentido de desenvolvimento das atividades para as quais foram legalmente constituídas, de acordo com as leis de criação de tais empresas.

7. o atendimento aos objetivos constitucional e legalmente tutelados pela ordem econômica: **(a)** isonomia e impessoalidade; **(b)** subsidiariedade e proporcionalidade; **(c)** livre-concorrência.

8. Planejamento, acompanhamento e transparência na implementação e manutenção das ações de fomento.

Parece-nos que é por meio destes critérios que conseguiremos compreender o atual estágio da ação fomentadora das empresas estatais, bem como o seu grau de vinculação às regras aplicáveis a tais entidades, especialmente aquelas decorrentes da Lei n. 13.303/16.

## **CAPÍTULO 1. A EMPRESA ESTATAL COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA DE FOMENTO DA ADMINISTRAÇÃO CENTRAL: O CASO DO PROINFA DA ELETROBRÁS.**

No presente capítulo, analisaremos a utilização de empresa estatal, pela administração direta, para a implementação de política de fomento. Trata-se do Programa de Incentivo às Fontes de Energia Elétrica – PROINFA, destinado a fomentar a geração de energia elétrica oriunda de fontes alternativas, por meio da “participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, concebidos com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, no Sistema Elétrico Interligado Nacional” (art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.438/02).

Nesta hipótese, a empresa estatal foi colocada como peça fundamental de ação fomentadora do Estado, de acordo com seu objeto social, com resultados que, ao longo dos anos trouxeram grandes benefícios à coletividade, sendo apontado que “[s]eguramente, o PROINFA é um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento de fontes alternativas de energia no Brasil”<sup>286</sup>.

Conforme demonstraremos a seguir, tal programa mostra-se importante para a análise do fomento praticado por empresas estatais “não fomentadoras”, o que justifica o seu estudo na presente tese.

### **SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.**

#### **1. A importância da Eletrobrás para o mercado elétrico brasileiro.**

1. A análise do PROINFA nos coloca diante da necessidade de compreender o papel central da Eletrobrás – Centrais Elétricas Brasileiras S.A. no mercado elétrico nacional, mais especificamente no mercado de geração de energia elétrica. Nessa linha, não

---

<sup>286</sup> Rodrigo Bernardes Braga. *Setor elétrico brasileiro: visão crítica da geração de energia*. 2016, p. 291.

pretendemos realizar a reconstrução histórica do setor elétrico nacional<sup>287</sup>, nem da mencionada empresa estatal<sup>288</sup>. O que nos interessa, neste capítulo é, a partir da reforma de tal setor econômico nos anos 2000, analisar o papel da Eletrobrás em tal mercado, com a finalidade de compreendermos o seu *status* de empresa estatal relevante, tal qual exposto nesta tese.

A reforma do setor elétrico nacional, ocorrida nos anos 1990, teve como marco a desverticalização das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, com a finalidade de permitir a competição entre diferentes prestadores, com a introdução de agentes privados, em virtude da perda de capacidade de expansão dos investimentos em energia elétrica pelas empresas estatais até então dominantes no setor<sup>289</sup>.

Neste cenário, a Eletrobrás, que foi fundamental para a expansão da atividade industrial nacional nos anos 1960-1970<sup>290</sup>, por meio da implantação da política nacional de energia elétrica, passou a competir com novos agentes do mercado aberto em virtude da reforma do setor.

Mesmo com a competição introduzida, a Eletrobrás continua a ser importante ator no setor de geração e distribuição de energia elétrica nacional, na condição de *holding* de diversas empresas subsidiárias<sup>291</sup>, possuindo hoje aproximadamente 1/3 da capacidade instalada de energia elétrica do país e metade do total de linhas de transmissão de alta e extra-alta tensão<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> Para tanto, cf. Rodrigo Bernardes Braga. **Setor elétrico brasileiro...**, cit., p. 68-94; Renata Beckert Isfer. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In Marçal Justen Filho e Marco Aurélio de Barcelos Silva. **Direito da infraestrutura: estudos e temas relevantes**. 2019, p. 337-353.

<sup>288</sup> Para tanto, cf. o verbete Eletrobrás, no CPDOC-FGV, disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/eletrobras-centrais-eletricas-brasileiras-s-a>, acesso em 20.10.2019.

<sup>289</sup> Para a evolução da regulação do sistema elétrico nacional de acordo com as reformas do setor, cf. Mariana Mota Prado. O setor de energia elétrica. In Mario Gomes Schapiro. **Direito e economia na regulação setorial**. 2009, p. 1-32; Patricia Rodrigues Pessôa Valente. **A qualidade da regulação no Brasil: análise a partir de indicadores de qualidade**. 2015, p. 109-118.

<sup>290</sup> Thomas J. Trebat. **Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. 1983, p. 143-145.

<sup>291</sup> São empresas do grupo Eletrobrás: Eletrobras Amazonas GT, Eletrobras CGTEE, Eletrobras Chesf, Eletrobras Eletronorte, Eletrobras Eletronuclear, Eletrobras Eletrosul, Eletrobras Furnas, Itaipu Binacional, Eletrobrás Cepel, Eletrobrás Eletropar. Cf. <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Empresas-Eletrobras.aspx>, acesso em 20.10.2019.

<sup>292</sup> Cf. <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Sobre-a-Eletrobras.aspx>, acesso em 20.10.2019.

Nesta condição, parece-nos possível enquadrar a Eletrobrás no conceito de empresa estatal relevante, mencionado no Capítulo 1 da Parte I, uma vez que ela extremamente relevante para os setores de geração e distribuição de energia elétrica nacional, de modo que o seu envolvimento no fomento de políticas energéticas formuladas pela administração central ganha importância para os fins da presente tese.

## **2. A Eletrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.**

2. Outro elemento a ser analisado diz respeito ao enquadramento da Eletrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”, nos termos desta tese, ou seja, de empresas controladas pela União que não possua por finalidade social o fomento a atividades privadas.

Nesta linha, a análise da lei que autorizou a criação da Eletrobrás, do Decreto que aprova a reforma no Estatuto Social da companhia e deste último documento leva-nos a afirmar que ela pode ser enquadrada na categoria de empresa estatal “não fomentadora”, nos termos desta tese, o que nos autoriza a realizar o estudo da política de fomento na qual ela foi envolvida como peça chave, o PROINFA.

3. De acordo com a Lei n. 3.890-A, de 25 de abril de 1960, a União foi autorizada a criar empresa, sob a forma de sociedade por ações<sup>293</sup>, tendo por objeto “a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades” (art. 2º, *caput*)<sup>294</sup>.

O objeto social da empresa foi pormenorizado por meio do Decreto n. 4.559, de 30 de dezembro de 2002, que aprovou a reforma do Estatuto Social da empresa, nos termos

---

<sup>293</sup> “**Art. 1º.** Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações que se denominará Centrais Elétricas Brasileiras S.A., e usará a abreviatura ELETROBRÁS para a sua razão social”.

<sup>294</sup> “**Art. 2º** A ELETROBRÁS terá por objeto a realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades. §1º (VETADO). §2º Enquanto não for aprovado o Plano Nacional de Eletrificação, a Empresa poderá executar empreendimentos com o objetivo de reduzir a falta de energia elétrica nas regiões em que a demanda efetiva ultrapasse as disponibilidades da capacidade firme dos sistemas existentes, ou seja em vias de ultrapassá-la, (VETADO)”.

do documento anexo ao ato regulamentar. De acordo com o artigo 4º de tal anexo, a Eletrobrás possui por objeto:

“**Art. 4º** A ELETROBRÁS tem por objeto social:

I - realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de comércio decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica;

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

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

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

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

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

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

O Estatuto Social da empresa, por sua vez, expandiu ainda mais a gama de atuação da entidade. Ao dispor, em seu artigo 4º, a respeito das atividades a serem desempenhadas pela empresa, previu, além daquelas descritas no dispositivo supramencionado, as seguintes: “VIII - participar de associações ou organizações de caráter técnico, científico e empresarial, de âmbito regional, nacional ou internacional, de interesse para o setor de energia elétrica; e IX - participar, na forma definida pela legislação, de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia”<sup>295</sup>.

---

<sup>295</sup> É a redação do art. 4º do Estatuto Social da Eletrobrás: “**Art. 4º** A Eletrobras tem por objeto social: I - realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de empresa decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica; II - cooperar com o Ministério, ao qual se vincule, na formulação da política energética do país; III - conceder financiamentos a empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica sob seu controle, e prestar garantia, no país ou no exterior, em seu favor, bem como adquirir debêntures de sua emissão; IV - conceder financiamentos e prestar garantia, no país ou no exterior, em favor de entidades técnico-científicas de pesquisa sob seu controle; V - promover e apoiar pesquisas de seu interesse



4. Da análise de tais atos poder-se-ia questionar a validade da inclusão dos objetos sociais descritos nos incisos II a VII do Anexo ao Decreto n. 4.559/02, e nos incisos II a IX do Estatuto Social da Eletrobrás, uma vez que, ao menos em primeira leitura, parecem não corresponder ao objeto social expresso na lei autorizativa de criação da empresa, conforme acima transcrito<sup>296</sup>, o que levaria à incidência do art. 8º, *caput*, inciso II, da Lei n. 13.303/16, que afirma que o Estatuto Social da empresa estatal deve ser adequado à autorização legislativa de sua criação.

No entanto, a nosso ver, os objetos constantes dos atos infralegais possuem sua legitimidade atrelada à determinação do art. 5º do Decreto n. 8.945/16, que regulamenta a Lei das Estatais em âmbito federal e determina que “O estatuto social da empresa estatal indicará, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional, nos termos do **caput** do art. 173 da Constituição”. Assim, nos termos de tal regulamento, é o estatuto social que deverá explicitar o interesse público que justifica a atuação da empresa estatal, o que nos parece condizente com a realidade nacional, na qual as leis autorizativas de criação de diversas empresas estatais são ambíguas ou omissas<sup>297</sup>.

O estatuto social, assim, aparece como importante meio de adequar a atuação de tais empresas aos ditames constitucionais, sem a imposição dos custos políticos e burocráticos envolvidos com a aprovação de projeto de lei que viesse a realizar tal função.

De outro lado, tais objetos sociais podem ser considerados como evolução da atividade empresarial da Eletrobrás, ao longo das décadas, como meio de se adequar ao

---

empresarial no setor energético, ligadas à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como estudos de aproveitamento de reservatórios para fins múltiplos; VI - contribuir para a formação do pessoal técnico necessário ao setor de energia elétrica brasileiro, bem como para a preparação de operários qualificados, mediante cursos especializados, podendo, também, conceder auxílio aos estabelecimentos de ensino do país ou bolsas de estudo no exterior e assinar convênios com entidades que colaborem na formação de pessoal técnico especializado; VII - colaborar, técnica e administrativamente, com as empresas de cujo capital participe acionariamente e com órgãos do Ministério ao qual se vincule; VIII - participar de associações ou organizações de caráter técnico, científico e empresarial, de âmbito regional, nacional ou internacional, de interesse para o setor de energia elétrica; e IX - participar, na forma definida pela legislação, de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia”.

<sup>296</sup> “realização de estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a (VETADO) celebração dos atos de comércio decorrentes dessas atividades”.

<sup>297</sup> Afirma a esse respeito Mario Engler PINTO JÚNIOR que “[n]o âmbito federal, a delimitação do interesse público no estatuto social tornou-se impositiva por força do artigo 5º do Decreto n. 8.945/2016, mesmo quando a lei autorizativa de criação da empresa estatal seja ambígua ou simplesmente omissa”. (O interesse público na sociedade de economia mista. In Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 408).

mercado<sup>298</sup>, bem como de “forma diferenciada de exercer a atividade econômica inserida no seu campo de atuação”<sup>299</sup>. Há, portanto, mudança da forma de ação para a manutenção da atualidade do interesse público que justifica a atuação da empresa estatal.

5. Ainda no âmbito da análise do objeto social da Eletrobrás, ainda resta a caracterização da empresa como “não fomentadora por natureza”, nos termos definidos nesta tese. Conforme pode ser analisado pelos termos do objeto social descrito na lei autorizadora, pormenorizado nos atos infralegais mencionados, a atividade descrita que mais se aproxima da noção de fomento por nós analisada nesta tese é aquela que prevista no inciso IX do artigo 4º do Estatuto Social da companhia, que prevê “participar, na forma definida pela legislação, de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia”.

Tal previsão parece clara no sentido de envolver a Eletrobrás em programas de fomento destinados às finalidades ali previstas (fontes alternativas de energia elétrica, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia). No entanto, tal previsão não possui o condão de transformar a Eletrobrás em empresa estatal fomentadora por natureza, uma vez que o seu objeto principal de atuação continua a ser a realização de “estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de empresa decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica”.

Nestes termos a ação fomentadora em que envolvida a Eletrobrás é colateral em relação à sua ação principal e que fundamentou a sua própria criação, nos termos da lei autorizativa. A ela foi atribuída uma ação fomentadora no setor elétrico por ser a área em que atua, não tendo ela sido criada para fomentar o setor elétrico.

Se compararmos, por exemplo, o objeto social da empresa ora em análise com o do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – empresa estatal “fomentadora por natureza” –, o enquadramento da Eletrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza” fica claro.

---

<sup>298</sup> Ainda de acordo com Mario Engler PINTO JÚNIOR, “[n]ão obstante o objeto da empresa estatal esteja submetido aos princípios da reserva legal e da especialização, o interesse público nele contido pode evoluir ao longo do tempo e adquirir novas conotações em consequência da mudança do cenário socioeconômico”. (ob. cit., p. 412).

<sup>299</sup> Ob. cit., p. 413.

Nos termos da Lei n. 1.628/52<sup>300</sup>, que criou o BNDES – então BNDE –, sob a forma autárquica, e da Lei n. 5.662/71<sup>301</sup>, que o transformou em empresa pública, bem como do Estatuto Social<sup>302</sup>, o banco possui como objeto social atuar no fomento econômico à iniciativa privada, com vistas ao desenvolvimento econômico nacional. Ele existe para fomentar atividades privadas consideradas como relevantes para o desenvolvimento nacional.

Por outro lado, a função legal e estatutariamente atribuída à Eletrobrás não é o fomento do mercado elétrico nacional, mas sim a atuação nas áreas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, com os respectivos atos de comércio, o que não permite que ela seja enquadrada nas empresas estatais “fomentadoras por natureza”. Assim, estudar a ação de fomento na qual a Eletrobrás foi envolvida ganha relevo para os fins desta tese.

## SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.

Verificado, ainda que de modo genérico, o enquadramento da Eletrobrás no objeto de estudo desta tese, passamos a analisar, na sequência, de modo mais aprofundado o programa em análise.

### 1. A estrutura do PROINFA e a interação entre os agentes envolvidos.

---

<sup>300</sup> De acordo com o art. 8º, “Para dar execução aos objetivos desta Lei, bem como da Lei nº 1.518, de 24 de dezembro de 1951 e do art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, é criado, sob a jurisdição do Ministério da Fazenda, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, **que também atuará, como agente do Governo, nas operações financeiras que se referirem ao reaparelhamento e ao fomento da economia nacional**” (g.n.).

<sup>301</sup> De acordo com o art. 9º, alínea ‘c’, são colocados entre os objetos sociais do BNDE, “c) consignar no Estatuto Social disposição no sentido de que a sociedade **exercera as atividades do seu objeto social visando a estimular a iniciativa privada**, sem prejuízo do apoio a projetos, programas e operações financeiras relativos a empreendimentos que, por seu pioneirismo ou essencialidade, se caracterizem como de relevante interesse nacional” (g.n.).

<sup>302</sup> “**Art. 3º** O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País.

**Art. 4º** O BNDES exercerá suas atividades, visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público”.

6. O PROINFA foi estruturado por meio da interação de diversos agentes atuantes no mercado de energia elétrica, seja na condição de agentes fomentadores, seja de agentes fomentados ou de beneficiários da ação de fomento. No centro de tal ação está a Eletrobrás, com atuação determinante para o sucesso de tal programa.

6.1. O PROINFA é administrado pelo Ministério de Minas e Energia – MME, a quem compete, nos termos do Decreto n. 5.025/2004: (i) fixar os valores econômicos correspondentes às tecnologias específicas e os pisos das fontes eólica, de Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCH, e biomassa, o que significa que é o MME que fixa o preço do Megawatt da energia adquirida pela Eletrobrás<sup>303</sup>, tendo por base os parâmetros do art. 3º<sup>304</sup>; (ii) estabelecer o planejamento anual de ações “a serem implementadas, definindo o montante anual de contratação e avaliando o impacto decorrente do repasse de custos aos consumidores finais, de modo a tentar minimizá-lo”<sup>305</sup>; (iii) a faculdade de “definir medidas de estímulo ao avanço tecnológico que se reflitam na, progressivamente, no cálculo dos valores econômicos”<sup>306</sup>; (iv) editar, “com antecedência à Chamada Pública, o Guia de Habilitação por Fonte, consignando as informações necessárias à participação e habilitação

---

<sup>303</sup> Conforme arts. 4º e 7º, inciso II, c/c art. 2º, *caput*, inciso II:

“**Art. 4º** Os valores econômicos correspondentes às tecnologias específicas e os pisos para cada fonte serão estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia e divulgados por meio de portaria”.

“**Art. 7º** Na administração do PROINFA, o Ministério de Minas e Energia: (...) II - estabelecerá e divulgará os valores econômicos, obedecidas as diretrizes metodológicas definidas no art. 3º”.

“**Art. 2º** Para aplicação deste Decreto, considera-se: (...) II - Valor Econômico Correspondente à Tecnologia Específica da Fonte: valor de venda da energia elétrica para a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS que viabiliza econômica e financeiramente um projeto-padrão, utilizando essa fonte num período de vinte anos com determinados níveis de eficiência e atratividade, conforme as premissas indicadas no art. 3º”.

<sup>304</sup> “**Art. 3º** O cálculo dos valores econômicos será efetivado mediante o método do Fluxo de Caixa Descontado: I - para um período de vinte anos de operação comercial; II - com uma taxa de retorno do capital próprio compatível com os riscos minorados que decorrem das garantias de contratação e de preço; III - com níveis de eficiência compatíveis com o estágio de desenvolvimento tecnológico e com os potenciais energéticos nacionais; IV - com custos unitários-padrão de cada fonte para a determinação do valor a ser investido no empreendimento, inclusive os custos-padrão de conexão; V - com a estimativa do valor residual; VI - com as previsões de despesas e custos operacionais, inclusive perdas, uso de sistemas elétricos, tributos e encargos setoriais; VII - com as previsões de taxas de indisponibilidade e de consumo próprio de energia elétrica; VIII - com condições especiais de financiamento; IX - com uma relação entre capital próprio e de terceiros compatível com a praticada pelo mercado de geração de energia elétrica; X - com os descontos específicos previstos na legislação existente para a utilização das redes de transmissão e de distribuição; XI - considerando os níveis de depreciação estabelecidos na regulação específica para cada fonte; e XII - com as receitas advindas de subprodutos e co-produtos que venham a ser comercializados. **Parágrafo único.** No cálculo dos valores econômicos, o Ministério de Minas e Energia poderá considerar os incentivos ou os subsídios existentes para as fontes eólica, PCH e biomassa”.

<sup>305</sup> Art. 7º, inciso I.

<sup>306</sup> Art. 7º, inciso III.

de cada empreendimento no PROINFA<sup>307</sup>; e (v) definir o “cronograma da chamada pública”<sup>308</sup>.

**6.2.** A Eletrobrás possui as seguintes funções, nos termos do Decreto n. 5.025/04: (i) realizar as Chamadas Públicas para a seleção das empresas a serem incluídas no PROINFA<sup>309</sup>; (ii) celebrar os contratos de compra de energia elétrica das empresas selecionadas em cada Chamada Pública; (iii) desenvolver o Plano Anual do PROINFA – PAP, que “é o instrumento legal por meio do qual a Eletrobras apresenta os montantes anuais de energia e de custeio do PROINFA, que deverão ser rateados pela ANEEL, por meio de quotas aos consumidores do Sistema Interligado Nacional”<sup>310</sup>; e (iv) administrar a Conta PROINFA, utilizada para as concentrar as transações financeiras de tal programa<sup>311</sup>.

---

<sup>307</sup> Art. 7º, inciso IV.

<sup>308</sup> Art. 7º, inciso V.

<sup>309</sup> Art. 9º.

<sup>310</sup> **Programa Anual do PROINFA – PAP 2019.** 2018, p. 7. O artigo 12 estipula os requisitos mínimos que devem constar do PAP: “**Art. 12.** A ELETROBRÁS elaborará o Plano Anual do PROINFA, contendo, no mínimo: **I** - demonstrativo da energia contratada e da energia gerada das centrais geradoras do PROINFA e dos conseqüentes custos para o pagamento desta energia no ano subseqüente; **II** - previsão de adequação do preço da energia contratada em função do fator de capacidade verificado para o caso da fonte eólica; **III** - demonstrativo dos custos administrativos, financeiros e tributários incorridos pela ELETROBRÁS no PROINFA e previsão destes custos para os meses subseqüentes até o término do ano; e **IV** - demonstrativo de eventuais inadimplementos no recebimento das quotas de que trata o art. 13. **V** - previsão para despesas necessárias às atividades relacionadas ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL ou outros mercados de carbono; e (Incluído pelo Decreto nº 5.882, de 2006) **VI** - demonstrativo das despesas incorridas nas atividades relacionadas ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL ou outros mercados de carbono. (Incluído pelo Decreto nº 5.882, de 2006). **Parágrafo único.** Até 30 de outubro do ano anterior ao de sua vigência, o Plano Anual do PROINFA deverá ser encaminhado pela ELETROBRÁS à ANEEL, para homologação” (Disponível em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/PAP\\_2019.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/PAP_2019.pdf), acesso em 11.07.2019).

<sup>311</sup> “**Art. 16.** Fica criada a Conta PROINFA, a ser administrada pela ELETROBRÁS, composta dos seguintes itens: **I** - receitas decorrentes de: **a)** quotas de que trata o art. 13; **b)** liquidação, na CCEE, da energia produzida acima da energia contratada; **c)** benefícios financeiros provenientes do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL ou outros mercados de carbono; e (Redação dada pelo Decreto nº 5.882, de 2006) **d)** resultado das aplicações financeiras dos recursos da Conta; **II** - despesas decorrentes de: **a)** pagamento aos produtores de energia; **b)** aquisição de energia, na CCEE, para complementação das quotas de rateio de energia; **c)** reembolso à ELETROBRÁS dos custos administrativos, financeiros e dos encargos tributários decorrentes da contratação da energia do PROINFA, bem como de todos os custos relativos às atividades referidas no art. 5º, § 2º; (Redação dada pelo Decreto nº 5.882, de 2006) **d)** demais despesas necessárias ao regular desenvolvimento do PROINFA. **e)** atividades relacionadas ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL ou outros mercados de carbono. (Incluído pelo Decreto nº 5.882, de 2006) **§1º** Os resultados das aplicações financeiras com os recursos da Conta PROINFA serão incorporados ao seu saldo, que será apurado mensalmente. **§2º** Os recursos da ELETROBRÁS que venham a ser utilizados para pagar despesas associadas ao PROINFA serão remunerados com recursos da própria Conta, com base em taxa de juros equivalente àquela que seria obtida com a aplicação destes, em igual período de utilização. **§3º** Caberá à ANEEL a regulação e a fiscalização da Conta PROINFA. **§4º** Os recursos advindos das atividades relacionadas ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL ou outros mercados de carbono serão destinados à redução dos custos do PROINFA, rateados entre todas as classes de consumidores, nos termos da alínea “c”, inciso I, art. 3º, da Lei nº 10.438, de 2002, visando à modicidade tarifária. (Incluído pelo Decreto nº 5.882, de 2006) **§5º** Na hipótese de comercialização de créditos de carbono de projetos do

**6.3.** À ANEEL cabe a regulação do PROINFA, especialmente no que toca aos seguintes aspectos: **(i)** fixação da energia de referência de cada central geradora, correspondente à quantidade de energia, em MWh/ano, passível de produção, e que serve como base para a celebração do contrato com a Eletrobrás<sup>312</sup>; **(ii)** aprovação do PAP encaminhado pela Eletrobrás; **(iii)** publicação das quotas de energia e quotas de custeio do programa, a ser fixada anualmente, de acordo com o PAP encaminhado pela Eletrobrás<sup>313</sup>.

**6.4.** As empresas selecionadas são responsáveis por produzir a energia contratada pela Eletrobrás, bem como por respeitar as quotas de nacionalização dos equipamentos empregados na geração de energia elétrica a ser adquirida pelo PROINFA.

**6.5.** Ao BNDES, foi atribuída a função de financiar as atividades das empresas selecionadas no PROINFA, o que foi realizado por meio de programa específico<sup>314</sup>, que previa a destinação de até R\$ 5,5 bilhões, até 30.12.2005, com a finalidade de financiar os equipamentos a serem utilizados pelas empresas no programa de energia sustentável. O prazo de pagamento era de 10 (dez) anos, havendo carência de 06 (seis) meses para o primeiro pagamento devido pela empresa, após a entrada em operação.

**6.6.** Os consumidores finais da cadeia de produção, transmissão e distribuição da energia são os responsáveis por arcar com os custos totais do programa, proporcionalmente ao consumo verificado, excluídos os consumidores considerados como de baixa renda<sup>315</sup>.

**6.7.** Com relação ao funcionamento do PROINFA, ele pode ser descrito, em síntese e para as estritas finalidades estritas desta tese, da seguinte forma:

---

PROINFA ou dos direitos a eles relativos, em benefício do empreendedor, inclusive em data anterior a 1º de setembro de 2006, aplicar-se-á o disposto no inciso V do art. 11. (Incluído pelo Decreto nº 5.882, de 2006)”.

<sup>312</sup> Art. 2º, *caput*, inciso V. O procedimento para o cálculo do montante correspondente à energia de referência de empreendimentos participantes do PROINFA foi estipulado pela Resolução Normativa n. 62, de 5 maio de 2004, da ANEEL.

<sup>313</sup> Art. 13.

<sup>314</sup> O BNDES instituiu o “Programa de apoio financeiro a investimentos em fontes alternativas de energia elétrica no âmbito do PROINFA”, para realizar o financiamento de tais atividades. Os dados de tal programa de financiamento podem ser verificados em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/01\\_Programa%20de%20Apoio%20Financeiro%20do%20BNDES%20a%20Investimentos%20do%20PROINFA.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/01_Programa%20de%20Apoio%20Financeiro%20do%20BNDES%20a%20Investimentos%20do%20PROINFA.pdf), acesso em 16.10.2019.

<sup>315</sup> Conforme o art. 3º, inciso I, alínea ‘c’, da Lei n. 10.438/04, com redação determinada pela Lei n. 12.212/10: “o valor pago pela energia elétrica adquirida na forma deste inciso, os custos administrativos e financeiros e os encargos tributários incorridos pela Eletrobrás na contratação serão rateados, após prévia exclusão do consumidor beneficiado pela Tarifa Social de Energia Elétrica, integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda, entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, proporcionalmente ao consumo verificado”.

- a. o Ministério de Minas e Energia – MME autoriza a Eletrobrás a abrir Chamada Pública para a contratação de energia renovável, de acordo com (i) os critérios fixados na Lei n. 10.438/02, no Decreto n. 5.025/04 e no Guia de Habilitação elaborado pelo MME; (ii) os valores econômicos correspondentes às tecnologias específicas, fixados pelo MME; e (iii) a quantidade de Energia de Referência fixada pela ANEEL;
- b. realizada a Chamada Pública, são selecionadas as geradoras de energia alternativa, nos termos do Guia de Habilitação, seguindo-se a assinatura dos respectivos contratos;
- c. durante os anos de execução contratual, a Eletrobrás elabora o PAP anual, que é aprovado pela ANEEL e determina a quantidade de energia a ser adquirida, os valores de aquisição e as quotas a serem rateadas pelos consumidores do Sistema Interligado Nacional;
- d. a energia produzida pelos geradores contemplados no PROINFA são adquiridas pela Eletrobrás a preços subsidiados, com posterior comercialização realizada em nome dos produtores.

## **2. O PROINFA e o desenvolvimento da produção de energia sustentável no Brasil: breve análise dos resultados do programa.**

7. Apesar de termos afirmado no Capítulo 2 da Parte I que o resultado da política de fomento não é determinante para a sua legitimidade jurídica, parece-nos importante registrar os resultados de tal ação pública, uma vez que eles serão relevantes para a análise do respeito à subsidiariedade e à livre-concorrência do PROINFA, especialmente no que toca à sua continuidade.

A partir de dados levantados por Thiago Barbosa DINIZ<sup>316</sup>, que analisou a evolução da geração de energia eólica no Brasil, podemos concluir que o PROINFA gerou benefícios tanto para tal indústria, quanto para a de produção de componentes dos parques eólicos.

---

<sup>316</sup> Expansão da indústria de geração eólica no Brasil: uma análise à luz da nova economia das instituições. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 50, jan./jun. 2018, p. 233-255, especialmente p. 239-240.

Com relação à indústria de geração de energia eólica, houve aumento da eficiência técnica, com a diminuição do Capex necessário para tal atividade, que caiu de R\$ 6 milhões por MW de capacidade instalada nos projetos contratados pelo PROINFA (anos de 2004 e 2005), para R\$ 3,5 milhões por MW, nos Leilões de Energia de Reserva (LER) realizados em 2011. Na mesma linha, o valor do megawatt da energia eólica tornou-se mais competitivo ao longo dos anos, caindo de R\$ 365,26 no PROINFA para R\$ 129,97 no LER de 2014. Além disso, a evolução da capacidade instalada em geração eólica no país cresceu de 27,1 MW em 2005 para 18.157,3 MW em 2019, em energia acumulada.

Com relação à indústria de componentes dos parques eólicos, houve significativo aumento da produção nacional. Em 2009, havia apenas duas fábricas de aerogeradores no Brasil, ao passo que em 2014 foram contabilizadas dez fábricas de torres e componentes mecânicos, nove fábricas de aerogeradores e três fábricas de pás<sup>317</sup>.

Ao que parece, portanto, o programa atingiu a sua finalidade macro<sup>318</sup> de estimular a geração de energia elétrica oriunda de fontes alternativas, diversificando a matriz energética nacional e a cadeia produtiva atrelada, o que envolve tanto as geradoras de energia, quanto as empresas fabricantes dos respectivos equipamentos<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> De acordo com o referido autor, o papel do BNDES nestes números foi significativo, uma vez que “no acumulado de 2003 ao final do primeiro trimestre de 2015 foram aprovados desembolsos para 71 projetos eólicos ao valor de R\$ 25,2 bilhões, o segundo maior do setor elétrico, perdendo apenas para os desembolsos para usinas hidrelétricas (UHEs), nos quais naturalmente os investimentos são mais elevados”. (ob. cit., p. 240).

<sup>318</sup> Falamos em finalidade macro, pois não é objeto de nossa análise a questão do atendimento às metas em cada uma das modalidades de geração do programa (PCHs, eólica e térmica a biomassa). Nossa intenção é apenas analisar os benefícios coletivos trazidos pelo PROINFA para a diversificação da matriz energética nacional e a produção de energia por fontes alternativas.

<sup>319</sup> De acordo com Thiago Barbosa DINIZ, “Nove anos após a sua criação, em 2011 o Proinfa contabilizava 119 empreendimentos, sendo 41 eólicos, 59 PCHs e dezenove térmicas a biomassa. As fontes alternativas, consequentemente, passaram a figurar como uma opção factível para o fornecimento de energia, inclusive com a realização do primeiro leilão voltado exclusivamente para sua categoria – o leilão de fontes alternativas (LFA) de 2010. Nesse bojo, a energia eólica registrou um crescimento notável. A fonte, além do Proinfa e do ambiente de contratação livre (ACL), teve projetos contratados em dezesseis leilões e expandiu seu parque produtor exponencialmente, saltando de 27,1 MW de capacidade instalada em 2005, para 10.740 MW em 2016, chegando a corresponder por 7,1% da matriz elétrica brasileira (Abeeólica, 2017). Crescimento esse que deve persistir nos próximos anos, pois, de acordo com o Plano Decenal de Energia 2024, publicado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Energética (EPE), a geração eólica deve atingir 24.000 MW de capacidade instalada em 2024 e responder por 11,6% da matriz elétrica. (ob. cit., p. 235).



### **3. A análise da política implementada pelo PROINFA de acordo com os quadrantes de desta tese.**

#### **3.1. O PROINFA enquanto política de fomento administrativo.**

8. Da descrição realizada pelo PROINFA linhas acima é possível perceber que ele se enquadra na política de fomento objeto de estudo na presente tese, pois se trata de ação intencionalmente realizada pela administração pública – no caso, o MME, com o envolvimento da Eletrobrás –, destinado a uma finalidade de interesse coletivo, o desenvolvimento da energia renovável no Brasil, por meio de instrumentos jurídicos que possuem por objetivo criar obrigações entre as partes no alcance de metas pré-estabelecidas.

Há, portanto, coordenação de agentes públicos e privados na busca pela implementação de ação que visa à concretização de interesses coletivos, com planejamento e acompanhamento, características que enquadram o PROINFA no conceito de política de fomento desta tese.

#### **3.2. O enquadramento do PROINFA na matriz de análise de casos.**

9. Ao colocarmos o PROINFA na matriz de análise de casos, temos a configuração a seguir exposta.

9.1. O *agente fomentador* é a Eletrobrás, por ser ela a entidade determinada pela administração pública para efetivação da política de fomento implementada pelo PROINFA. Os demais órgãos e entidades estatais envolvidos, especialmente o Ministério de Minas e Energia e a ANEEL, possuem atuação relevante na condução de tal ação pública e em sua regulação, mas não são, eles, os agentes fomentadores. Esta função coube à Eletrobrás, especialmente por meio da aquisição da energia elétrica produzida pelas geradoras escolhidas via chamamento público.

Também aparece como agente fomentador, em uma segunda linha do PROINFA, o BNDES, com o financiamento favorecido das empresas nacionais fabricantes dos

equipamentos utilizados pelas empresas geradoras. No entanto, o centro da atuação fomentadora é exercido pela Eletrobrás.

**9.2.** *A forma de envolvimento* da Eletrobrás em tal política fomentadora se deu por meio de custos indiretos, relacionados à absorção de tal atividade no âmbito da empresa estatal. Com efeito, à medida em que os custos com a aquisição da energia elétrica pela Eletrobrás no âmbito de tal programa são repartidos entre os usuários do Sistema Elétrico Interligado Nacional, parece-nos possível afirmar que ela não possui nenhum tipo de ônus financeiro com a participação em tal ação de fomento. Ela possui os ônus decorrentes de custos indiretos, ligados à designação de empregados para acompanhar a elaboração e implantação do programa, além de aferir os resultados concretos.

Após adquirir a energia dos produtores participantes do PROINFA, a Eletrobrás atua como representante deles junto à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, obtendo deles procuração específica neste sentido.

**9.3.** *Os agentes do fomento* são os Produtores Independentes Autônomos, com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa. É pela produção de tais agentes que a ação fomentadora da Eletrobrás irá se realizar. Ademais, com a obrigatoriedade de nacionalização dos equipamentos utilizados pelos produtores de energia renovável, eles são obrigados a adquirir produtos nacionais, o que estimula o desenvolvimento da indústria nacional deste setor.

Tais agentes, conforme será visto adiante são também os beneficiários da ação de fomento, de modo há, ao menos parcialmente, comunhão entre os agentes de fomento e os beneficiários.

**9.4.** *Como beneficiários da ação de fomento* podemos identificar três categorias. Do ponto de vista *imediato*, temos como duas categorias de beneficiários: **(i)** o setor de Produtores Independentes Autônomos, com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, que constituem as empresas elegíveis para o fomento do PROINFA, por meio dos respectivos editais; e **(ii)** a indústria nacional de produtores de equipamentos para os PIAs elegíveis, uma vez que é critério para a participação da empresa no chamamento público a nacionalização dos equipamentos e serviços em percentual de,

no mínimo, 60% (sessenta por cento) na primeira etapa do programa, e 90% (noventa por cento) na segunda etapa<sup>320</sup>.

De forma *mediata*, podemos afirmar que toda a coletividade é beneficiária das ações de fomento do PROINFA, uma vez que os benefícios alcançados pelo aumento da produção de energia sustentável são sentidos por todos aqueles desta e das futuras gerações. Assim, do ponto de vista mediato, os benefícios extravasam os agentes do setor em apreço, abrangendo toda a coletividade difusamente considerada<sup>321</sup>.

**9.5. O estímulo concedido** aos agentes do fomento, especificamente os agentes produtores de energia elétrica, consiste na garantia de aquisição da energia elétrica produzida, de acordo com preço pré-estabelecido, o que constitui elemento de fomento direto ao investimento e ao exercício da atividade de interesse coletivo (produção de energia sustentável por PIAs). O produtor já sabe, de antemão, por qual valor e por quanto tempo haverá a aquisição de sua energia produzida.

Trata-se de mecanismo conhecido no setor elétrico como *feed-in tariff*, segundo o qual há o pagamento de uma tarifa diferenciada para os produtores de energias renováveis, durante certo período, com a finalidade de estimular o desenvolvimento do respectivo mercado. Conforme esclarece a Nota Técnica n. 0043/2010-SRD/ANEEL<sup>322</sup>:

“18. O sistema *Feed-in* consiste no pagamento de uma tarifa mais vantajosa para as centrais geradoras que utilizam fontes renováveis de energia, quando comparada com as fontes convencionais. O objetivo é viabilizar a implantação de tais empreendimentos, que possuem custos mais elevados de produção.

19. Esse incentivo foi implantado pelos governos em vários países, e não pelos órgãos reguladores, pois se trata de política pública voltada para a diversificação da matriz energética, com o uso de fontes renováveis. Tais tarifas normalmente são garantidas por um período determinado, 10 a 20 anos, que seria o tempo necessário para permitir o desenvolvimento das fontes alternativas, com conseqüente redução de custos”.

---

<sup>320</sup> Nos termos do art. 3º, §4º, da Lei n. 10.438/02, incluído pela Lei n. 10.762/03, “Somente poderão participar da Chamada Pública, Produtores que comprovem um grau de nacionalização dos equipamentos e serviços de, no mínimo, sessenta por cento, na primeira etapa e noventa por cento na segunda etapa, em cada empreendimento”.

<sup>321</sup> Importante notar que a preocupação com o desenvolvimento de energias sustentáveis ganhou expressão global, com a ONU lançando o programa Sustainable Energy for All (SE4ALL), dentro das metas de expansão do desenvolvimento sustentável até o ano de 2030. Cf. <https://www.seforall.org/>

<sup>322</sup> Disponível em:

[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf). Acesso em 17.09.2019.

No caso do PROINFA, a energia é adquirida pelo prazo de 20 (vinte) anos, a partir da data da entrada em operação, conforme definido em contrato, sendo o preço do MWh fixado na chamada pública e reajustado pelo IGP-M<sup>323</sup>. Em caso de variação da capacidade instalada da usina produtora, haverá a alteração do preço do MWh.

Assim, diversamente dos demais produtores de energia elétrica, que realizam suas atividades por sua conta e risco, as empresas selecionadas no PROINFA possuem, de largada, antes de iniciada a produção, a certeza da aquisição da energia produzida, pelo prazo de 20 (vinte) anos e por preço certo e definido em edital.

De outro lado, se considerarmos a atuação do BNDES em tal programa, podemos vislumbrar como medida de fomento o financiamento favorecido – se comparado às tradicionais regras de mercado – às empresas que produzirem os equipamentos a serem utilizados pelas geradoras de energia renovável.

**9.6.** Com relação aos *objetivos públicos justificadores* da ação de fomento do PROINFA, podemos citar a necessidade de desenvolvimento das energias renováveis, como forma de aumentar este tipo de produção e diminuir a produção de energia elétrica por fontes que possuem maior impacto ambiental, como as grandes usinas hidrelétricas e a energia proveniente da queima de combustíveis fósseis, nas usinas termoeletricas.

Nesse passo, é possível afirmar que o PROINFA está inserido dentro de uma ação mais ampla do Estado brasileiro na inserção, na matriz energética nacional, de geração distribuída de pequeno porte, a partir de fontes renováveis de energia, por meio da sua conexão na rede de distribuição.

Tal ação governamental encontra paralelo no âmbito internacional, especialmente nas ações tomadas pelos países desenvolvidos para a promoção da energia elétrica renovável. De acordo com a Nota Técnica n. 0043/2010-SRD/ANEEL, de 08.09.2010<sup>324</sup>, a “geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis é uma tendência em diversos países, em especial, na Europa, Estados Unidos e Austrália”. A NT menciona, ainda, as

---

<sup>323</sup> Cláusula 12 do Contrato PROINFA, disponível em <https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/eol.pdf>, acesso em 17.09.2019.

<sup>324</sup> Disponível em: [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf). Acesso em 17.09.2019.

justificativas para que tais países adotem tais tipos de produção de energia, quais sejam: (a) “[d]iversificação da matriz energética”; (b) “[r]edução da dependência de importação de combustíveis fósseis para usinas termelétricas, minimizando o risco de variações abruptas no preço do insumo energético”; (c) “[c]omprometimento internacional de adotar medidas para combater o aquecimento global, por meio da assinatura do Protocolo de Quioto e outros tratados internacionais”; (d) “[c]umprimento de metas de redução do na emissão de gases de efeito estufa; (e) “[l]iderança no desenvolvimento de tecnologia para produção eficiente de energia elétrica a partir de fontes eólica, solar, biomassa, maré motriz, geométrica e outras”.

Tais justificativas parecem aplicáveis à realidade brasileira, à exceção da letra ‘b’, uma vez que a maioria da energia elétrica nacional é proveniente de fonte hídrica, a maior matriz energética do país<sup>325</sup>. Especificamente com relação aos aspectos ambientais de tais tecnologias, a atuação das políticas públicas voltadas para a produção de energia elétrica a partir de fontes renováveis – letras ‘c’ e ‘d’, acima – são decorrentes da assinatura de acordos internacionais pelo Brasil, tais como o Protocolo de Quioto<sup>326</sup>, a Convenção Quadro da ONU sobre mudanças climáticas e o Acordo do Clima de Paris<sup>327</sup>.

Nessa linha, o Decreto n. 5.025/04 estipula que o PROINFA “também visa reduzir a emissão de gases de efeito estufa, nos termos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, contribuindo para o desenvolvimento sustentável” (art. 5º, §1º). Tal programa foi incluído no Plano Nacional Sobre Mudança do Clima – PNMC<sup>328</sup>, estipulado pelo Comitê Interministerial Sobre Mudança do Clima, criado pelo Decreto n. 6.263/2007. Em tal plano, o PROINFA foi incluído dentro da ação pública para “manter elevada a participação de energia renovável na matriz elétrica, preservando posição de destaque que o Brasil sempre ocupou no cenário internacional”, considerado como elemento importante para estimular a participação da energia eólica e a proveniente do

---

<sup>325</sup> De acordo com dados da ANEEL, 60% (sessenta por cento) da capacidade instalada para a produção de energia elétrica nacional é de origem hídrica. (cf. <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.cfm>, acesso em 17.09.2019).

<sup>326</sup> O Protocolo de Quioto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 144/2002 e promulgado pelo Decreto n. 5.445/2005.

<sup>327</sup> O Acordo de Paris foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 140/2016 e promulgado pelo Decreto n. 9.073/17.

<sup>328</sup> Disponível em [https://www.mma.gov.br/estruturas/smcq\\_climaticas/arquivos/sumrio\\_executivo\\_pnmc.pdf](https://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/arquivos/sumrio_executivo_pnmc.pdf), acesso em 17.09.2019.

bagaço de cana-de-açúcar na matriz energética nacional. Nesta linha, o documento informou que “até 2010 serão instalados mais de 7.000 MW de fontes renováveis considerando os resultados do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA e dos leilões já realizados”.

A par das questões de sustentabilidade ambiental, o PROINFA também possui a função de desenvolver a indústria nacional de fabricantes de equipamentos para a produção dos PIAs, conforme as regras de nacionalização acima mencionadas. Nesta linha, é possível perceber como finalidade de tal ação o desenvolvimento à tecnologia e à inovação. Ou seja, há a tentativa de vinculação entre o aumento da energia renovável no Brasil e a promoção da indústria nacional respectiva, com a finalidade de gerar ganhos em cadeia para diversos setores envolvidos na produção de energia limpa.

**9.7.** Ainda dentro da matriz de análise das políticas de fomento, cabe a verificação dos *instrumentos jurídicos envolvidos* na sua implementação. E eles são variados, de acordo com a gama de interação entre os agentes envolvidos.

Assim, entre a Eletrobrás e o Ministério de Minas e Energia há relação pautada por atos normativos expedidos por esta para aquela, com a finalidade de moldar o programa a ser implementado, de acordo com as diretrizes da Política Energética Nacional, conforme exposto no Guia de Habilitação anexo à Portaria n. 45/2004 do MME, que autorizou a Eletrobrás a convocar Chamada Pública para a compra de energia elétrica das centrais produtoras do PROINFA.

O mesmo tipo de relação é a estabelecida entre a Eletrobrás e a ANEEL, sendo os atos regulatórios desta voltados a reger a atuação tanto da empresa estatal quanto dos agentes produtores, com a finalidade de equilibrar o PROINFA com todo o setor elétrico.

Entre o BNDES e os produtores selecionados pelo PROINFA são celebrados contratos de financiamento, destinados a viabilizar a aquisição dos insumos e maquinário necessário para a produção da energia elétrica a ser destinada ao programa.

No entanto, os instrumentos mais importantes para esta tese são aqueles que envolvem a Eletrobrás e os produtores de energias renováveis. O primeiro deles é o Edital de Chamada Pública, que possui a finalidade de concretizar a impessoalidade e a isonomia entre os produtores de tal tipo de energia, de acordo com os critérios do ato convocatório e do Guia de Habilitação. Não se trata, portanto, de processo licitatório pautado pela Lei n.

8.666/93, mas sim de procedimento público específico, baseado na Lei n. 10.438/02<sup>329</sup>, no Decreto 5.025/04, bem como no Guia de Habilitação editado pelo MME. É de acordo com as regras neles fixadas que haverá a seleção das empresas que passarão a integrar o PROINFA.

Na sequência do chamamento público, ocorre a celebração de Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica entre a Eletrobrás e os produtores selecionados. Tais contratos possuem características de negócios jurídicos bilaterais, sinalagmáticos e onerosos, pelos quais uma parte, o produtor de energia, compromete-se a entregar a energia elétrica para o comprador, mediante o pagamento do preço<sup>330</sup>. No caso do PROINFA, como visto, o valor da energia adquirida é previamente fixado pelo MME, competindo à Eletrobrás adquirir a energia para posterior venda, sendo os custos repartidos com todos os consumidores.

**9.8.** Outro ponto de análise diz respeito à existência ou não de *autonomia da empresa estatal para a implantação da política de fomento* por ela levada a cabo. No caso do PROINFA, a autonomia da Eletrobrás é praticamente inexistente. Em primeiro lugar, pois ela foi incluída no programa por meio da Lei n. 10.438/2002, na condição de adquirente da energia elétrica produzida pelos produtores contemplado na política pública desenhada. Em segundo plano, pois os valores de contratação, as quantidades de energia contratada e os prazos dos contratos não são por ela livremente estipulados com os produtores.

Diante destas características, resta a indagação a respeito da juridicidade da forma de envolvimento da Eletrobrás em tal programa, especialmente se considerarmos as

---

<sup>329</sup> Nos termos do art. 3º, *caput*, inciso I, alínea ‘c’, da Lei n. 10.438/02, com redação determinada pela Lei n. 12.212/10: “o valor pago pela energia elétrica adquirida na forma deste inciso, os custos administrativos e financeiros e os encargos tributários incorridos pela Eletrobrás na contratação serão rateados, após prévia exclusão do consumidor beneficiado pela Tarifa Social de Energia Elétrica, integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda, entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, proporcionalmente ao consumo verificado”.

<sup>330</sup> De acordo com Fabiano Ricardo Luz de BRITO, “contratos de compra e venda de energia elétrica são negócios jurídicos que criam vínculos entre os agentes de geração / comercialização (ou consumidores com excesso de energia) e concessionárias de distribuição ou outros consumidores, nos termos do qual o agente vendedor está obrigado a entregar, direta ou indiretamente, energia elétrica (que é o objeto da prestação do contrato) ao agente comprador (que, por sua vez, está obrigado a lhe pagar o preço ou tarifa acordada, objeto da contraprestação dessa relação jurídica)”. (Contratos de compra e venda de energia elétrica. In Alexei Marconi Vivan e Pedro Pontual Marletti (coords.). **Direito e geração de energia elétrica**. 2017, p. 79).

disposições legais que tratam da garantia da autonomia das empresas estatais, existentes desde o Decreto-Lei 200/67 e reforçadas na Lei n. 13.303/16<sup>331</sup>.

De nossa parte, entendemos ser legítima a atuação da Eletrobrás no PROINFA, apesar da ausência de autonomia administrativa, por três aspectos, que envolvem: **(i)** o objeto social da Eletrobrás; **(ii)** as peculiaridades do PROINFA; e **(iii)** a escolha política realizada, em comparação com outras opções que envolvessem os agentes de mercado para a mesma finalidade (desenvolvimento do mercado nacional de energia renovável).

**9.8.1.** Com relação ao objeto social da Eletrobrás, conforme visto acima, neste Capítulo<sup>332</sup>, a ela compete, dentre outras atribuições, “cooperar com o Ministério, ao qual se vincule, na formulação da política energética do País” (art. 4º, inciso II, do Estatuto, com a redação determinada pelo Decreto n. 4.559/02), tendo o seu Estatuto previsto que ela pode “participar, na forma definida pela legislação, de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia” (art. 4º, inciso IX). Ademais, nos termos do inciso I de tal dispositivo, a ela compete a comercialização de energia elétrica, disposição que consta em seu objeto desde a edição da sua lei de criação.

Da análise de tais atividades sociais, percebe-se que o seu envolvimento com a formulação – *rectius*, a implementação – da política energética nacional – como é o caso do PROINFA – é legítima e pode, inclusive, ser considerada uma das suas razões de existir. Pela atuação da Eletrobrás é que se realiza a aproximação e a compatibilização da política energética nacional com a atuação mercadológica do Estado, de modo que é possível afirmar que o relevante interesse público que levou à criação de tal empresa envolve a articulação com o MME na implementação da política energética do país, que envolve o programa ora estudado.

---

<sup>331</sup> Conforme já mencionado no Capítulo 1 da Parte 1, o artigo 27, parágrafo único, afirma que “[a]ssegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo”. Tal autonomia foi reforçada pelos artigos 89 e 90 da Lei das Estatais, que dispõem: “**Art. 89.** O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável”. “**Art. 90.** As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

<sup>332</sup> Cf. n. 3



Vale notar, inclusive, que a formulação, sem a consequente implementação, parece-nos que não faria sentido neste caso, ante a sua própria posição na organização administrativa e no mercado. Do ponto de vista administrativo, uma empresa estatal com as características da Eletrobrás se limitar a formular a política energética nacional sem participar da sua implementação parece ser um contra senso, uma vez que não se trata de empresa de planejamento, mas sim de empresa que atua diretamente nas operações comerciais de energia elétrica, nos termos de seu próprio estatuto.

De outro lado, ao competir com empresas privadas, especialmente após as reformas pelas quais passou o setor nacional nos anos 1990 e 2000, a colocação dela na condição de formuladora da política energética nacional lhe concederia um poder de mercado inexistente para as demais empresas atuantes no setor, que seriam obrigadas a operar de acordo com as regras criadas pela Eletrobrás, o que representaria, a nosso ver, afronta à livre-concorrência. Assim, em nosso sentir, o termo “formulação”, constante no Estatuto social, deve ser entendido no sentido de implementação da política energética nacional, esta sim, determinada pelo MME.

Não bastasse, o objeto social da Eletrobrás envolve a comercialização de energia elétrica, exatamente a atividade que ela desempenha no âmbito do PROINFA, o que confere a legitimidade para representar os produtores junto à CCEE.

**9.8.2.** Com relação à peculiaridade da estruturação do PROINFA, é possível perceber, a partir da descrição realizada neste Capítulo, que os custos com tal programa, incluindo os custos administrativos e financeiros, bem como os encargos tributários, são suportados por todos os consumidores nacionais, exceto aqueles que integram a tarifa social, de modo que não há ônus financeiro suportado pela Eletrobrás. Na realidade, por mais que ela possua custos indiretos com tal programa, no que toca à designação de empregados etc., ela executa atividades em seu âmbito que estão dentro do seu objeto social, o que permite, a nosso ver, a sua implementação.

Tal situação é diferente, por exemplo, da utilização da Petrobrás com a finalidade de alcançar pautas macroeconômicas, tais como o controle da inflação por meio do não reajuste dos combustíveis – tal qual exemplificamos no Capítulo 1 da Parte 1. Nesta hipótese, há nítida utilização da empresa estatal pelo acionista controlador, em detrimento de seu objeto social.

No caso do PROINFA, por sua vez, há a utilização da empresa dentro do seu objeto social e justamente em virtude dele, de modo que não nos parece haver a configuração de ilicitude neste caso.

Também importante considerar a situação de utilização do poder de compra da empresa estatal, pela administração central, para a implementação de pautas públicas, o que nos afigura ilegal, independentemente do atrelamento ou não do objeto adquirido à finalidade pública que motiva a atuação da empresa. Explicamos.

Como medida para estimular a comercialização de madeira de origem lícita no Estado de São Paulo, foi editado o Decreto estadual n. 53.047/08, que “Cria o Cadastro Estadual das Pessoas Jurídicas que comercializam, no Estado de São Paulo, produtos e subprodutos de origem nativa da flora brasileira - CADMADEIRA e estabelece procedimentos na aquisição de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa pelo Governo do Estado de São Paulo”.

Dentre as disposições do Decreto, há a determinação de que “Todas as compras públicas da Administração Estadual Direta e Indireta, a partir de 1º de junho de 2009, cujo objeto seja a aquisição direta dos produtos e subprodutos florestais listados no artigo 1º deste decreto, deverão contemplar no instrumento convocatório a exigência de apresentação do comprovante de cadastramento do licitante no CADMADEIRA, como condição para a celebração do contrato”. (art. 7º, *caput*)<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> As disposições a respeito do CADMADEIRA nas compras públicas da administração paulista estão nos artigos 7º a 9º, nos seguintes termos: “**Artigo 7º** - Todas as compras públicas da Administração Estadual Direta e Indireta, a partir de 1º de junho de 2009, cujo objeto seja a aquisição direta dos produtos e subprodutos florestais listados no artigo 1º deste decreto, deverão contemplar no instrumento convocatório a exigência de apresentação do comprovante de cadastramento do licitante no CADMADEIRA, como condição para a celebração do contrato. **§1º** - O cadastramento no CADMADEIRA também deverá ser observado como condição para as contratações celebradas de forma direta, decorrentes das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas na Lei federal nº 8666, de 21 de junho de 1993. **§2º** - A situação cadastral do vendedor deverá ser conferida eletronicamente no momento da assinatura do contrato e durante a sua execução, pelo responsável pelo acompanhamento do contrato. **§3º** - Os processos de compra de que trata o presente artigo deverão ser instruídos com o comprovante de cadastramento no CADMADEIRA, ainda, com o documento fiscal e os comprovantes da legalidade da madeira adquirida, tais como Guias Florestais, Documentos de Origem Florestal ou outros eventualmente criados para o controle de produtos e subprodutos florestais. **Artigo 8º** - Todas as contratações de obras e serviços de engenharia realizadas no âmbito da Administração Estadual Direta e Indireta, a partir de 1º de junho de 2009, que envolvam o emprego de produtos e subprodutos florestais listados no artigo 1º deste decreto, deverão contemplar no seu processo licitatório a exigência de que referidos bens sejam adquiridos de pessoas jurídicas cadastradas no CADMADEIRA. **§1º** - O Projeto Básico e o Projeto Executivo de obras e serviços de engenharia que envolvam o emprego de madeira deverão ser expressos a respeito do tipo de madeira que será utilizada na obra. **§2º** - O edital de licitação de obras e serviços de engenharia deverá estabelecer para a fase de habilitação, entre os requisitos de qualificação técnica, a exigência de apresentação pelos licitantes de declaração de compromisso de utilização de produtos e subprodutos de madeira de origem exótica, ou, no caso de utilização de produtos e subprodutos listados no artigo 1º deste decreto, a obrigação de sua aquisição

Neste caso, parece-nos haver, no caso das empresas estatais estaduais, utilização de tais entidades para o alcance de finalidade pública determinada pela administração central, o que, a nosso ver, não se afigura válido, por representar ingerência indevida do acionista controlador na política de compras das empresas controladas.

Vale notar, que vislumbramos uma importante diferença entre a determinação do CADMADEIRA e a do PROINFA. Neste caso, foi utilizada a empresa estatal para a implementação de política pública ligada diretamente ao seu objeto social, razão pela qual parece-nos possível afirmar que a Eletrobrás foi envolvida em tal programa justamente em virtude dele. Naquele caso, porém, a determinação de direcionamento do poder de compra não encontra justificativa ligada ao objeto social ou à finalidade pública das empresas estaduais, mas decorre de simples imposição do acionista controlador sobre as empresas controladas, o que não nos afigura legítimo.

No entanto, é possível pensar, também, hipoteticamente, em exemplo de direcionamento do poder de compra pelo acionista controlador para atividade atrelada à finalidade social da empresa estatal, o que demanda um outro tipo de reflexão. Imaginemos que o Estado de São Paulo, na condição de acionista controlador determine que a Sabesp, no exercício de sua atividade fim de “tratamento de água e esgoto”<sup>334</sup>, adquira os uniformes

---

de pessoa jurídica devidamente cadastrada no CADMADEIRA. **Artigo 9º** - Os contratos que tenham por objeto a execução de obras ou a prestação de serviços de engenharia deverão conter, a partir de 1º de junho de 2009, cláusulas específicas que indiquem: **I** - a obrigatoriedade de utilização de produtos ou subprodutos de madeira de origem exótica, ou de origem nativa, que tenham procedência legal; **II** - no caso de utilização de produtos e subprodutos listados no artigo 1º deste Decreto, que sua aquisição ocorrerá de pessoa jurídica cadastrada no CADMADEIRA; **III** - que em cada medição, como condição para recebimento das obras ou serviços de engenharia executados, a obrigatoriedade, por parte do contratado, de apresentação ao responsável por este recebimento, de notas fiscais de aquisição dos produtos e subprodutos de madeira, acompanhadas de declaração de emprego apenas de produtos e subprodutos de madeira de origem exótica, ou no caso de uso de produtos ou subprodutos listados no artigo 1º deste decreto, de que as aquisições foram efetuadas de pessoas jurídicas cadastradas no CADMADEIRA; **IV** - a possibilidade de rescisão do contrato, caso não haja o cumprimento por parte dos contratados dos requisitos insertos nos incisos I, II e III deste artigo, com fundamento no artigo 78, incisos I e II, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como de aplicação das penalidades previstas nos artigos 86 a 88 do referido diploma legal e sanção administrativa de proibição de contratar com a Administração Pública pelo período de até 3 (três) anos, consoante artigo 72, § 8º, inciso V da Lei federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, observadas as normas legais e regulamentares pertinentes, independentemente de sua responsabilização na esfera criminal. **§1º** - A situação cadastral do fornecedor dos produtos e subprodutos listados no artigo 1º deste decreto deverá ser conferida eletronicamente após as medições da execução do contrato, pelo responsável por seu acompanhamento. **§2º** - Os processos de contratação de obras e serviços de engenharia deverão ser instruídos pelo responsável designado para o seu acompanhamento com as faturas e notas fiscais, os comprovantes da legalidade da madeira utilizada na obra, tais como Guias Florestais, Documentos de Origem Florestal ou outros eventualmente criados para o controle de produtos e subprodutos florestais e o comprovante de cadastramento do fornecedor perante o CADMADEIRA”.

<sup>334</sup> De acordo com o art. 2º do Estatuto Social: “Constitui o principal objeto social da companhia a prestação de serviços de saneamento básico com vistas à sua universalização no Estado de São Paulo, sem prejuízo da sustentabilidade financeira no longo prazo, compreendendo as atividades de abastecimento de água,

dos empregados diretamente envolvidos em tal atividade – por exemplo, os que trabalham na decantação da água – de cooperativa de costureiras idosas de região pobre do Estado, com a finalidade de estimular o cooperativismo regional. Seria isto válido?

A nosso ver, a resposta é negativa, uma vez que o objeto do fomento está apenas atrelado à finalidade social de referida empresa estatal, diferentemente do que ocorre no caso do PROINFA, em que a Eletrobrás foi envolvida na política pública de forma diretamente vinculada ao seu objeto social, especialmente no que toca à “comercialização de energia elétrica” e à participação, de acordo com a legislação “de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia”, nos termos de seu estatuto social. Há, neste caso, portanto, a constituição de ação de fomento diretamente ligada à finalidade social da empresa, o que não se verifica no exemplo hipotético dos uniformes dos empregados.

**9.8.3.** Ainda neste ponto, entendemos que legitima a atuação da Eletrobrás no PROINFA a comparação com outras alternativas existentes para estimular o mercado nacional de energia sustentável. Uma alternativa ao envolvimento da Eletrobrás poderia ser a fixação de política de fomento para que a energia sustentável de tal programa fosse adquirida pelas distribuidoras e transmissoras, hipótese na qual podemos imaginar a concessão de benefícios fiscais ou de tarifas diferenciadas de aquisição etc. Outra hipótese, poderia ser a fixação, via regulação de quota de aquisição mínima de energia sustentável produzida pelas geradoras selecionadas no programa.

Podemos considerar que todas essas alternativas possuem riscos que poderiam levar ao fracasso do programa, tais como a falência das empresas distribuidoras e transmissoras, a judicialização das quotas de aquisição mínima, o insucesso dos programas de quotas de aquisição mínima, os benefícios fiscais não alcançarem os objetivos pretendidos etc.

Todas as alternativas, tanto a realmente implementada, quanto as hipoteticamente consideradas, parecem-nos válidas e legítimas, tendo sido realizada uma opção política que culminou na elaboração do PROINFA, tal qual o temos hoje.

---

esgotamento sanitário, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, além de outras que lhes sejam correlatas, inclusive o planejamento, operação e manutenção de sistemas de produção, armazenamento, conservação e comercialização de energia, para si ou para terceiros e comercialização de serviços, produtos, benefícios e direitos que direta ou indiretamente decorrerem de seus ativos patrimoniais, empreendimentos e atividades, podendo ainda atuar subsidiariamente em qualquer parte do território nacional ou no exterior na prestação dos mesmos serviços”.

**9.9.** Ainda dentro da matriz de análise, cumpre-nos verificar o enquadramento do PROINFA na função social da Eletrobrás. Neste caso, parece-nos que o programa se enquadra na noção mais tradicional de função social da empresa, nos termos previstos no artigo 27, §1º, inciso II, da Lei das Estatais, com a realização de objetivos públicos subsidiários relacionados à sua atividade-fim (comercialização de energia elétrica).

No caso, ainda que não houvesse obrigação legal de a Eletrobrás adquirir energia sustentável, como medida compensadora da sua atuação ordinária, ela foi incluída no programa em estudo, com a finalidade que nos parece clara de estimular a respectiva indústria nacional, sem que ela tenha qualquer vantagem ou desvantagem econômica na sua implementação, de modo que nos parece possível incluir tal ação empresarial, como medida de função social da empresa.

Com efeito, em sua atuação estritamente ligada ao objeto social, ela poderia realizar a comercialização de energia elétrica que melhor gerasse benefícios econômicos, dentro dos limites da política pública nacional. No entanto, ao ser envolvida no PROINFA da forma, há o exercício da função social, ainda que por meio de objeto que constitui a finalidade pública da empresa (comercialização de energia elétrica). A questão, então, parece-nos estar ligada ao modo como exercida a aquisição da energia elétrica (dos produtores contemplados no programa).

Há, neste caso, exercício de função social ligado ao objeto social em sentido estrito da empresa estatal, sem que haja prejuízo à entidade e aos acionistas, ante a repartição dos custos de tal programa pela coletividade de usuários do sistema elétrico, exceto os de baixa renda.

**9.10.** Com relação aos objetivos constitucionalmente tutelados pela ordem econômica constitucional, cabe-nos analisar o respeito aos critérios de **(i)** isonomia e impessoalidade; **(ii)** subsidiariedade e proporcionalidade; bem como da **(iii)** livre-concorrência.

**9.10.1.** A isonomia parece atendida, uma vez que o critério de discriminação instituído pelo PROINFA – aquisição de energia em condições favorecidas de determinados produtores – parece condizente com a finalidade pública buscada por tal programa e com os valores públicos objetivados, conforme acima mencionado.

Nesta linha, parece claro que houve a instituição de benefício para a atividade de determinados produtores de energia elétrica – por meio da aquisição favorecida –, em

virtude dos objetivos públicos e consagrados constitucional e legalmente, de desenvolvimento de fontes alternativas de produção de energia. Houve, portanto, “*legítimo fundamento para a concessão desses benefícios: o fomento de uma atividade que gerará externalidades positivas para a sociedade*”<sup>335</sup>.

Ao lado da isonomia, parece-nos ter sido consagrada a impessoalidade, por meio da realização de chamamentos públicos, com critérios previamente definidos e que guardam pertinência com as finalidades do programa implementado, de modo que não houve favorecimentos indevidos dos agentes do fomento ou mesmo dos beneficiários da ação pública.

**9.10.2.** A subsidiariedade e a proporcionalidade são aqui analisadas de acordo com as três pautas mencionadas no Capítulo 1 desta Parte II, com vistas ao equilíbrio entre intervenção estatal e livre-iniciativa. Pela *primeira*, há a verificação da necessidade de intervenção estatal para a tutela de interesse público, análise esta que não pode ser feita “nas nuvens”, mas demanda reflexões a respeito do contexto social e econômico em que realizada, bem como o mercado no qual incidente.

No início dos anos 2000, o Brasil acabara de sair da crise elétrica do ano de 2001, que colocou em dúvidas o modelo de geração de energia elétrica nacional, baseado quase que exclusivamente na geração hídrica. Nessa linha, o Estado brasileiro entendeu ser necessário o investimento na diversificação das fontes energéticas, que, somado a compromissos internacionais sobre o meio ambiente – no sentido da geração de energia limpa –, levaram à busca pelo estímulo da geração de energia proveniente de fontes ambientalmente sustentáveis. Neste contexto surgiu o PROINFA, previsto na Lei n. 10.438/02<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Marina Fontão Zago. Fomento..., cit., p. 475-476, com destaques no original.

<sup>336</sup> A respeito do contexto de surgimento do PROINFA, afirma Thiago Barbosa DINIZ: “A geração de energia eólica no Brasil é uma atividade relativamente recente. O primeiro aerogerador a entrar em operação comercial no país foi instalado em Fernando de Noronha (Pernambuco) em 1992, em uma parceria entre o Centro Brasileiro de Energia Eólica (CBEE) e a Companhia Energética de Pernambuco (Celpe). Nesse período a tecnologia ainda era incipiente e necessitava de firmação, inclusive no mercado internacional. No início dos anos 2000, porém, a geração de energia eólica em larga escala já era realidade em diversos países, com a Alemanha e a Dinamarca, mas no Brasil ainda era praticamente inexistente (Simas, 2012). Essa realidade veio a sofrer uma ruptura após o racionamento elétrico de 2001 e a consequente reforma institucional do setor elétrico. Nesse contexto, surgiu, em 2002, o Programa de Incentivos a Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa),<sup>2</sup> que buscava estimular a geração por meio das usinas eólicas, de biomassa e pequenas centrais hidrelétricas (PCHs)”. (Expansão da indústria de geração eólica no Brasil..., cit., p. 234-235).

De acordo com Rodrigo Bernardes BRAGA, “[o] intuito do PROINFA foi promover a diversificação da matriz energética brasileira, buscando alternativas para aumentar a segurança no abastecimento de energia, além de permitir a valorização das características e potencialidades regionais e locais. (...) Com o PROINFA foi possível diversificar a matriz e introduzir novas fontes alternativas”<sup>337</sup>.

Nota-se, portanto, que a intenção do programa em análise centra-se na introdução de inovações no modelo de geração elétrica nacional, com o investimento em modelos energéticos novos ou pouco desenvolvidos no Brasil àquela época. Diante disto, parece-nos possível afirmar que a atuação estatal no setor era necessária para o desenvolvimento de tais fontes no cenário nacional.

Tal afirmação decorre da importância do papel do Estado em setores que pretendem introduzir inovação, especialmente da sua interação com a iniciativa privada, o que é demonstrado pela economista italiana Mariana MAZZUCATO que, ao analisar o papel das políticas dirigidas para estimular o surgimento de empresas produtoras de energia verde afirma:

“Não podemos influenciar o surgimento de empresas e tecnologias ‘verdes’ inovadoras ou transformar os mercados de energia sem políticas dirigidas tanto para o lado da demanda quanto da oferta, uma vez que elas influenciam tanto a estrutura quanto a função dos mercados ou o investimento de empresas que estão tentando crescer ou fazer a transição para setores de tecnologia verde. Em termos gerais, as políticas voltadas para o lado da demanda são normas ambientais com impacto sobre os padrões de consumo de energia. As políticas voltadas para o lado da oferta são focadas no modo como a energia é gerada e distribuída, e influenciam a inovação em tecnologia e sua rápida adoção. Esses dois pontos são críticos, pois a política voltada para o lado da demanda pode ajudar a estabelecer uma direção tecnológica (para o que serve a tecnologia?) que também inclui apoio para soluções (baixos teores de carbono / sem carbono e renováveis). (...) As políticas voltadas para o lado da oferta poderiam incluir créditos fiscais, subsídios, empréstimos, concessões ou outros benefícios financeiros para tecnologias específicas, esquemas de preço favoráveis (como as tarifas ‘*feed-in*’), contratos de P&D e financiamento para descoberta e desenvolvimento de inovações etc. Tais políticas dão sustentação às tecnologias complementares e oferecem uma solução para as políticas do lado da demanda”<sup>338\_339</sup>.

---

<sup>337</sup> **Setor elétrico brasileiro...**, cit., p. 295.

<sup>338</sup> **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. 2014, p. 158-159.

<sup>339</sup> Ao analisar os casos de implementação de geração de energia por fontes eólica e solar na Alemanha, China, Dinamarca e Estados Unidos, afirma a referida autora: “Se não fosse pelos compromissos de inúmeros governos com P&D e com a difusão de tecnologias, como turbinas eólicas e painéis solares fotovoltaicos, a transformação energética que decolou na última década não teria ocorrido. O ‘empurrãozinho’ exigiu grandes mudanças reguladoras, compromissos financeiros e apoios de longo prazo para as empresas emergentes. Nem sempre é fácil ligar os pontos entre empresas dominantes e suas tecnologias e os esforços de governos ao

O que esta passagem demonstra é que o papel do Estado é fundamental para o surgimento de empresas interessadas em explorar a geração de energias ambientalmente sustentáveis. Há, efetivamente, a atuação estatal para a criação de um novo mercado, de modo que o desenvolvimento do setor demanda a atuação coordenada entre governo e sociedade.

No caso do PROINFA, como visto acima, a atuação estatal no setor, para início das políticas realizadas, era necessária e serviu para impulsionar o mercado tanto de geradores de energia alternativa, quanto de fornecedores de equipamentos para estas empresas, o que permitiu o desenvolvimento do respectivo setor em âmbito nacional.

É possível afirmar que a atuação da Estado no PROINFA foi fundamental para o surgimento de tal mercado no Brasil, colaborando para a livre-iniciativa em tal setor, de modo que o fomento foi implementado em favor deste valor constitucionalmente tutelado.

No entanto, com a aproximação do prazo de encerramento dos contratos<sup>340</sup> haverá a necessidade de análise do mercado de energia eólica, térmica à biomassa e PCAs, com a finalidade de se analisar se ainda será necessário o referido programa de fomento ou se já há maturidade suficiente do mercado para que não haja mais benefícios às empresas geradoras. Tal análise, que escapa aos limites da análise jurídica, deve pautar-se por elementos econômicos, técnicos e políticos, sendo fundamental para o enquadramento da continuidade do programa na subsidiariedade constitucionalmente prevista.

A *segunda pauta* de reflexão trata da validade de a intervenção estatal no setor ocorrer por meio do fomento, em detrimento de outros mecanismos de ação estatal para o

---

redor do mundo, mas fica muito claro que nenhuma empresa de tecnologia limpa importante surgiu de uma ‘gênese do mercado’, isto é, como se o Estado não tivesse desempenhado papel algum. (...) Não há nada acidental em relação ao desenvolvimento de tecnologia limpa ou à formação de mercados para a energia renovável. Não existem empresas ou empreendedores ‘geniais’ agindo de forma independente ou apenas por medo de mudança climática, ou então por deter conhecimento privilegiado de possibilidade de lucros futuros. As empresas de tecnologia limpa estão aproveitando tecnologias e lucrando com investimentos anteriores de um setor público ativo, e respondem a sinais claros do mercado proclamados por políticas governamentais progressistas em relação a uma mudança desejada e com disponibilidade de apoio para o crescimento industrial da tecnologia limpa”. (ob. cit., p. 196 e 216).

<sup>340</sup> Os contratos do PROINFA possuem vigência até 2026 / 2028, conforme informações da Eletrobrás, disponíveis em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/Extratos%20dos%20Contratos%20e%20Termos%20Aditivos%20Celebrados%20-%20Atualizado%20em%202007\\_2015.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/Extratos%20dos%20Contratos%20e%20Termos%20Aditivos%20Celebrados%20-%20Atualizado%20em%202007_2015.pdf), acesso em 17.09.2019.



atingimento da mesma finalidade. Há, portanto, uma verificação de caráter comparativo entre a atuação realizada e outras que poderiam ter sido feitas para o mesmo fim.

De nossa parte, entendemos que, tal qual exposto no n. 9.8.3 deste Capítulo, a legitimidade da política de fomento implementada decorre das demais opções legalmente viáveis que poderiam ter sido levadas a cabo pela União para o estímulo à energia alternativa no Brasil.

O fomento pela Eletrobrás possui a vantagem de, ao ser garantida a demanda por meio de valores subsidiados (tarifas *feed-in*) haver a possibilidade de criação de um novo mercado para supri-la, em respeito à livre-iniciativa, ainda que esta seja mitigada pela necessidade de seleção via Chamada Pública. De outro lado, tal espécie de fomento gera menor ingerência nas empresas do que aquela que seria observada no caso da implementação de quotas de aquisição obrigatória, cuja validade poderia ser questionada ante a ingerência na gestão privada da geração de energia.

Assim, parece-nos que o fomento possui vantagens que legitimam a sua eleição pelo Estado para o alcance dos objetivos públicos envolvidos no PROINFA.

O que nos parece que deverá ser analisado após o término dos contratos hoje assinados é se o fomento, tal qual realizado, ainda será uma boa técnica de ação pública ou se deverá ser verificada outra forma de atuação estatal, por meio, por exemplo, da regulação, benefícios fiscais etc. Tal análise demanda menos aspectos jurídicos do que econômicos, técnicos e políticos e dependerá da configuração do mercado futuramente.

A *última pauta* trata da verificação se o fomento foi disponibilizado na medida do necessário para atender ao interesse público tutelado pela ação. No caso, a intenção de constituir um novo mercado de geração de energia elétrica no Brasil parece ter demandado das autoridades públicas a necessidade de que a ação de fomento fosse pensada a longo prazo, em um horizonte de 20 anos.

Da mesma forma que ocorreu com relação às duas pautas anteriores, parece-nos que a medida inicial de fomento foi proporcional às necessidades públicas identificadas naquele momento, o que não significa que as tarifas subsidiadas e a garantia de demanda devam obrigatoriamente continuar após o término de vigência. Em outras palavras, o PROINFA pode ter sido necessário no início dos anos 2000, mas é preciso que a sua proporcionalidade seja verificada de acordo com a configuração do mercado quando do término dos contratos hoje em vigor.

Com efeito, em sendo necessária a manutenção de algum tipo de fomento estatal às atividades de produção de energia alternativa no Brasil, haverá a necessidade de verificar se a estrutura do PROINFA deverá ser mantida, bem como se a “intensidade” do programa ainda será necessária. Pode ser que haja a necessidade de outros tipos de ações estatais, sem a Eletrobrás, como ocorreria, por exemplo, com a concessão de subsídios fiscais para as geradoras de energia alternativa. Tal verificação demanda, assim como nas demais pautas, estudos econômicos, técnicos, além de ponderações de natureza política, com vistas a conformar a política de fomento nos limites do necessário para o atingimento do interesse público perseguido.

**9.10.3.** Outra pauta constitucional de verificação diz respeito à *livre-concorrência* e os impactos do PROINFA sobre ela. De fato, a existência de tarifas subsidiadas e a garantia de demanda podem ser considerados como elementos aptos a desequilibrar a concorrência em favor das geradoras de energia alternativa incluídas PROINFA, em desfavor tanto das geradoras de energia elétrica a partir de tais fontes alternativas, quanto das grandes usinas hidroelétricas. No entanto, como destacado no Capítulo 1 desta Parte II, a questão central envolvendo a livre concorrência diz respeito à existência ou não de justificativa para que o fomento gere prejuízo a tal valor fundante da ordem econômica nacional.

De nossa parte, entendemos que há justificativa para a estipulação de uma vantagem competitiva para as geradoras incluídas no PROINFA, qual seja, a necessidade de estímulo às fontes alternativas de energia elétrica, com a constituição de um novo mercado para tal setor, como meio de atender aos valores públicos descritos no item 9.6 *supra*. Neste caso, a justificativa para a ação fomentadora encontra-se no “desenvolvimento tecnológico ou econômico” a que se refere o artigo 88, §6º, inciso I, letra ‘c’, da Lei n. 12.529/11.

Neste passo, assim como ocorre com os demais aspectos analisados anteriormente, em caso de eventual manutenção do PROINFA, deverá ser analisada a situação do mercado e dos objetivos a serem implementados como justificativa para o prejuízo à livre concorrência.

**9.11.** Por fim, passamos a refletir a respeito do último aspecto da matriz de análise, consistente no planejamento, acompanhamento e transparência na implementação e manutenção das ações de fomento.

O planejamento do PROINFA foi realizado pelas disposições da Lei n. 10.438/02, bem como pelo quanto previsto no Decreto n. 5.025/04, que trouxe as metas a serem atingidas, a forma de interação entre os agentes, além da estrutura do programa. A par disto, é possível notar que a Eletrobrás realiza o acompanhamento constante de tal ação, com a edição de relatórios e do Plano Anual PROINFA – PAP, nos quais analisa a relação custo-benefício do programa. Também há o acompanhamento relacionado ao fluxo financeiro do PROINFA, além de análises a respeito da quantidade de energia gerada em tal ação<sup>341</sup>.

Assim, é possível afirmar que tal programa tem sido constantemente acompanhado e avaliado pela Eletrobrás, de modo que tais ações contribuem para a legitimidade do PROINFA. Ademais, parece-nos que tais análises incidem sobre aspectos qualitativos da política pública implementada pela ação de fomento, com vistas a aferir se dos benefícios concedidos aos agentes fomentados resulta o incremento da produção de energia renovável no Brasil.

---

<sup>341</sup> Conforme documentos disponíveis para livre acesso no site <https://eletrobras.com/pt/Paginas/Proinfa.aspx>, acesso em 17.09.2019.

## **CAPÍTULO 2. POLÍTICA DE FOMENTO PLANEJADA E IMPLEMENTADA PELA PRÓPRIA EMPRESA ESTATAL: O PROGRAMA PETROBRÁS SOCIOAMBIENTAL.**

No presente capítulo, analisaremos política de fomento planejada e implementada pela própria empresa estatal. Trata-se do Programa Petrobrás Socioambiental, destinado a realizar a preservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida das comunidades no entorno das operações da Petrobrás.

Conforme demonstraremos a seguir, ante o volume de recursos investidos, bem como a relevância da Petrobrás para o setor de energia oriunda de tal programa mostra-se importante para a análise do fomento praticado por empresas estatais “não fomentadoras”, o que justifica o seu estudo na presente tese.

### **SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.**

#### **1. A importância da Petrobrás para o mercado energético brasileiro e sua posição em relação às demais empresas do setor.**

1. A análise do Programa Petrobrás Socioambiental nos coloca diante da necessidade de compreender o papel central da Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A. no mercado energético nacional, mais especificamente no mercado de petróleo e gás natural. Nessa linha, da mesma forma como no capítulo anterior, não pretendemos realizar a reconstrução histórica de tal setor nacional, nem da mencionada empresa estatal. Interessamos analisar o papel da Petrobrás em tal mercado, com a finalidade de compreendermos o seu *status* de empresa estatal relevante, tal qual exposto nesta tese.

2. A Petrobrás foi criada em 1953, tendo a autorização para a sua constituição sido conferida pela Lei n. 2.004, que determinou que o objeto social da companhia seria “a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo proveniente de poço ou de xisto – de seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins” (art.

6º). Àquela época, tais atividades constituíam monopólio da União<sup>342</sup>, a ser exercido, de um lado, pelo Conselho Nacional do Petróleo, a quem foi atribuída as funções de orientação e fiscalização, e, de outro, pela Petrobrás e suas subsidiárias, a quem foi atribuída a execução do monopólio mencionado<sup>343\_344</sup>.

3. Posteriormente, já na vigência da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional n. 9, de 1995, realizou importantes alterações no regime constitucional do petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos, permitindo que as atividades que constituem o seu monopólio sejam executadas por empresas privadas, de acordo com o art. 177, *caput*, incisos I a IV, §§ 1º e 2º<sup>345</sup>. Em atendimento a tal comando constitucional, foi editada a Lei n. 9.478/97, que prevê a possibilidade de exploração das atividades monopolizadas pela União por empresas privadas, nos regimes de concessão<sup>346</sup>, autorização ou de partilha de produção<sup>347</sup>. Assim, atualmente, a Petrobrás disputa com empresas

---

<sup>342</sup> Nos termos do artigo 1º, “**Art. 1º** Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem”.

<sup>343</sup> “**Art. 2º** A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução”.

<sup>344</sup> A respeito do contexto de criação da Petrobrás, Artur WATT NETO expõe que “Com o fortalecimento do movimento ‘o petróleo é nosso’ e o retorno de Getúlio Vargas ao poder, foi editada a Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, que instituiu oficialmente o monopólio da União sobre ‘a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos’, bem como sobre as atividades de refino e transporte. Essa mesma lei criou a empresa estatal responsável pelo exercício deste monopólio: A ‘Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), que veio a se tornar uma das maiores empresas de petróleo do mundo. Desde a sua fundação assumiu a forma de sociedade de economia mista, com a União mantendo o seu controle acionário”. (**Petróleo, gás natural e biocombustíveis**. 2014, p. 24).

<sup>345</sup> “**Art. 177**. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...) **§1º** A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. **§2º** A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

<sup>346</sup> A respeito do regime de concessão de tais atividades, cf. Floriano de Azevedo Marques Neto. **Concessões**. 2015, p. 288-297.

<sup>347</sup> Conforme os artigos 4º e 5º: “**Art. 4º** Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades: I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural. **Art.**

privadas a execução de atividades que antes exercia como braço exclusivo de monopólio da União<sup>348</sup>, restando a possibilidade de a União contratá-la sem licitação para a cessão onerosa do “exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal”, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.276/10.

4. No entanto, essa perda de exclusividade no exercício de suas atividades não significou um encolhimento da importância da Petrobrás para o setor de petróleo e gás ou mesmo para a economia nacional.

No setor de produção energética, a empresa estatal é responsável pela maioria do petróleo e do gás natural produzidos no Brasil<sup>349</sup>, além de sua política de contratação pública movimentar bilhões de reais anualmente<sup>350</sup>, constituindo-se, portanto, em importante empresa estatal em torno da qual constitui-se o mercado nacional.

---

<sup>5º</sup> As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. (Redação dada pela Lei nº 12.351, de 2010)”.

<sup>348</sup> De acordo com Artur WATT NETO, “Ao longo da década de 90, a economia brasileira caminhou rumo a uma menor participação do Estado como responsável direto por atividades econômicas, através de medidas como a criação do Programa Nacional de Desestatização. No âmbito do petróleo, a expressa vedação a qualquer tipo de participação privada no texto constitucional tornou necessária a edição da Emenda à Constituição n. 9, de 9 de novembro de 1995, para alterar esse quadro. Optou-se por manter o monopólio da União para as atividades listadas no *caput* do art. 177, mas foi alterado o §1º para permitir que a União pudesse contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades mencionadas, na forma da lei. Com isso, abriu-se margem para que a Petrobras deixasse de ser um veículo de para exercício do monopólio e passasse a disputar com empresas privadas os contratos para sua execução. Desse modo, a propriedade dos recursos petrolíferos continuou com a União, bem como as decisões sobre o modo de seleção das empresas que realizarão as atividades, inclusive com a possibilidade de imposição de ônus contratuais e regulamentares. Foi também prevista a criação de um órgão regulador do monopólio da União”. (**Petróleo, gás natural e biocombustíveis**, cit., p. 25).

<sup>349</sup> De acordo com os Boletins Mensais de Produção de Petróleo e Gás Natural, da Agência Nacional do Petróleo – ANP, do ano de 2019, os campos de produção operados pela Petrobrás, em consórcio ou não com empresas privadas, produziram mais de 90% (noventa por cento) do petróleo e do gás natural no Brasil. No caso dos campos operados exclusivamente pela Petrobrás, este volume é de mais de 40% (quarente por cento). Os Boletins estão disponíveis em <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2395-boletim-mensal-da-producao-de-petroleo-e-gas-natural>, acesso em 02.11.2019.

<sup>350</sup> Conforme pesquisa realizada pelo IPEA no ano de 2011, entre 1998 e 2007, ou seja, no período pós quebra da exclusividade da Petrobrás no setor de petróleo e gás natural, a empresa “realizou compras das firmas no mercado doméstico no valor de R\$ 378,3 bilhões neste período. Em média a empresa comprou R\$ 38 bilhões de 18 mil empresas por ano”. Na sequência do estudo, foi afirmado que “[a]s firmas fornecedoras da PETROBRAS têm maior escala do que a média das firmas. Nos setores industriais e de serviços que fornecem bens e serviços para a PETROBRAS, as firmas não fornecedoras empregam em média 176 trabalhadores, enquanto as firmas fornecedoras possuem em média 535 pessoas ocupadas. O salário médio mensal pago pelas firmas fornecedoras da PETROBRAS é 80% maior do que o salário mensal pago pelas firmas que não são fornecedoras da PETROBRAS. Para exemplificar a importância da cadeia de valor dos fornecedores da

5. Neste passo, por mais que ela não possua mais o monopólio da exploração do petróleo nacional, estando obrigada a se submeter ao regime concorrencial para explorar a produção de petróleo e de gás natural, o mercado brasileiro ainda apresenta a Petrobrás como um grande e importante ator, que não possui concorrentes à altura, em relação ao volume de produção.

## **2. A Petrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.**

6. Outro elemento a ser analisado diz respeito ao enquadramento da Petrobrás como empresa estatal “não fomentadora por natureza”, nos termos desta tese, ou seja, de empresas controladas pela União que não possua por finalidade social principal o fomento a atividades privadas.

Nos termos do artigo 61 da Lei do Petróleo, constitui objeto social da Petrobrás “a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei”.

O Estatuto Social dessa empresa especifica o objeto social nos seguintes termos:

“Art. 3º- A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de

---

PETROBRAS, no ano de 2007, 17,57% dos trabalhadores ocupados na indústria e serviços selecionados estavam ocupados em empresas que fornecem algum bem ou serviço para a PETROBRAS. Estes trabalhadores recebem aproximadamente 27,6% da massa salarial das firmas pertencentes aos setores que fornecem bens e serviços para a PETROBRAS no Brasil. Os fornecedores da PETROBRAS também são responsáveis por 30,4% das exportações do país e por 25,3% das importações. No caso das importações de bens de capital, as fornecedoras são responsáveis por 35,5% no total. A maior parte destes fornecedores não é exclusiva da PETROBRAS, ou seja, a mão de obra ocupada nestas firmas é utilizada para abastecer outros mercados e as exportações não são apenas de bens relacionados a atividade de petróleo. No entanto, é singular esta importância e também ainda mais relevante a informação de que 42,1% de todos os engenheiros que têm carteira assinada na indústria e serviços selecionados estejam empregados em firmas que são fornecedores da PETROBRAS. Em relação aos profissionais científicos e pesquisadores este percentual é de 43,3% e 45,9%, respectivamente. Ou seja, é altamente significativa a potencialidade que as demandas da PETROBRAS têm para impulsionar as firmas de maior densidade tecnológica no setor produtivo brasileiro”. (João Alberto De Negri (coord.). **Poder de compra da Petrobras: impactos econômicos nos seus fornecedores**. 2011, p. 95-96).

todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins”.

Nota-se, portanto, que a Petrobrás se enquadra no conceito de empresa estatal não fomentadora “por natureza”, nos termos definidos nesta tese, o que justifica o seu estudo.

## **SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.**

Verificado, ainda que de modo genérico, o enquadramento da companhia pública no objeto de estudo desta tese, passamos a analisar o Programa Petrobrás Socioambiental.

### **1. A estrutura do Programa Petrobrás Socioambiental e a interação entre os agentes envolvidos.**

7. O Programa Petrobrás Socioambiental foi instituído no ano de 2013, a partir da reunião de dois programas da empresa estatal, o Petrobrás Desenvolvimento & Cidadania (2007/2013) e o Petrobrás Ambiental (2008/2013), que investiram, conjuntamente, R\$ 2,4 bilhões, nos respectivos períodos de vigência. De acordo com o planejamento inicial, o Programa Petrobrás Socioambiental previa investimentos da ordem de R\$ 1,5 bilhão, no período de 2014 a 2018<sup>351</sup>.

Ele foi estruturado com a interação entre a Petrobrás e entidades sem fins lucrativos (integrantes do Terceiro Setor<sup>352</sup>), por meio de chamamentos públicos seguidos da celebração de Contratos de Patrocínio, para a execução de projetos “que contribuam para a conservação do meio ambiente, para a melhoria das condições de vida nas

---

<sup>351</sup> Dados retirados do Relatório de Sustentabilidade da Petrobrás, do ano de 2013, p. 39. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/8717/RelatoriodeSustentabilidade2013Portugues.pdf>, acesso em 01.11.2019.

<sup>352</sup> Conforme o item 1 do Regulamento da Seleção Pública de 2014, “Poderão inscrever projetos todas as organizações regularmente constituídas nos termos da legislação brasileira que compõem o terceiro setor, tais como as ONGs (Organizações Não Governamentais), entidades filantrópicas, OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), organizações sem fins lucrativos e outras formas de associações civis sem fins lucrativos”.



comunidades no entorno de nossas operações e para o desenvolvimento local nas áreas onde”<sup>353</sup> atua a Petrobrás.

A empresa estatal fundamenta o programa com base no Decreto n. 6.555/08 – que trata das ações de comunicação do Poder Executivo Federal, inclusive do patrocínio concedido por órgãos e entidades de tal esfera –, bem como na Instrução Normativa SECOM-PR n. 9, de 19 de dezembro de 2014, que “[d]isciplina o patrocínio dos órgãos e entidades da administração pública federal”.

Até o momento, foram realizadas duas seleções públicas, nos anos de 2014 e 2018, para projetos a serem realizados nos anos posteriores, com prazo de duração de 24 meses. Em 2014, foram investidos R\$ 16 milhões, em 57 projetos, distribuídos pelos Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul<sup>354</sup>, nas seguintes áreas (i) educação; (ii) direitos da criança e do adolescente; (iii) produção inclusiva e sustentável; (iv) esportes; (v) manutenção e preservação de recursos hídricos; e (vi) preservação ambiental. No ano de 2016, foram realizadas 470 iniciativas do Programa Petrobrás Socioambiental, com investimentos de cerca de R\$ 120 milhões<sup>355</sup>.

Na edição de 2018<sup>356</sup>, foram selecionados projetos em 06 (seis) linhas de atuação: (i) biodiversidade; (ii) florestas e clima; (iii) água; (iv) direitos da criança e do adolescente; (v) educação; e (vi) esporte. Além destes, foram incluídos no programa temas transversais, que poderiam ser trabalhados pelas entidades proponentes junto às linhas de atuação mencionadas, quais sejam: (a) respeito aos direitos humanos e combate à discriminação, o que incluía questões de igualdade de gênero, temas étnico-raciais e inclusão de pessoas com deficiência; (b) promoção da ética, integridade e transparência; (c) disseminação dos objetivos de desenvolvimento sustentável; (d) desenvolvimento e difusão de ciência e tecnologia; e (e) promoção de medidas ecoeficientes.

---

<sup>353</sup> <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/selecoes-publicas/selecao-2018/>, acesso em 01.11.2019.

<sup>354</sup> Conforme divulgado no documento Resultado Seleção Pública Comunidades 2014 – Regional SP/Sul, disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/Resultado-Programa-Petrobras-Socio-Ambiental.pdf>, acesso em 01.11.2019.

<sup>355</sup> BRASIL. PETROBRAS. **Relatório Anual 2016**: Sustentabilidade. Rio de Janeiro-RJ, 2016. 82 p. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-e-comunicados/relatorios-anuais/2016>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

<sup>356</sup> Conforme os termos do Edital, disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/REGULAMENTO-SELECAO-PUBLICA-2018.pdf>, acesso em 01.11.2019.

De todos os projetos apresentados, foram priorizados aqueles que diziam respeito aos seguintes públicos beneficiados, considerados prioritários para fins de seleção: (i) mulheres; (ii) negros; (iii) pessoas com deficiência; (iv) povos e comunidades tradicionais; (v) pessoas com deficiência; (vi) povos e comunidades tradicionais; (vii) povos indígenas; (viii) crianças e adolescentes; e (ix) juventude.

**7.1.** Os agentes envolvidos no Programa Petrobrás Socioambiental são: a Petrobrás, como o agente fomentador, responsável por disponibilizar os recursos financeiros para remunerar as entidades do Terceiro Setor que executarão as ações de interesse coletivo para os cidadãos destinatários da ação de fomento, localizados nas comunidades objeto do programa.

**7.2.** Assim, o Programa Petrobrás Socioambiental pode ser descrito, em síntese e para as estritas finalidades estritas desta tese, da seguinte forma:

- a.** a Petrobrás publica edital de Seleção Pública para a escolha das entidades do Terceiro Setor que irão realizar as ações nas localidades e nos setores predefinidos pela empresa estatal;
- b.** realizada o procedimento público, são selecionadas as entidades do Terceiro Setor, seguindo-se a assinatura dos respectivos contratos de patrocínio, que deverão ter duração de 24 (vinte e quatro) meses;
- c.** durante a sua execução, o contrato é fiscalizado pela Petrobrás com relação ao cumprimento de suas metas, do cronograma físico-financeiro, além das contrapartidas de comunicação a respeito do patrocínio concedido pela empresa estatal<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> Nos termos do item 5.4 do Edital da Chamada Pública de 2018: “O projeto deverá prever recursos para o planejamento e a implementação de ações de comunicação que visem à promoção de sua filosofia, temática, métodos e êxitos junto aos públicos específicos, selecionados de acordo com a natureza do projeto e de suas ações, que deverão estar descritas no projeto conforme Roteiro de Elaboração de Projetos, Seção 10. A Petrobras deverá ser citada como patrocinadora em todas as peças e ações de divulgação, incluídas as de natureza técnica e as mídias virtuais. Será assegurado à Petrobras o direito de utilizar, quando julgar oportuno, imagens, fotos e vídeos dos integrantes do projeto em suas ações de comunicação, sem qualquer ônus, consoante aos termos contratuais referentes aos direitos de autor. A instituição contratada deverá reservar espaço para divulgação do Programa Petrobras Socioambiental nos eventos que venha a promover e, sempre que solicitada, deverá apresentar seu projeto em eventos promovidos pela Petrobras. Outras contrapartidas de comunicação para a Petrobras poderão ser definidas de acordo com a natureza de cada projeto e incluídas em contrato”.

## 2. O Programa Petrobrás Socioambiental e o fomento às políticas socioambientais nas áreas de atuação: breve análise dos resultados do programa.

7. Apesar de termos afirmado no Capítulo 2 da Parte I que o resultado da política de fomento não é determinante para a sua legitimidade jurídica, parece-nos importante registrar os resultados de tal ação pública, uma vez que eles serão relevantes para apontarmos algumas propostas de melhoria na aferição dos impactos concretos que as ações fomentadas geram para a coletividade afetada.

De modo geral, é possível afirmar que os resultados divulgados pela Petrobrás tratam apenas que questões quantitativas do programa, ou seja, dos números de pessoas atendidas, biomas impactados ou mudas de árvore plantadas. Assim, no Relatório de Sustentabilidade de 2017, apresenta os seguintes resultados do programa em análise<sup>358</sup>: **(i)** mobilização de 895 mil pessoas em ações de educação; **(ii)** 90 mil publicações, estudos, documentos técnicos e bancos de dados; **(iii)** cerca de 430 espécies de fauna abrangidas diretamente; **(iv)** 1,096 milhão de espécies de flora abrangidas; **(v)** 1,6 milhão de hectares com atividades de recuperação de áreas degradadas ou reconversão produtiva; **(vi)** 31 realizados em rede, otimizando resultados.

8. Por mais que os números sejam importantes para a aferição dos benefícios públicos do programa, parece-nos que a análise deve abordar também aspectos qualitativos, ou seja, analisar como as ações das entidades fomentadas pela Petrobrás contribuíram para o atingimento das finalidades públicas que justificam a ação socioambiental da empresa estatal.

Nesse ponto, é possível verificar um certo descompasso entre a forma de divulgação dos resultados do programa e as exigências de formulação dos projetos, constantes do Roteiro de Formulação<sup>359</sup>. Neste documento, há a determinação de que as entidades participantes descrevam como o projeto proposto se relaciona<sup>360</sup>: **(i)** com a

---

<sup>358</sup> BRASIL. PETROBRAS. **Relatório Anual 2016**: Sustentabilidade. Rio de Janeiro-RJ, 2016. 82 p. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-e-comunicados/relatorios-anuais/2016>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

<sup>359</sup> Disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/Roteiro-elaboracao.pdf> , acesso em 13.11.2019.

<sup>360</sup> De acordo com a Seção 7 do Roteiro, “O envolvimento de diversos atores sociais é fundamental para lidar com a complexidade dos contextos socioambientais existentes e contribuir com os resultados esperados na execução do projeto. A participação da comunidade, o estabelecimento de parcerias institucionais e a

participação da comunidade no qual inserida<sup>361</sup>; **(ii)** com entidades públicas e privadas parceiras para o alcance e manutenção dos resultados alcançados<sup>362</sup>; **(iii)** se a atuação da entidade se liga a alguma rede de instituições que buscam o mesmo objetivo socioambiental<sup>363</sup>; e **(iv)** com políticas públicas já em execução na mesma área geográfica e no mesmo tema, o que facilita a perenidade dos resultados, mesmo após o fim do Petrobrás Socioambiental<sup>364</sup>.

---

articulação de redes, alianças e conselhos são de grande importância para a sustentabilidade do projeto e permanência dos resultados, mesmo após o encerramento do apoio da Petrobras”.

<sup>361</sup> Item 7.1 da Seção 7 do Roteiro: “O engajamento da comunidade é fundamental para o sucesso do projeto. Por este motivo, valorizamos a participação da comunidade em todas as fases (elaboração, execução e avaliação), na medida em que isto confere legitimidade ao projeto e contribui para o empoderamento e protagonismo das pessoas envolvidas. Descreva a participação da comunidade no projeto, utilizando os tópicos abaixo para orientar o seu texto: • Quais as principais demandas da comunidade identificadas? • Como a comunidade participou da identificação da demanda? • De que forma a comunidade participou da elaboração do projeto? • Como a comunidade participará da implementação e da avaliação do projeto (acompanhamento das ações, resultados, aplicação dos recursos, entre outros)? • Há representação da comunidade em espaços participativos, como processos de Agenda 21, plano diretor e conselhos municipais, por meio das atividades do projeto?”.

<sup>362</sup> Item 7.2 da Seção 7 do Roteiro: “Nesta seção, descreva as parcerias já estabelecidas, e as estratégias da instituição para agregar novos parceiros ao longo da execução do projeto. Utilize os tópicos a seguir para orientar o seu texto: • De que tipos de parcerias o projeto precisa? • Há envolvimento do poder público, empresas, fundações nacionais ou internacionais no projeto? • Há cooperação com outras organizações da sociedade civil, escolas ou universidades? • Que tipos de vínculos são esses? • Há estratégias para estabelecer novas parcerias, relevantes para sua execução e alcance dos resultados esperados? • Há parcerias que possibilitam ampliar a escala (o alcance) dos resultados do projeto (ex.: trocas de experiências, capacitação de multiplicadores etc)?”.

<sup>363</sup> Item 7.3 da Seção 7 do Roteiro: “Além das parcerias específicas para a execução do projeto, é importante destacar se a instituição proponente busca se articular em redes para potencializar os resultados do trabalho realizado. Entende-se por rede um conjunto de relações regulares e sistemáticas entre pessoas e/ou instituições que visam objetivos comuns de interesse socioambiental. As redes, conselhos e alianças têm sido alternativas importantes para o diálogo e a troca de conhecimentos e experiências entre as organizações participantes. Neste item, é importante também destacar se a organização atua para influenciar a criação e/ou o fortalecimento de novas redes, e se busca participar de redes que tratem de temas que vão além do foco principal da sua atuação”.

<sup>364</sup> Seção 8 do Roteiro: “Um dos aspectos importantes da proposta é a forma com que o projeto se articula com políticas públicas, o grau de interação dos objetivos e resultados esperados do projeto com as políticas públicas no âmbito municipal, regional, estadual ou federal. É fundamental que a instituição proponente identifique e descreva as políticas públicas existentes (locais, estaduais ou federais) que podem contribuir com o projeto e de que maneira o projeto poderá fortalecer, relacionar-se ou influenciar a formulação e implementação das políticas relacionadas às suas linhas de atuação. O objetivo da interação com as políticas públicas relacionadas ao escopo do projeto é estimular o fortalecimento de suas ações e a perenidade de seus resultados ao longo do tempo. A pertinência e sustentabilidade das transformações socioambientais dependem de uma sociedade qualificada para o protagonismo, para a participação e para a formulação de alternativas consistentes de transformação. Por isso, destaque também se o projeto tem estratégias, ou focaliza diretamente a qualificação e o fortalecimento da sociedade para a ação coletiva, para o debate público e para a participação nos espaços de formulação, gestão e monitoramento de políticas públicas. Destaque se o projeto prevê a participação da equipe técnica e/ou dos membros da comunidade em conselhos, comitês e fóruns locais e/ou regionais de interesse público existentes, bem como se busca contribuir para a criação e/ou o fortalecimento de espaços de controle da sociedade sobre a execução de políticas públicas. E por fim, indique se o projeto incorpora aos seus processos, ferramentas de avaliação e de responsabilização pelos seus resultados e/ou se implanta ferramentas de comunicação que garantam a transparência dos seus processos, atividades e resultados. Essas estratégias podem compreender mecanismos de prestação de contas de ações e resultados do

Tais elementos a serem descritos no projeto proposto nos parecem indicar que a finalidade da Petrobrás com tal programa não é apenas impactar quantitativamente as comunidades, mas qualitativamente, de modo que as ações realizadas durante os 24 (vinte e quatro) meses de apoio financeiro da empresa estatal possam ser perenizadas posteriormente, com efeitos futuros positivos para as regiões envolvidas.

No entanto, a forma de divulgação dos resultados do programa está mais focada em aspectos quantitativos do que nos aspectos qualitativos, o que demanda, a nosso ver, o aperfeiçoamento do programa, com a finalidade de legitimar as ações realizadas, bem como a sua continuidade. É necessário compreender, para além do aspecto quantitativo, como os projetos executados e custeados pela Petrobrás geraram aumento qualitativo nas comunidades objeto da ação de fomento, o que, pelos resultados a que tivemos acesso<sup>365</sup>, não está claro.

### **3. A análise da política implementada pelo Petrobrás Socioambiental de acordo com os quadrantes desta tese.**

---

projeto aos públicos diretamente impactados ou envolvidos em suas ações, como também mecanismos de prestação de contas desses elementos para toda a sociedade, auditorias, e ainda avaliações externas, entre outras iniciativas que ampliam a transparência, o acompanhamento dos resultados dos projetos e o bom uso dos recursos utilizados. Utilize os tópicos a seguir para orientar o seu texto: • O projeto tem alinhamento com políticas públicas? • Há políticas públicas vigentes com as quais o projeto interage? Como é essa interação? • O projeto foi elaborado com o propósito de complementar e/ou integrar a implementação de uma política pública? • O projeto foi elaborado com o propósito explícito de subsidiar a formulação de uma política pública? • Há elementos do projeto que fortalecem a mobilização para a ação social e/ou a qualificação da sociedade para o debate de temas de interesse público (ex: ações de formação de atores e redes; produção de informação estratégica; apoio a fóruns e outros espaços coletivos de debate e construção de agendas públicas etc.)? • Há elementos que promovem a participação em espaços de gestão compartilhada entre poder público e sociedade civil como conselhos, audiências públicas, comitês de bacia etc.? • Representantes do projeto e da comunidade participam de fóruns e espaços coletivos voltados para o controle social de políticas públicas? • Há elementos que promovem o controle social das políticas públicas? • No âmbito do projeto, existem mecanismos de apresentação de resultados aos participantes, à comunidade ou à toda a sociedade? • Há canais de acompanhamento e de avaliação do projeto compartilhados com a comunidade envolvida no projeto, como por exemplo, por meio da participação em Conselho Gestor? • Há canais permanentes de comunicação com os participantes, com a comunidade e com a sociedade, como, por exemplo, por meio de ferramentas de informação??"

<sup>365</sup> Durante a pesquisa que originou esta tese, realizamos pedidos de acesso à informação, a respeito do Petrobrás Socioambiental, mas a maioria dos pedidos foi indeferida, pois considerou-se que: (i) haveria a necessidade de a estatal produzir as informações requeridas, o que a eximiria do dever de fornecê-las; e (ii) haveria questões acobertadas pelo sigilo, que não poderiam ser informadas.

### **3.1. O Programa Petrobrás Socioambiental enquanto política de fomento administrativo.**

9. Da descrição realizada pelo Programa Petrobrás Socioambiental linhas acima é possível perceber que ele se enquadra na política de fomento objeto de estudo na presente tese, pois se trata de ação intencionalmente realizada pela administração pública – no caso, a Petrobrás –, destinado a finalidade de interesse coletivo, o fomento a entidades do Terceiro Setor que concretizarão ações no âmbito socioambiental em comunidades objeto de atuação da empresa estatal, por meio de instrumento jurídico que possui por objetivo criar obrigações entre as partes no alcance de metas pré-estabelecidas (o contrato de patrocínio).

Há, portanto, coordenação de agentes públicos e privados na busca pela implementação de ação que visa à concretização de interesses coletivos, com planejamento e acompanhamento, características que enquadram o programa em apreço no conceito de política de fomento desta tese.

### **3.2. O enquadramento do Petrobrás Socioambiental na matriz de análise de casos.**

10. Ao colocarmos o Programa Petrobrás Socioambiental na matriz de análise de casos, temos a configuração a seguir exposta.

10.1. O *agente fomentador* é a Petrobrás, por ser ela a entidade que (i) determina os âmbitos territorial e material (das atividades a serem fomentadas) da ação de fomento; (ii) disponibiliza os recursos financeiros para a implementação do programa; (iii) publica o edital de Chamada Pública, bem como seleciona as entidades a serem contempladas; e (iv) acompanha o programa e edita os resultados alcançados.

10.2. A *forma de envolvimento* da Petrobrás em tal política fomentadora é feita meio de custos diretos e indiretos. No primeiro caso, são relacionados ao custeio da própria política de fomento, com a disponibilização dos valores necessários para remunerar as entidades do Terceiro Setor pelas atividades desenvolvidas. No segundo caso, há os custos administrativos ligados à designação de empregados para acompanhar a elaboração e implantação do programa, além de aferir os resultados concretos.

**10.3.** Os *agentes do fomento* são as entidades do Terceiro Setor responsáveis pela implementação das ações selecionadas pela Petrobrás por meio de editais. São elas que realizarão as atividades de relevância pública, com o emprego de seus empregados e colaboradores, bem como, a depender da atuação, de agentes das comunidades e entidades parceiras, conforme destacado n. 8, supra.

**10.4.** Como *beneficiários da ação de fomento* podemos identificar as comunidades e os biomas objeto do Programa Petrobrás Socioambiental. A melhora de suas condições socioambientais são o grande objetivo do programa e o que motiva o direcionamento de recursos público e a concertação entre agentes públicos e privados, além de determinar os mecanismos de mensuração das metas e dos resultados a serem atendidos.

**10.5.** O *estímulo concedido* aos agentes do fomento consiste no repasse de recursos da Petrobrás – de natureza pública – para as entidades selecionadas, com a finalidade específica de realizarem as ações determinadas pela empresa estatal, no campo socioambiental. É com base na remuneração realizada pela sociedade de economia mista que a entidade do Terceiro Setor realizará as atividades para as quais foi selecionada.

**10.6.** Com relação aos *objetivos públicos justificadores* da ação de fomento em estudo, podemos citar a concretização de diversos comandos constitucionais, a tutelar os valores sociais presentes nos objetos das duas chamadas públicas realizadas até o momento, quais sejam: educação (art. 205 da CF<sup>366</sup>), esporte (art. 217 da CF<sup>367</sup>), direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, *caput*, da CF<sup>368</sup>), e proteção do meio ambiente (art. 225 da CF<sup>369</sup>).

---

<sup>366</sup> “**Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

<sup>367</sup> “**Art. 217.** É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”.

<sup>368</sup> “**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>369</sup> “**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ou seja, a análise dos dados do programa e da Constituição Federal permite concluir que o programa foi instituído com a finalidade de gerar ações das entidades do Terceiro Setor em favor da concretização de valores socialmente relevantes, em comunidades e locais objeto de atuação econômica da Petrobrás.

**10.7.** Ainda dentro da matriz de análise das políticas de fomento, cabe a verificação dos *instrumentos jurídicos envolvidos* na sua implementação, que, neste caso, são dois.

**10.7.1.** De um lado, há o processo seletivo destinado à escolha das ações e entidades a serem contempladas no programa. Este certamente possui regras próprias, determinadas pelo próprio edital de Chamada Pública, que não se confundem com um processo licitatório<sup>370</sup>. Nessa linha, conforme visto anteriormente nesta tese, nem todos os procedimentos competitivos realizados pela administração pública para celebrar ajustes negociais com os particulares se limitam às licitações, de modo que o procedimento de escolha do Petrobrás Ambiental enquadra-se nessa ideia de um procedimento competitivo não licitatório<sup>371</sup>, apto a garantir a impessoalidade, a isonomia e a escolha dos projetos que melhor atendam aos objetivos do programa instituído, de acordo com os critérios de seleção.

Tais critérios, por mais que não sejam tão objetivos quanto aqueles que são realizados em um processo licitatório, permitem que a escolha administrativa seja isonômica, impessoal, bem como pautada por requisitos técnicos e econômicos das propostas apresentadas.

O processo seletivo é dividido em cinco fases de seleção. Na primeira, de Triagem Administrativa, é realizada a análise formal dos projetos encaminhados, com a finalidade de “verificar se o formato de apresentação dos projetos e a documentação anexada pela instituição proponente atendem às exigências deste Regulamento”<sup>372</sup>. O descumprimento aos requisitos formais levará à desclassificação dos projetos.

---

<sup>370</sup> Nessa linha, cf. Diego Prandino. **O contrato de patrocínio ativo na administração pública**. 2018, p. 124.

<sup>371</sup> Exemplo desta distinção procedimental está na ausência de recurso contra as decisões tomadas pela Petrobrás em cada um das fases do processo seletivo, nos termos do item 10 do edital de seleção pública (Disposições Finais), no qual consta que “Os resultados de todas as fases do Processo de Seleção são soberanos, não cabendo recursos ou esclarecimentos sobre as decisões de qualquer fase do processo”. Ao contrário, no âmbito das licitações realizadas na Petrobrás, há a expressa previsão de recurso, conforme arts. 109 a 114 do Regulamento de Licitações e Contratos da entidade.

<sup>372</sup> Item 6.1 do Regulamento de Seleção de 2018.



Na segunda fase, de Triagem Técnica e Orçamentária, ocorre a análise dos projetos aprovados na fase anterior, segundo “aspectos como relevância e mérito; interação com o negócio; parcerias; potenciais impactos sociais e ambientais; capacidade institucional do proponente; viabilidade e exequibilidade técnica e financeira do projeto”, conforme critérios previamente fixados no edital<sup>373</sup>. Os projetos são analisados por dois diferentes avaliadores, que os classificam de acordo com o nível de atendimento aos critérios do fixados no edital<sup>374</sup>.

Os projetos com melhor pontuação na segunda fase serão encaminhados à terceira, de avaliação por Comissão de Seleção, “composta por especialistas da Petrobras e de diferentes setores, conforme indicado, sob a coordenação da área de Responsabilidade Social da Petrobras”<sup>375</sup>. A análise por eles realizada “irá priorizar, em plenária, os projetos de acordo com critérios de regionalidade, distribuição por porte, linhas de atuação e interação com o negócio, conforme definido pela Petrobras”.

---

<sup>373</sup> Conforme o item 6.2 do Regulamento de Seleção de 2018, são critérios para a análise dos projetos apresentados: “Alinhamento às diretrizes e linhas de atuação do Programa Petrobras Socioambiental; Histórico e experiência da organização; Interação com o negócio da Petrobras; Parcerias estratégicas; Caracterização da realidade socioambiental; Grau de participação da comunidade; Plano de comunicação; Objetivos e cronograma de execução; Metodologia; Equipe; Avaliação/indicadores; Práticas de transparência e responsabilização (tais como previsão de avaliação externa do projeto, ferramentas de divulgação de resultados e gestão coletiva do projeto); Adequação do orçamento físico-financeiro; Integração das dimensões social e ambiental; Participação democrática e controle social; Interação com políticas públicas (visando a manter ou a ampliar os benefícios gerados pelos projetos); Potencial de transformação da iniciativa de acordo com o contexto; Atributos de alto valor do projeto (uso de tecnologias sociais, atuação com públicos prioritários do Programa Petrobras Socioambiental, ações afirmativas e/ou de disseminação de conhecimento em temas transversais e relevância das áreas e/ou espécies trabalhadas)”.

<sup>374</sup> Foi prevista a seguinte graduação de classificação dos projetos no edital: “Caberá à equipe responsável avaliar os projetos e emitir pareceres técnicos, dando notas de 1 (um) a 4 (quatro) referentes a cada um dos critérios de análise, conforme a seguinte escala: Nível 1: se o projeto atender de forma incipiente ao critério (até 25%) ou não atender aos requisitos considerados fundamentais para viabilidade da proposta. Nível 2: se o projeto atender em menor parte (de 26 a 50%) aos requisitos e especificações do critério de análise. Nível 3: se o projeto atender em parte (de 51 a 75%) aos requisitos e especificações do critério de análise. Nível 4: se o projeto atender em grande parte ou a totalidade (mais de 76%) dos requisitos e especificações do critério de análise”.

<sup>375</sup> Conforme o item 6.3 do Edital, que previu a seguinte composição: “**Representantes Externos:** Um (01) representante de Organizações da Sociedade Civil (social). Um (01) representante de Organizações da Sociedade Civil (ambiental). Um (01) representante do Ministério do Desenvolvimento Social - MDS (social). Um (01) representante do Ministério de Meio Ambiente (ambiental). Um (01) representante da Comunidade Científica e Acadêmica (social/educação). Um (01) representante da Comunidade Científica e Acadêmica (ambiental). Um (01) representante da Imprensa (pautas sociais e ambientais). Um (01) representante do Governo Federal – SECOM (social/ambiental)

**Representantes da Petrobras:** Três (03) representantes de Áreas de Negócios. Um (01) representante do Cenpes (Centro de Pesquisa). Um (01) representante da área de SMS (social/ambiental). Um (01) representante da área de Comunicação. Um (01) representante da área de Responsabilidade Social (social/ambiental). Um (01) representante da Transpetro”.

Os projetos selecionados pela Comissão serão encaminhados para a quarta fase, no qual são analisados e escolhidos pelo Comitê Deliberativo, composto por representantes internos e externos à Petrobrás<sup>376</sup>. Por fim, os projetos selecionados por este colegiado serão encaminhados para aprovação pelos órgãos estatutários da Petrobrás, que também serão responsáveis por avaliar “o banco de reserva de projetos socioambientais, composto pelos projetos aprovados pela Comissão de Seleção, mas não contemplados pelo Comitê Deliberativo”.

Nota-se, portanto, que o processo seletivo é realizado em fases que permitem gradativa abertura à discricionariedade administrativa dos agentes envolvidos na seleção, especialmente da Comissão de Seleção e do Comitê Deliberativo, o que aporta uma maior carga de análise de conveniência e oportunidade à seleção do que em um processo licitatório, pautado pelo julgamento objetivo (art. 31, *caput*, da Lei n. 13.303/16).

Por evidente, isto não significa que a escolha dos projetos seja ato de pura vontade dos membros de tais colegiados, uma vez que a eles se impõe a obrigatoriedade de motivar as escolhas, de acordo com os elementos do processo, além das finalidades de cada ação de fomento a ser realizada. Há, portanto, de haver congruência entre os critérios do edital, as finalidades a serem alcançadas, as fases anteriores do processo seletivo e a decisão dos colegiados a respeito de cada projeto selecionado ou não, com a explicitação dos respectivos motivos.

**10.7.2.** Encerrado o processo seletivo, haverá a celebração de contrato de patrocínio, regrado pelos artigos 156 a 164 do Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás (RLCP)<sup>377</sup>. Tal instrumento constitui-se em efetivo contrato celebrado entre as partes, no qual à Petrobrás interessa a difusão da sua marca por meio da ação realizada no campo socioambiental pela entidade selecionada, que receberá os recursos daquela para a realização da ação.

---

<sup>376</sup> “**Representantes Externos:** Um (01) representante de Organizações da Sociedade Civil. Um (01) representante da Comunidade Científica e Acadêmica. Um (01) representante da Imprensa. Um (01) representante do Governo Federal – SECOM

**Representantes da Petrobras:** Três (03) representantes de Áreas de Negócios. Um (01) representante da área de SMS. Um (01) representante da área de Comunicação. Um (01) representante da área de Responsabilidade Social”.

<sup>377</sup> De acordo com o artigo 156 do RLCP: “Os contratos de patrocínio visam ao fortalecimento das marcas, produtos e serviços da PETROBRAS através da associação a projeto de iniciativa de terceiro para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, objetivando obter ganho à imagem institucional, ao relacionamento com seu público e sua reputação”.

Trata-se, portanto, de meio vislumbrado pela Petrobrás para a concretização de sua responsabilidade social. Assim, ela realiza o patrocínio de ações no domínio socioambiental, com vistas ao fortalecimento de sua marca, em ação que possui o condão de reunir as disposições dos parágrafos 2º e 3º do art. 27 da Lei das Estatais.

Pela natureza da ação realizada (no campo socioambiental), poderia haver a celebração de convênio, previsto nos artigos 188 a 193 do RLCP<sup>378</sup>, que permite o repasse de recursos da Petrobrás para a entidade executora da atividade (art. 190), em ações a serem realizadas conjuntamente entre a empresa estatal e a entidade beneficiária.

No caso do Programa Petrobrás Socioambiental, no entanto, parece-nos que a empresa escolheu – de forma legítima – a celebração de contrato de patrocínio, ao invés de convênio, ante a ausência de atuação conjunta das partes e às finalidades a serem alcançadas pela ação fomentadora, ligadas ao fortalecimento da marca da empresa por meio de tais ações.

**10.8.** Outro ponto de análise diz respeito à existência ou não de *autonomia da empresa estatal para a implantação da política de fomento* por ela levada a cabo. No caso do Petrobrás Socioambiental, percebe-se que a política foi realizada diretamente pela empresa estatal, diversamente do que ocorre no PROINFA, no qual a Eletrobrás foi envolvida no programa por meio de lei e decreto presidencial.

No caso em apreço, é a Petrobrás quem realiza o chamamento público, define as áreas sociais e ambientais nas quais haverá a atuação das entidades, bem como as suas localizações geográficas, além de disponibilizar os valores financeiros respectivos.

No entanto, chama a atenção – e isto será objeto de análise crítica mais adiante – o fato de o chamamento público do programa em apreço possuir referências ao Decreto n. 6.555/08, bem como à Instrução Normativa SECOM-PR n. 9, de 19 de dezembro de 2014, que disciplinam o regime de comunicação e patrocínio dos órgãos e entidades da administração pública federal. Da mesma forma, a presença de representante do governo federal, especificamente da SECOM, na Comissão de Seleção (cf. item 6.3 do Edital), pode trazer inconvenientes de tentativa de direcionamento da política de patrocínio da empresa

---

<sup>378</sup> Nos termos do art. 188 do RLCP: “Os Convênios podem ser celebrados quando ocorrerem interesses mútuos e precípuos entre a PETROBRAS e outras entidades, visando à execução de projetos de cunho social, educacional, cultural ou esportivo, mediante ação conjunta”.

para os interesses da administração central, o que, muitas vezes, pode gerar conflitos ou posturas indesejadas para a empresa.

De nossa parte, entendemos que a autonomia da Petrobrás demanda que ela possua sua própria política de comunicação e patrocínio, fundamentada em suas estratégias comerciais e de comunicação, bem como nas deliberações sociais, de acordo com as regras de governança corporativa próprias. Assim, a própria base normativa de tais ações deve ser considerada de modo a preservar a autonomia da entidade, de modo que deve buscar a legitimidade de tal ação na Lei das Estatais e em seu próprio RLCP, não em regramentos que tratam de todo o Poder Executivo federal, além de a seleção contar com membro diretamente ligado à SECOM da Presidência da República.

**10.9.** Com relação à *função social da empresa*, parece-nos que a ação promovida pela Petrobrás enquadra-se nos §§2º e 3º do artigo 27 da Lei das Estatais, ou seja, a concretização da sustentabilidade ambiental e da responsabilidade social corporativa, bem como o patrocínio de ações sociais, esportivas e educacionais. A questão que se coloca é a respeito dos limites destas ações dentro dos padrões do *mercado no qual inserida a empresa*, bem como aos limites de valores legalmente previstos (art. 93 da Lei n. 13.303/16).

O respeito aos valores financeiros parece estar atendido. Se considerarmos, por exemplo, o programa realizado em 2018, que destinou R\$ 180 milhões para as ações socioambientais, a serem celebradas em 2019 e 2020, podemos verificar que, em 2017, a receita operacional bruta da Petrobrás foi de R\$ 283,695 bilhões e, em 2018, de R\$ 349,836 bilhões, de modo que o montante destinado pela empresa para tal finalidade fica muito abaixo do limite legal de 0,5% (cinco décimos por cento). Há que se notar, ainda, que o próprio RLCP condiciona a celebração do contrato de patrocínio aos limites da mencionada lei (art. 157<sup>379</sup>).

Com relação ao atendimento ao padrão do mercado no qual inserida a Petrobrás, é necessário contextualizar que tal empresa atua no mercado internacional, sendo importante empresa multinacional de petróleo e gás, com ações listadas na Bolsa de Nova York. Assim, a título exemplificativo, ela possui subsidiárias em países como Holanda

---

<sup>379</sup> “Art. 157. Os contratos de patrocínio deverão possuir verbas definidas na dotação orçamentária da PETROBRAS, respeitado o limite previsto no Art. 93 da Lei nº 13.303”.

(PNBV – Petrobras Netherlands B.V.), Inglaterra (Petrobras Europe Ltd), Angola (Petrobras Oil & Gas B.V.), Estados Unidos (Petrobras USA) etc<sup>380</sup>.

Ao que parece, foi essa forte presença internacional que levou a Petrobrás a alinhar o programa Socioambiental à norma ISO 26000, que é o referencial de programas de responsabilidade social e ambiental para empresas do mundo inteiro, o que nos parece demonstrar a intenção da empresa de colocar sua política em patamar semelhante ao de seus concorrentes internacionais<sup>381</sup>.

De outro lado, nacionalmente, ela ainda possui presença extremamente mais efetiva no mercado de exploração de petróleo e gás natural que suas concorrentes em território brasileiro, conforme dados expostos anteriormente neste capítulo. Assim, a nosso ver, a consideração a respeito do *mercado* em que atua a Petrobrás deve levar em consideração o mercado global, não o nacional, na qual a presença dos seus concorrentes ainda é incipiente e tendente a aumentar nos próximos anos.

Nesta linha, se considerarmos o mercado global do petróleo, parece-nos que a ação da Petrobrás no programa Socioambiental atende aos requisitos da Lei das Estatais, uma vez que outras grandes empresas do setor possuem vultosos investimentos em tais áreas, tal como a Shell (Royal Dutch Shell), que, em 2017, investiu voluntariamente US\$ 111 milhões em ações sociais ao redor do mundo<sup>382</sup>.

Há, portanto, a nosso ver, aderência entre as ações realizadas pela Petrobrás no programa em análise e as ações das empresas do mercado em que atua.

**10.10.** Com relação aos objetivos constitucionalmente tutelados pela ordem econômica constitucional, cabe-nos analisar o respeito aos critérios de (i) isonomia e impessoalidade; (ii) subsidiariedade e proporcionalidade; bem como da (iii) livre-concorrência.

A análise de tais critérios constitucionais a tutelar a ordem econômica justifica-se neste caso – ainda que estejamos a tratar de fomento a entidades do Terceiro Setor – uma

---

<sup>380</sup> Para a análise de toda a presença global da Petrobrás, cf. <http://www.petrobras.com.br/pt/presenca-global/>

<sup>381</sup> A respeito da norma ISO 26000 e sua importância para a implementação de programas de responsabilidade social e ambiental em empresas, cf. José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. 2016, p. 183 e segs.

<sup>382</sup> Cf. Sustainability Report 2017, disponível em [https://www.shell.com.br/promos/sustainability-pdf/\\_jcr\\_content.stream/1527902724105/9ccd070aa9fb1782c05efb9d3c564a9a23f1cd4e/shell-sustainability-report-2017.pdf](https://www.shell.com.br/promos/sustainability-pdf/_jcr_content.stream/1527902724105/9ccd070aa9fb1782c05efb9d3c564a9a23f1cd4e/shell-sustainability-report-2017.pdf)

vez que o fomento desmedido a tais entidades pode representar prejuízos ao livre desenvolvimento às empresas que eventualmente desenvolvam as mesmas atividades.

Pensemos, por exemplo, nas ações relacionadas à educação. Ao invés de eleger como agentes de fomento as entidades do Terceiro Setor, a Petrobrás poderia escolher estimular escolas ou universidades privadas, constituídas sob a forma empresarial, para a realização do mesmo objeto, inclusive com a utilização do mesmo instrumento jurídico, o contrato de patrocínio. Assim, a possibilidade de efeitos econômicos contrários aos ditames constitucionais não pode ser desprezada.

**10.10.1.** A isonomia e a impessoalidade nos parecem atendidas. Com relação à primeira, as ações públicas de fomento não buscaram o enaltecimento da imagem de autoridades públicas ou das entidades selecionadas. Além disso, as entidades foram escolhidas dentro de processo seletivo pautado pela publicidade e de acordo com regras previamente estabelecidas e aplicáveis a todos os participantes, de modo que, ao menos de acordo com as informações coletadas, não parece que tenha havido o direcionamento para uma ou outra entidade de modo pessoal.

No que toca à isonomia, parece-nos que seu atendimento decorre da existência de justificativa para a estipulação de discrimen voltado para seleção das entidades. É dizer: o benefício que as entidades selecionadas receberam – e que por isso alcançam os privados de modo desigual – é justificável em virtude dos benefícios coletivos que a atividade privada desempenhada traz à sociedade.

**10.10.2.** A aferição do atendimento à subsidiariedade e à proporcionalidade, a nosso ver, demanda reflexões tanto a respeito da necessidade da ação de fomento, quanto em relação ao montante gasto, o que se liga a aspectos mercadológicos e reputacionais da Petrobrás, de acordo com os próprios critérios delineados no art. 27, §§2º e 3º, da Lei das Estatais.

A subsidiariedade deverá ser analisada no que toca à necessidade da atuação fomentadora da empresa estatal, de acordo com a existência de direitos no campo socioambiental a serem tutelados, bem como da insuficiência de a própria comunidade supri-los ou mesmo de ações de empresas privadas ou políticas públicas aptas a atendê-las. Neste caso, a subsidiariedade deve ser analisada como barreira horizontal à atuação fomentadora, como resposta à pergunta: *é necessário o fomento pela empresa estatal para a concretização do direito constitucional e legalmente tutelado?*

A proporcionalidade – que trata da incidência vertical da ação pública –, por sua vez, parece-nos incidir de duas formas. Ambas tomam como pressuposto a necessidade da atuação fomentadora.

Na primeira, há a aferição de acordo com os critérios mercadológicos e de imagem da empresa. Assim, em sendo detectada a necessidade do fomento, há que se indagar se os demais agentes do mercado atuam neste domínio, bem como em que medida esta ação trará ganhos reputacionais e de imagem para a empresa estatal. Desta forma, não basta que a ação seja necessária, mas, mais do que insto, é imperativo que ela atenda aos critérios legais das ações socioambientais e de patrocínio, quais sejam: o aspecto mercadológico e a agregação de valor à empresa. A pergunta a ser respondida é a seguinte: *de acordo com os padrões de mercado e reputacionais, é proporcional que a empresa invista em tais ações socioambientais e de patrocínio?*

Fora destes padrões, há o risco de que as empresas estatais realizem políticas públicas dissociadas totalmente dos padrões legais e dos ganhos comerciais atrelados a tais ações.

Ultrapassada esta primeira análise de proporcionalidade, há que se medir a proporcionalidade dos valores a serem investidos pela empresa estatal em tais ações, o que demanda uma primeira análise a respeito do montante de recursos necessários para que a ação seja a um só tempo: (i) eficiente para a tutela dos valores constitucionais a serem atendidos; (ii) não gerem perdas de lucratividade e distribuição de dividendos acima do necessário para a tutela eficiente antes mencionada; (iii) esteja dentro dos parâmetros de mercado do setor de atuação da empresa estatal; e (iv) seja necessária para gerar o retorno reputacional à empresa estatal.

No caso do programa em apreço, os dados levantados parecem sugerir que tanto a subsidiariedade quanto a proporcionalidade foram atendidas, uma vez que as ações são necessárias para a tutela dos interesses coletivos objeto do fomento, se basearam em valores de mercado (ao menos globalmente considerados em relação ao montante de gasto da Petrobrás com o programa em estudo) e parecem ter trazido benefícios empresariais para a imagem da empresa.

Isto não retira as críticas à análise meramente quantitativa realizadas pela Petrobrás em relação ao programa em apreço. No entanto, o desrespeito à subsidiariedade e à proporcionalidade demandariam a demonstração de que (i) as ações fomentadas eram

desnecessárias para as comunidades envolvidas; ou (ii) as ações realizadas extrapolaram os padrões de mercado ou não eram aptas a gerar valor comercial à Petrobrás, aspectos que não foram observados pelos dados levantados.

**10.10.3.** Por fim, cabe-nos analisar se a ação levada a cabo pela Petrobrás ofendeu ou não a livre-concorrência, aqui considerada em relação a empresas que poderiam ter participado do processo seletivo, caso este não fosse restrito às entidades do Terceiro Setor. De fato, a redução do campo de pessoas privadas participantes da seleção possui o condão de limitar a livre-concorrência, uma vez que as empresas não puderam participar do processo seletivo, o que as impede de serem contempladas com os recursos públicos destinados às finalidades do programa.

No entanto, isto não parece deslegitimar a forma do programa em apreço, uma vez que trata-se de escolha discricionária da empresa estatal, pautada por critérios políticos, no sentido de privilegiar as entidades do Terceiro Setor em detrimento de entidades empresariais que podem, eventualmente, realizar as mesmas prestações, inclusive por meio do mesmo instrumento jurídico.

Em si, não nos parece que haja afronta à livre concorrência, uma vez que os valores investidos por ação são limitados, bem como pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, o que demanda análise mais aprofundada de dados (ainda inexistentes) a respeito de eventual prejuízo sistêmico à concorrência. Por ora, e para os fins e no momento de redação desta tese, isto não parece presente.

**10.11.** Por fim, passamos a refletir a respeito do último aspecto da matriz de análise, consistente no planejamento, acompanhamento e transparência na implementação e manutenção das ações de fomento.

De acordo com os dados obtidos e levantados, parece haver inconsistências nestes aspectos, uma vez que não foi possível detectar qual o processo para a definição das áreas e comunidades que serão atendidas, quais os valores a serem destinados para as ações de fomento, qual o nível de interação entre o acionista majoritário e os acionistas minoritários na definição tanto das políticas a serem realizadas, quanto dos valores a serem destinados.

Ademais, no que toca à continuidade do programa, a ausência de análise qualitativa parece-nos ser indício de que necessidade de aprimoramento, com vistas à própria justificativa da sua manutenção.



Em suma, por mais que pareça que o programa possua aspectos meritórios, há a necessidade de aprimoramento de mecanismos de governança corporativa no seu planejamento, bem como de análise qualitativa dos resultados obtidos. A tal aspecto retornaremos na Parte III desta tese.

### **CAPÍTULO 3. FOMENTO IMPLEMENTADO COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DA MARCA EMPRESARIAL: O PATROCÍNIO DO BANCO DO BRASIL À CULTURA.**

No presente capítulo, analisaremos outra face do fomento implementado por empresas estatais, desta vez com a finalidade de fortalecimento da marca empresarial em mercado no qual compete intensamente com outras empresas privadas. Trata-se do patrocínio concedido pelo Banco do Brasil para iniciativas culturais.

A importância de tal programa de fomento para a presente tese decorre do fato de que ela é realizada no âmbito da concorrência de tal instituição financeira com as demais instituições financeiras privadas, especialmente pelo mercado de varejo bancário. Nessa linha, o patrocínio realizado pelo Banco do Brasil à cultura representa importante ação fomentadora a ser estudada neste trabalho.

#### **SEÇÃO 1. JUSTIFICATIVA DO CASO SELECIONADO.**

##### **1. A importância do Banco do Brasil no setor financeiro nacional e sua posição em relação às demais empresas do setor: entre fomento, exclusividade e a competição direta com bancos privados.**

1. A análise do fomento do Banco do Brasil à cultura nos coloca diante da necessidade de compreender o papel central de tal empresa no mercado bancário nacional. Nessa linha, da mesma forma como no capítulo anterior, não pretendemos realizar a reconstrução histórica de tal setor, nem da mencionada empresa estatal. Interessa-nos analisar o papel do Banco do Brasil em tal mercado, com a finalidade de compreendermos o seu *status* de empresa estatal relevante, especialmente pelo fato de competir no mercado com as instituições financeiras públicas e privadas.

2. Conforme aponta Vitor Rhein SCHIRATO<sup>383</sup>, a criação do Banco do Brasil se deu no início do século XIX, com a chegada da família real ao país. Até 1964, tal empresa

---

<sup>383</sup> Vitor Rhein Schirato. Bancos estatais ou Estado banqueiro?. In Alexandre Santos de Aragão (coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2015, p. 267-268.

funcionava como instituição financeira e banco central, passando, após a edição da Lei n. 4.595/64, “a funcionar como a instituição incumbida de atuar como instrumento da execução da política financeira e creditícia do Governo Federal”<sup>384</sup>.

Ao mesmo tempo em que possui a atribuição acima mencionada, típica de implementação de política pública de interesse da administração central, o Banco do Brasil possui competência legal e estatutária para atuar da mesma forma que as instituições financeiras privadas, ou seja, exercendo “todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional”<sup>385,386</sup>.

---

<sup>384</sup> Ob. cit., p. 268.

<sup>385</sup> Art. 2º do Estatuto Social.

<sup>386</sup> Os objetos sociais do Banco do Brasil estão descritos no art. 19 da Lei n. 4.595/64, nos seguintes termos: “**Art. 19.** Ao Banco do Brasil S. A. competirá precipuamente, sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional e como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal: **I** - na qualidade de Agente, Financeiro do Tesouro Nacional, sem prejuízo de outras funções que lhe venham a ser atribuídas e ressalvado o disposto no [art. 8º, da Lei nº 1628, de 20 de junho de 1952](#): **a**) receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes da arrecadação de tributos ou rendas federais e ainda o produto das operações de que trata o art. 49, desta lei; **b**) realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda, as quais não poderão exceder o montante global dos recursos a que se refere a letra anterior, vedada a concessão, pelo Banco, de créditos de qualquer natureza ao Tesouro Nacional; **c**) conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal; **d**) adquirir e financiar estoques de produção exportável; **e**) executar a política de preços mínimos dos produtos agropastoris; **f**) ser agente pagador e recebedor fora do País; **g**) executar o serviço da dívida pública consolidada; **II** - como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por adiantamentos, ressalvados o disposto no § 5º deste artigo, as exceções previstas em lei ou casos especiais, expressamente autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil; **III** - arrecadar os depósitos voluntários, à vista, das instituições de que trata o inciso III, do art. 10, desta lei, escriturando as respectivas contas; [\(Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.284, de 1986\)](#) **IV** - executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis; **V** - receber, com exclusividade, os depósitos de que tratam os [artigos 38, item 3º, do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940](#), e [1º do Decreto-lei nº 5.956, de 01/11/43](#), ressalvado o disposto no art. 27, desta lei; **VI** - realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central da República do Brasil, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; **VII** - realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central da República do Brasil, mediante contratação na forma do art. 13, desta lei; **VIII** - [\(Vetado\)](#). **IX** - financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural, nos termos da legislação que regular a matéria; **X** - financiar as atividades industriais e rurais, estas com o favorecimento referido no art. 4º, inciso IX, e art. 53, desta lei; **XI** - difundir e orientar o crédito, inclusive às atividades comerciais suplementando a ação da rede bancária; **a**) no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do País; **b**) no financiamento das exportações e importações. **§1º** - O Conselho Monetário Nacional assegurará recursos específicos que possibilitem ao Banco do Brasil S. A., sob adequada remuneração, o atendimento dos encargos previstos nesta lei. **§2º** - Do montante global dos depósitos arrecadados, na forma do inciso III deste artigo o Banco do Brasil S. A. Colocará à disposição do Banco Central da República do Brasil, observadas as normas que forem estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a parcela que exceder as

Além das funções acima mencionadas, há outra constitucionalmente atribuída para as entidades financeiras públicas, o que inclui o Banco do Brasil, qual seja, a de servir de banco para as disponibilidades de caixa dos órgãos e entidades da administração pública, nos termos do art. 164, §3º, da Constituição Federal<sup>387</sup>.

3. Assim, percebe-se um aspecto multifacetado do Banco do Brasil decorrente da Constituição Federal, da Lei de criação e do Estatuto Social. De um lado, é agente financeiro para a execução de políticas públicas da União Federal, o que inclui, por exemplo, a concessão de crédito subsidiado para determinadas atividades que a elas digam respeito, tais como o crédito rural e outros programas federais, cujos valores são repassados ao banco pelo Tesouro Nacional ou os juros equalizados de acordo com contrato firmado entre a entidade e a administração central. Tem-se, nestes casos, o banco atuando como entidade de fomento, na concretização de políticas do ente criador, consistente “na oferta de crédito em condições mais vantajosas do que aquelas praticadas comumente pelo

---

necessidades normais de movimentação das contas respectivas, em função dos serviços aludidos no inciso IV deste artigo. §3º - Os encargos referidos no inciso I, deste artigo, serão objeto de contratação entre o Banco do Brasil S. A. e a União Federal, esta representada pelo Ministro da Fazenda. §4º - O Banco do Brasil S. A. prestará ao Banco Central da República do Brasil todas as informações por este julgadas necessárias para a exata execução desta lei. §5º - Os depósitos de que trata o inciso II deste artigo, também poderão ser feitos nas Caixas econômicas Federais, nos limites e condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Ao concretizar tais atribuições, o Estatuto Social assim prevê o objeto social da entidade: “**Art. 2º** O Banco tem por objeto a prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. §1º O Banco poderá, também, atuar na comercialização de produtos agropecuários e promover a circulação de bens. §2º Compete-lhe, ainda, como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal, exercer as funções que lhe são atribuídas em lei, especialmente aquelas previstas no artigo 19 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, observado o disposto nos artigos 5º e 6º deste Estatuto. **Art. 3º** A administração de recursos de terceiros será realizada mediante a contratação de sociedade subsidiária ou controlada do Banco. [...] **Art. 5º**. O Banco contratará, na forma da lei ou regulamento, diretamente com a União ou com a sua interveniência: I – a execução dos encargos e serviços pertinentes à função de agente financeiro do Tesouro Nacional e às demais funções que lhe forem atribuídas por lei; II – a realização de financiamentos de interesse governamental e a execução de programas oficiais mediante aplicação de recursos da União ou de fundos de qualquer natureza; e III – a concessão de garantia em favor da União. Parágrafo único. A contratação de que trata este artigo fica condicionada, conforme o caso: I – à colocação dos recursos correspondentes à disposição do Banco e ao estabelecimento da devida remuneração; II – à prévia e formal definição dos prazos e da adequada remuneração dos recursos a serem aplicados em caso de equalização de encargos financeiros; III – à prévia e formal definição dos prazos e da assunção dos riscos e da remuneração, nunca inferior aos custos dos serviços a serem prestados; e IV – à prévia e formal definição do prazo para o adimplemento das obrigações e das penalidades por seu descumprimento. Seção III – Relações com o Banco Central do Brasil. **Art. 6º** O Banco poderá contratar a execução de encargos, serviços e operações de competência do Banco Central do Brasil, desde que observado o disposto no parágrafo único do artigo 5º deste Estatuto.

<sup>387</sup> “Art. 164 [...]. §3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”.

mercado para o desenvolvimento de atividades específicas e determinadas a priori pelas políticas públicas de desenvolvimento”<sup>388</sup>.

De outro, a atuação de todas as demais instituições financeiras operantes no mercado nacional, sejam elas públicas ou privadas, consistente na “prática de todas as operações bancárias ativas, passivas e acessórias, a prestação de serviços bancários, de intermediação e suprimento financeiro sob suas múltiplas formas e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional” (art. 2º do Estatuto Social).

É nesta função que o Banco do Brasil realiza aquilo que Floriano de Azevedo MARQUES NETO chama de interface com o mercado pela competição<sup>389</sup>, o que ocorre, por exemplo, na instituição de condições de para a concessão de empréstimos a pessoas físicas e jurídicas, atividades que estão atreladas ao livre-mercado, dentro das regras regulatórias. Nessa linha, é necessário separar duas formas de atuação que têm sido verificadas, para a análise de sua legitimidade.

Na primeira forma, o banco público, por exemplo, reduz as taxas de juros de empréstimos realizados, como modo de atender à dinâmica do mercado bancário, considerando a ação de seus concorrentes. É o que parece ter ocorrido recentemente, com a diminuição das taxas de juros do Banco do Brasil, em virtude da queda de Selic, tendo a instituição financeira informado que “O BB realiza, periodicamente, realinhamento técnico de suas taxas como forma de ajustar seus preços à prática concorrencial. As novas condições que entram em vigor a partir da próxima segunda-feira (16) reforçam o posicionamento do BB em sempre oferecer a melhor relação custo-benefício para seus clientes”<sup>390</sup>. Neste caso, há a atuação do banco, de acordo com a sua autonomia, para acompanhar tendência do mercado de concessão de financiamento, o que se inclui em suas atribuições ordinárias de empresa estatal.

Na segunda forma de atuação, o Banco do Brasil diminui as taxas de juros, por determinação do acionista controlador (União Federal), como meio de estimular políticas desenvolvimentistas, com mecanismos de fornecimento de crédito em condições mais

---

<sup>388</sup> Vitor Rhein Schirato. Bancos estatais ou Estado banqueiro?..., cit., p. 273.

<sup>389</sup> As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado..., cit., p. 583.

<sup>390</sup> Agência Brasil. Com queda da Selic, BB e Caixa anunciam redução de taxas de juros. Revista Exame, matéria de 11.12.2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/com-queda-da-selic-bb-e-caixa-anunciam-reducao-de-taxas-de-juros/>, acesso em 11.12.2019.

favoráveis que aquelas dos bancos privados<sup>391</sup>. Trata-se de mecanismo conhecido com *concorrência indutiva*, segundo o qual “o Estado assume que a pressão concorrencial, exercida por suas estatais, irá constranger materialmente as empresas privadas do mercado a aderir a determinadas práticas, gerando efeitos de maior escala sobre a economia”<sup>392</sup>. Neste caso, afora a hipótese de contratualização da relação com a União, conforme vista acima, parece haver abusos por parte do acionista controlador no direcionamento da entidade financeira, uma vez que há atuação fora do objeto que motivou a criação do Banco do Brasil, bem como de suas finalidades legais, além de poder ocasionar prejuízos financeiros à entidade.

Além das hipóteses acima mencionadas, a Constituição acabou por constituir um regime de exclusividade em setor econômico de intensa concorrência<sup>393</sup>, tendo o STF chancelado a impossibilidade de entidades financeiras privadas gerirem as disponibilidades

---

<sup>391</sup> Tal constatação foi feita por Otacílio dos SANTOS NETO: “A questão do desenvolvimento econômico nacional hoje no Brasil tem sido a tônica da política governamental. Há décadas o país não cresce e muito menos se desenvolve economicamente. Os baixos índices de crescimento da economia (0,9% no ano de 2012) têm sido insuficientes para promover a distribuição da renda no país. Alarmado com essa situação e a despeito de ter tomado inúmeras medidas para promover o crescimento econômico do país, o Governo Federal tem usado as empresas estatais como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional, exatamente ao contrário do que vem sendo feito no mundo todo. Recentemente instruiu os dois maiores bancos estatais brasileiros — o Banco do Brasil e a Caixa Economia Federal — a reduzirem os juros cobrados no crédito ao consumo, na contramão do que os demais bancos no Brasil vêm fazendo. Além disso, com o intuito de evitar ainda mais pressões inflacionárias, tem evitado repassar ao consumidor final os aumentos dos preços dos combustíveis no país, usando para isso a Petrobras”. (A intervenção direta do Estado no domínio econômico: limites constitucionais à atuação no mercado das empresas públicas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97663>>. Acesso em: 22 out. 2019).

<sup>392</sup> Luiz Augusto da Silva. Um estado empresário-regulador? Poder econômico, parcerias e competências regulatórias das empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 61, jan./mar. 2018, p. 154.

<sup>393</sup> Para uma bem colocada crítica a tal exclusividade, em virtude das alterações pelas quais passou o setor bancário nos últimos anos, com as privatizações de diversos bancos estatais estaduais, o que colocou a “competição” do setor de depósitos de caixa das administrações públicas das diversas esferas federativas nas mãos do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, cf. Ana Paula de Oliveira Ávila e Raphael Bernardes da Silva. Ordem econômica, Lei Antitruste e a exclusividade dos bancos oficiais na gestão das disponibilidades de caixa da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 40, out./dez. 2012, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83501>>. Acesso em: 22 out. 2019.

de caixa da administração pública, no âmbito da Medida Cautelar na ADI n. 3.578/DF<sup>394</sup>.

<sup>395</sup>.

Todas essas funções representam faces diversas de atuação da mesma entidade, o que a coloca como uma das principais empresas estatais no âmbito nacional, além de colocar desafios na interpretação jurídica de suas diversas atuações, o que justifica o estudo nesta tese.

## **2. O Banco do Brasil como empresa estatal “não fomentadora por natureza”.**

4. Dentro das funções acima mencionadas ao Banco do Brasil, cabe-nos analisar a caracterização do Banco do Brasil como empresa estatal “não fomentadora por natureza”. Neste passo, tomamos a expressão no segundo sentido daquele tratado no Capítulo 1 da Parte I desta tese<sup>396</sup>, no sentido de a empresa estatal realizar atividade de fomento para a qual não foi constituída.

---

<sup>394</sup> “ I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do periculum in mora: deferimento da medida cautelar para suspender ex nunc a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01)”. (STF – Pleno – ADI n. 3.578 MC / DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.09.2005).

<sup>395</sup> Conforme afirma Vitor Rhein SCHIRATO, ao analisar tal decisão e seus efeitos, “[s]endo assim, o que existe hoje é uma exclusividade das instituições financeiras públicas, reconhecidas pelo STF, no recebimento dos depósitos das disponibilidades de caixa dos Estado, Distrito Federal e Municípios, de tal forma que, por estar o dispositivo contido no §3º do art. 164 da Constituição Federal, é possível depreender dele a existência de uma atribuição constitucional às instituições financeiras públicas”. (Bancos estatais ou Estado banqueiro..., cit., p. 275).

<sup>396</sup> Cf. n. 18.4 de referido Capítulo.

Com efeito, conforme será verificado na próxima Seção, o fomento à cultura representa ação do Banco do Brasil fora dos limites do seu objeto social, que envolve a atuação como agente financeiro a fomentar as políticas da União devidamente contratualizadas, o que não parece ocorrer neste caso.

## **SEÇÃO 2. ANÁLISE DO CASO.**

Verificado, ainda que de modo genérico, o enquadramento da companhia pública no objeto de estudo desta tese, passamos a analisar o fomento do Banco Brasil à cultura, especialmente a sua principal linha de ação: o Centro Cultural Banco do Brasil (CCBB).

### **1. A estrutura do fomento à cultura no Centro Cultural Banco do Brasil e a interação entre os agentes envolvidos.**

5. O CCBB foi inaugurado no ano de 1989, e, atualmente, está presente em 4 cidades brasileiras – Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal e Belo Horizonte<sup>397</sup> –, sendo a ponta de ação do Banco do Brasil para o fomento “da cultura brasileira, oferecendo à sociedade significativas expressões artísticas, proporcionando experiências interativas e transformadoras, contribuindo para a formação e o desenvolvimento cultural da sociedade brasileira”<sup>398</sup>.

A existência de patrocínio do Banco do Brasil em atividades culturais encontra paralelo nas ações dos bancos com os quais concorre na atividade bancária, tais como o Itaú, o Bradesco, o Santander etc., que também investem em produções culturais, por meio do patrocínio, além de manterem espaços dedicados a manifestações culturais, tais com o Teatro Bradesco, o Farol Santander e o Instituto Itaú Cultural.

A empresa estatal fundamenta o programa com base no Decreto n. 6.555/08 – que trata das ações de comunicação do Poder Executivo Federal, inclusive do patrocínio concedido por órgãos e entidades de tal esfera –, bem como na Instrução Normativa

---

<sup>397</sup> Informações disponíveis em <http://culturabancodobrasil.com.br/sobre-o-ccbb/>, acesso em 11.12.2019.

<sup>398</sup> Item 1.3 do Edital de Patrocínio do CCBB 2019-2020.



SECOM-PR n. 9, de 19 de dezembro de 2014, que “[d]isciplina o patrocínio dos órgãos e entidades da administração pública federal”<sup>399</sup>.

6. As ações culturais têm sido realizadas por meio da celebração de convênios e contratos de patrocínio (art. 92 do Regulamento de Licitações e Contratos do Banco do Brasil), com pessoas físicas e pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, escolhidas por meio de chamamentos públicos em Editais de Cessão de Espaço<sup>400</sup>, de acordo com linhas temáticas previamente definidas pelo Banco do Brasil, para apresentação nos quatro espaços do CCBB acima apontados.

No último Edital publicado, referente aos anos de 2019 e 2020, os setores culturais abrangidos foram: (i) artes cênicas<sup>401</sup>; (ii) cinema<sup>402</sup>; (iii) exposição<sup>403</sup>; (iv) ideias<sup>404</sup>; (v) música<sup>405</sup>; e (vi) programa executivo<sup>406</sup>.

Não há a fixação dos valores a serem investidos pelo Banco do Brasil *a priori* em cada uma das ações ou no montante global, o que depende “das cotas de patrocínio a serem acordadas com os proponentes dos projetos selecionados e considerará a disponibilidade orçamentária do Banco do Brasil para patrocínios nos anos de 2019 e 2020, que será

---

<sup>399</sup> Conforme os itens 1.1 e 1.2 do Edital de Patrocínio do CCBB 2019-2020: “**1.1** O Banco do Brasil torna pública a abertura do Programa Banco do Brasil de Patrocínio 2019-2020, por meio do Edital de Patrocínio – Centro Cultural Banco do Brasil, processo seletivo que visa compor a programação do Centro Cultural Banco do Brasil, consoante os termos deste Edital e de acordo com o disposto no Decreto nº 6.555 de 08.09.2008, na Instrução Normativa da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR) nº 09 de 19.12.2014 e demais normas aplicáveis em vigor. **1.2** O conjunto de ações culturais do Banco do Brasil está alinhado às políticas públicas e às diretrizes do Governo Federal. É regido pelas instruções normativas do Banco do Brasil e pela Instrução Normativa nº 09/2014, da Secom/PR, que enfatiza a transparência, divulgação ampla das políticas, diretrizes e normas de acesso ao patrocínio; democratização com adoção preferencial de critérios e mecanismos de seleção pública; sintonia com políticas afirmativas, além das diretrizes de sustentabilidade e acessibilidade para a escolha de projetos”.

<sup>400</sup> O último Edital de seleção publicado pelo CCBB foi o de 2019-2020, disponível em <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/cessao-de-espaco-ccbb#/>, acesso em 11.12.2019. Para os fins desta tese, iremos nos concentrar sobre este Edital para facilitar a análise.

<sup>401</sup> Com ações culturais de circo, dança, festival/mostra, teatro (adulto e infantil), evento multidisciplinar, e evento em área externa (exclusivo no CCBB -DF).

<sup>402</sup> Abrangendo: festival, mostra, evento multidisciplinar, e evento em área externa (exclusivo no CCBB -DF).

<sup>403</sup> Nas ações de exposições foram previstas ações para coletiva, individual e evento multidisciplinar.

<sup>404</sup> Contemplando: debate, palestra, seminário e workshop / oficina.

<sup>405</sup> Para o setor de música, foram previstas as seguintes ações: série, festival, evento multidisciplinar e evento em área externa (exclusivo no CCBB -DF).

<sup>406</sup> Abrangendo arte-educação (projetos contínuos que trabalham a mediação em arte a partir da programação proposta pelo CCBB).

determinada pelo Conselho Diretor da Empresa anualmente” (item 4.2 do Edital)<sup>407</sup>. Além disso, é informado que o proponente deve buscar outras fontes de financiamento para a realização de sua atividade cultural, tendo em vista que a entidade pode não investir a totalidade do valor requerido pelo proponente (item 4.5 do Edital).

De outro lado, a escolha de determinado projeto cultural via chamada pública não obriga o Banco do Brasil a realizar a sua contratação, o repasse do valor requerido pelo proponente, ou mesmo a sua exposição, uma vez que tais questões ficam condicionadas a fatores como a negociação dos valores de patrocínio e contrapartidas, a grade programação no CCBB, o interesse estratégico do banco na ação patrocinada, o que pode levar, inclusive, à seleção de atividade cultural não inscrita no processo seletivo<sup>408</sup>.

Ainda no âmbito de análise do Edital, parece possível afirmar que duas são as formas de fomento à cultura determinada por tal processo seletivo: **(i)** pela cessão do espaço do CCBB, sem a necessidade de disponibilização de recursos financeiros pelo Banco do Brasil; e **(ii)** pela cessão do espaço com a disponibilização de recursos financeiros pela empresa estatal. Em ambos os casos, é possível a cobrança de ingressos dos espectadores, cujos valores serão repassados para os organizadores da atividade cultural, descontados os impostos e taxas, incluindo serviços de bilheteria<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> Apenas para informação da ordem de grandeza de tais valores, no 1º semestre de 2018, o valor realizado pelo Banco do Brasil com patrocínio foi de 60 (sessenta) milhões de reais, mesmo montante realizado no mesmo período de 2019. (cf. Formulário de Referência de 2019, disponível em [https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/33bbeb5f-a49b-488c-a096-2d56046a64a9\\_FR%202019.pdf](https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/33bbeb5f-a49b-488c-a096-2d56046a64a9_FR%202019.pdf), acesso em 11.12.2019). No ano de 2017, o valor total realizado com patrocínio foi de 156 (cento e cinquenta e seis) milhões de reais (cf. Formulário de Referência de 2018, referente a 2017, disponível em [https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/8b85a14b-f8f8-4003-a2e0-c969d6baad47\\_Formul%C3%A1rio%20de%20Refer%C3%Aancia%202018.pdf](https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/8b85a14b-f8f8-4003-a2e0-c969d6baad47_Formul%C3%A1rio%20de%20Refer%C3%Aancia%202018.pdf), acesso em 11.12.2019).

<sup>408</sup> Itens 4.3, 4.4, 4.5 e 4.7 do Edital: “**4.3.** A seleção e divulgação de um projeto não implica na obrigatoriedade de sua realização/patrocínio pelo Banco do Brasil. **4.4.** A seleção de um projeto não implica na sua realização pelo valor solicitado. O Banco do Brasil se reserva ao direito de decidir pela realização ou valor do aporte destinado a cada projeto, conforme as contrapartidas oferecidas e negociação entre as partes, além de adequação ao quadro de programação dos Centros Culturais. **4.5.** Os valores a serem acordados com os proponentes dos projetos selecionados considerarão a disponibilidade orçamentária anual para patrocínio do Banco do Brasil e demais empresas do seu Conglomerado, não sendo necessariamente patrocinados em sua integralidade. É desejável que o patrocinado capte com outros patrocinadores, respeitando a exclusividade do Banco do Brasil no segmento financeiro, seguridade e cartões, a fim de totalizar o montante necessário para a execução do projeto. [...] **4.7.** O Banco do Brasil, por interesse estratégico, poderá analisar e selecionar projetos fora deste Edital, bem como selecionar projetos (dentro e fora deste Edital) sem a necessária aprovação das leis de incentivo à cultura”.

<sup>409</sup> Tal afirmação decorre, a nosso ver, do caráter eventual que o patrocínio financeiro possui no Edital, somada à previsão da possibilidade de cobrança de ingresso dos espectadores, especialmente nos itens 4.10, 4.12 e 4.13: “**4.10.** A proposta que pleiteia patrocínio deverá ser, necessariamente, de projeto inédito na cidade onde pretende ser realizado [...] **4.12.** Projetos com cobrança de ingresso terão o valor da bilheteria repassado para a patrocinada, já descontados impostos e taxas, inclusive de prestação de serviço de bilheteria. **4.13.** O

7. Os agentes envolvidos no patrocínio cultural do Banco do Brasil via CCBB são: (i) o Banco do Brasil, como o agente fomentador, responsável por disponibilizar os recursos financeiros para patrocinar os projetos selecionados, a serem realizados nos espaços do CCBB; (ii) os responsáveis pelas apresentações e manifestações culturais a serem apresentadas no âmbito do CCBB; (iii) os demais agentes patrocinadores das atividades culturais a serem realizadas, se houver; e (iv) os espectadores das apresentações e exposições realizadas.

Assim, a ação de fomento pode ser descrita, em síntese e para as estritas finalidades estritas desta tese, da seguinte forma:

- a. o Banco do Brasil realiza a publicação de edital de seleção pública para a escolha das ações de patrocínio a serem realizadas nos espaços do CCBB;
- b. realizado o procedimento público, são selecionadas as atividades culturais a serem patrocinadas ou apenas apresentadas nos espaços do CCBB<sup>410</sup>, seguindo-se a fase de análise da habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista das empresas responsáveis pelos projetos selecionados;
- c. após, é feita a negociação com os responsáveis pela atividade cultural, com a determinação do valor a ser patrocinado pelo Banco do Brasil, ocasião na qual podem ser realizadas alterações no projeto apresentado<sup>411</sup>;
- d. definidas as questões acima, passa-se à assinatura dos respectivos contratos de patrocínio<sup>412</sup>, desde que o projeto tenha sido aprovado com base na Lei de Incentivo à Cultura (Lei n. 8.313/91 – Lei Rouanet) ou em outras leis de incentivo (item 12.4 do Edital).

---

valor do ingresso seguirá os preços praticados pelos CCBBs e estipulados pelo MinC, incluindo os critérios de meia-entrada, quando da realização do projeto”.

<sup>410</sup> De acordo com o Edital, as propostas são analisadas de acordo com os seguintes critérios: “**8.2.1.2 Critérios de Avaliação:** **8.2.1.2.1 Relevância Conceitual e Temática:** o projeto apresenta importância conceitual e temática para a sociedade e possui a capacidade de disseminar o conhecimento e multiplicar ideias; **8.2.1.2.2 Abrangência de público:** O projeto atende a diferentes pessoas com diferentes faixas de renda, idade, gêneros, possuindo acessibilidade para as diferentes deficiências, seja visual, auditiva, motora, mental, intelectual etc. **8.2.1.2.3 Relação custo x benefício:** valor geral do projeto é compatível com os benefícios oferecidos. O projeto possui recursos captados com outros patrocinadores, programas de incentivos e premiações em dinheiro **8.2.1.2.4 Originalidade:** O projeto é inusitado, criativo, apresenta características singulares e oferece diferentes formas de experimentação do conteúdo. **8.2.1.2.5 Ficha Técnica:** projeto possui equipe técnica e artística qualificada para execução da proposta”.

<sup>411</sup> Cf. <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/patrocinios#/>, acesso em 11.12.2019.

<sup>412</sup> Apesar de o Regulamento de Licitações e Contratos do Banco do Brasil permitir a celebração de contratos ou convênios de patrocínio, o Edital menciona apenas a figura do contrato de patrocínio.

8. Interessante notar, que o Edital, ao se referir ao contrato de patrocínio a ser celebrado, menciona como fonte de normatividade o artigo 30 da Lei n. 13.303/16, que trata das hipóteses de inexigibilidade de licitação (item 12.3)<sup>413</sup>. Tal fundamento legal, no entanto, parece-nos equivocado, uma vez que (i) o patrocínio possui normatividade própria (art. 27, §3º); (ii) as atividades a serem selecionadas para patrocínio não são escolhidas por meio de processo licitatório, mas sim por seleções públicas específicas ou mesmo sem a realização destes procedimentos; e (iii) mesmo no caso de “contratação direta”, isto é, sem procedimento de seleção, o patrocínio não se confunde com as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

## 2. O fomento à cultura no CCBB: breve análise dos resultados.

9. Apesar de termos afirmado no Capítulo 2 da Parte I que o resultado da política de fomento não é determinante para a sua legitimidade jurídica, parece-nos importante registrar os resultados de tal ação pública, uma vez que eles serão relevantes para apontarmos algumas propostas de melhoria na aferição dos impactos concretos que as ações fomentadas geram para a coletividade afetada.

De modo geral, é possível afirmar que os resultados divulgados pelo Banco do Brasil, a respeito do CCBB ao longo dos anos possui maior preocupação com aspectos quantitativos do que qualitativos dos investimentos em patrocínio de atividades culturais. Neste passo, analisando os Relatórios de Atividades da instituição entre os anos de 2000 e 2018, é possível verificar uma grande atenção da empresa nos aspectos ligados a quantidade de visitantes nos espaços do CCBB, quantidades de alunos de escolas públicas entre eles, número de projetos culturais realizados, valores investidos e benefícios fiscais obtidos via Lei Rouanet, número de empregos gerados com as ações culturais realizadas etc.

Somente a partir do Relatório de Atividades de 2014 que passou a ser atrelada a ação de patrocínio cultural do CCBB à mídia espontânea gerada em favor do banco<sup>414</sup>,

---

<sup>413</sup> “12.3 A contratação das propostas selecionadas será realizada em estrita observância ao contido no art. 30 da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais) e demais normas aplicáveis, mediante a formalização de contratos de Patrocínio”.

<sup>414</sup> BANCO DO BRASIL. Relatório Anual. 2014. p. 47. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

sendo este parâmetro analisado qualitativamente a partir do Relatório de Atividades de 2015. Neste documento, consta que houve investimento de R\$ 43,3 milhões em patrocínio no CCBB, sendo R\$ 38 milhões em incentivos da Lei Rouanet, com a realização de 150 (cento e cinquenta) projetos que geraram mais de R\$ 833 milhões em mídia espontânea para o Banco do Brasil<sup>415</sup>.

No ano de 2016, foram investidos R\$ 41,6 milhões, sendo R\$ 24,6 milhões oriundos de benefícios fiscais da Lei Rouanet, com a realização de 126 projetos que geraram mais de R\$ 844,7 milhões em mídia espontânea<sup>416</sup>. Em 2017, foram realizadas 230 iniciativas culturais, que geraram mais de R\$ 967,8 milhões de retorno em mídia espontânea<sup>417</sup>, números que, em 2018 são de 315 iniciativas, com R\$ 1,193 bilhão de retorno em mídia espontânea<sup>418</sup>.

8. Os números parecem impactantes, mas, a nosso ver, devem ser vistos com cautela. Ainda que não venhamos a analisar a metodologia envolvida na aferição do retorno de mídia espontânea gerada com as ações culturais no CCBB – o que escaparia ao aspecto jurídico da análise da política de fomento em apreço –, parece necessário compreender se o retorno em mídia espontânea efetivamente geram o fortalecimento da marca empresarial do Banco do Brasil em relação aos demais agentes do mercado com os quais concorre.

Isto impacta também na forma da aferição da relação custo-benefício do patrocínio, uma vez que a análise a ser realizada não pode se basear apenas no valor investido x o retorno de mídia, mas deve levar em consideração o critério legal para a legitimidade da ação de fomento, qual seja, comprovadamente estar vinculada ao fortalecimento da marca empresarial.

No caso em tela, ao apresentar apenas os valores gerados de mídia espontânea em virtude das ações culturais, sem expor o quanto isto comprovadamente fortaleceu a marca da empresa estatal, o Banco do Brasil parece fazer análise mais quantitativa (quantidade de

---

<sup>415</sup> BANCO DO BRASIL. Relatório Anual. 2015. p. 49. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

<sup>416</sup> BANCO DO BRASIL. Relatório Anual. 2016. p. 80. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

<sup>417</sup> BANCO DO BRASIL. Relatório Anual. 2017. p. 33. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

<sup>418</sup> BANCO DO BRASIL. Relatório Anual. 2018. p. 32. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

mídia espontânea) do que qualitativa (fortalecimento da marca em virtude do patrocínio concedido).

### **3. A análise do patrocínio realizado pelo Banco do Brasil de acordo com os quadrantes desta tese.**

#### **3.1. O patrocínio cultural e a cessão de espaço do CCBB enquanto política de fomento administrativo.**

9. Da descrição realizada linhas acima é possível perceber que o patrocínio e a cessão de espaço do CCBB para atividades culturais se enquadram na política de fomento objeto de estudo na presente tese, pois se trata de ação intencionalmente realizada pela administração pública – no caso, o Banco do Brasil –, destinada a finalidade de interesse coletivo, o fomento à cultura, por meio de instrumento jurídico que possui por objetivo criar obrigações entre as partes (o contrato de patrocínio).

Há, portanto, coordenação de agentes públicos e privados na busca pela implementação de ação que visa à concretização de interesses coletivos, com planejamento e acompanhamento dos impactos realizados – ainda que com as ressalvas postas no n. 8 acima –, características que enquadram o programa em apreço no conceito de política de fomento desta tese.

#### **3.2. O enquadramento do fomento à cultura pelo Banco do Brasil na matriz de análise de casos.**

10. Ao colocarmos o fomento à cultura pelo Banco do Brasil na matriz de análise de casos, temos a configuração a seguir exposta.

10.1. O *agente fomentador* é o Banco do Brasil, por ser ela a entidade que (i) é proprietária do CCBB, onde serão realizadas as apresentações e exposições artísticas e culturais; (ii) disponibiliza os recursos financeiros para o patrocínio; (iii) publica o Edital

de Seleção Pública, bem como participa da seleção das apresentações e exposições a serem realizadas; e (iv) acompanha o programa e publica os resultados alcançados.

**10.2.** *A forma de envolvimento* da Banco do Brasil em tal política fomentadora é feita meio de custos diretos e indiretos. No primeiro caso, são relacionados ao custeio da própria política de fomento, com a disponibilização dos valores necessários para patrocinar as atividades culturais a serem realizadas. No segundo caso, há os custos administrativos ligados à designação de empregados para acompanhar a elaboração e implantação do programa, além de aferir os resultados concretos, bem como aos custos para a manutenção dos espaços do CCBB que serão utilizados.

**10.3.** Os *agentes do fomento* são as pessoas jurídicas<sup>419</sup> responsáveis pelas atividades culturais selecionadas. São elas que realizarão as atividades de relevância pública, com o emprego de seus empregados e colaboradores, nos espaços do CCBB, com ou sem patrocínio financeiro deste.

**10.4.** Como *beneficiários da ação de fomento* podemos identificar os espectadores de tais atividades culturais. A difusão da cultura nacional aparece como objetivo do fomento cultural, ao lado da vinculação da marca do Banco do Brasil a tais eventos, tanto por meio da cessão de espaço, quanto pela disponibilização de recursos públicos para o patrocínio financeiro das atividades. É dentro desta relação de cooperação entre as partes que há a motivação do direcionamento de recursos públicos e a concertação entre agentes públicos e privados, além de ser o fortalecimento da marca empresarial que determina os mecanismos de mensuração das metas e dos resultados a serem atendidos.

**10.5.** O *estímulo concedido* aos agentes do fomento consiste na cessão dos espaços do CCBB, com ou sem repasse de recursos do Banco do Brasil – de natureza pública – para as empresas responsáveis pela execução das atividades selecionadas, com a finalidade específica de realizarem as ações culturais contratadas.

**10.6.** Com relação aos *objetivos públicos justificadores* da ação de fomento em estudo, podemos citar a concretização dos comandos constitucionais que tratam da cultura enquanto direito dos cidadãos e da interação público-privado para a sua concretização, especialmente os artigos 215 a 216-A, *caput* e §1º, da CF<sup>420</sup>. É pela concretização do acesso

---

<sup>419</sup> Por mais que o Edital permita a inscrição de pessoas físicas, a celebração do contrato de patrocínio será realizada com pessoas jurídicas, conforme o item 12.2.

<sup>420</sup> **Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. **§1º** O Estado protegerá

à cultura, em suas mais diversas expressões e manifestações, que a empresa estatal, por meio do patrocínio, vinculará sua marca a tal atividade e, com isto, espera o fortalecimento de sua marca empresarial.

**10.7.** Ainda dentro da matriz de análise das políticas de fomento, cabe a verificação dos *instrumentos jurídicos envolvidos* na sua implementação, que, neste caso, são dois.

**10.7.1.** De um lado, há o processo seletivo destinado à escolha das ações e entidades a serem contempladas no programa. Este certame possui regras próprias, determinadas pelo próprio Edital de Seleção Pública, que não se confundem com um processo licitatório<sup>421</sup>. Nessa linha, conforme visto anteriormente nesta tese, nem todos os

---

as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. §2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. §3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura; V - valorização da diversidade étnica e regional. **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. §1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. §2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. §3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. §4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. §5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. §6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. **Art. 216-A.** O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. §1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I - diversidade das expressões culturais; II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais; VII - transversalidade das políticas culturais; VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; IX - transparência e compartilhamento das informações; X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura”.

<sup>421</sup> Nessa linha, cf. Diego Prandino. **O contrato de patrocínio ativo na administração pública...**, cit., p. 124.



procedimentos competitivos realizados pela administração pública para celebrar ajustes negociais com os particulares se limitam às licitações, de modo que o procedimento de escolha do Banco do Brasil no fomento cultural enquadra-se nessa ideia de um procedimento competitivo não licitatório<sup>422</sup>, apto a garantir a impessoalidade, a isonomia e a escolha dos projetos que melhor atendam aos objetivos do programa instituído, de acordo com os critérios de seleção.

Tais critérios, por mais que não sejam tão objetivos quanto aqueles que são realizados em um processo licitatório, permitem que a escolha administrativa seja isonômica, impessoal, bem como pautada por requisitos técnicos e econômicos das propostas apresentadas.

O processo seletivo é dividido em quatro fases de seleção<sup>423</sup>. Na primeira, de análise, os “projetos inscritos passam pela verificação do preenchimento dos pré-requisitos previstos nos editais, bem como por análise técnica”<sup>424</sup>. Na segunda fase, são verificados os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista, nos termos da Lei n. 13.303/16.

Na terceira fase, o Banco do Brasil negocia o valor pretendido pelo banco para o patrocínio das atividades culturais selecionadas, definindo, também, as contrapartidas que serão concedidas pelas empresas selecionadas à empresa estatal, ligadas à divulgação de sua marca nos eventos fomentados.

Por fim, ocorre a fase de homologação dos projetos selecionados e negociados, o que é feito por instâncias do Banco do Brasil e pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República – SECOM-PR.

Nota-se, portanto, que o processo seletivo é realizado em fases, sendo a escolha realizada por “comissão de seleção interna do Banco do Brasil, e poderão contar com a participação de especialistas de mercado e de técnicos dos órgãos do Governo Federal indicados pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República – Secom/PR e

---

<sup>422</sup> Exemplo desta distinção procedimental está na ausência de recurso contra as decisões tomadas pelo Banco do Brasil no processo seletivo, nos termos do item 14.2 do Edital de Seleção Pública (Disposições Finais), no qual consta que “Os resultados de todas as fases do Processo de Seleção são soberanos, não cabendo recursos ou esclarecimentos sobre as decisões de qualquer fase do processo”. Ao contrário, no âmbito das licitações realizadas no Banco do Brasil, há a expressa previsão de recurso, conforme arts. 67 a 70 do Regulamento de Licitações e Contratos da entidade.

<sup>423</sup> Conforme exposto no sítio eletrônico do Programa Banco do Brasil de Patrocínios, disponível em <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/patrocínios#/>, acesso em 18.12.2019.

<sup>424</sup> *Idem*.

Ministério da Cultura”<sup>425</sup>. A finalidade da inclusão de membros da administração central na comissão de seleção parece ser a de garantir o alinhamento com as políticas de comunicação do Governo Federal, o que, a nosso ver, se constitui em ingerência indevida na autonomia da empresa estatal, conforme analisaremos mais adiante nesta tese.

De outro lado, a forma como realizada a seleção pública liga-se mais a critérios de conveniência e oportunidade administrativa – neste caso, com relação à estratégia de comunicação e fortalecimento da marca empresarial –, do que em um processo licitatório, pautado pelo julgamento objetivo (art. 31, *caput*, da Lei n. 13.303/16). Parece ser da própria essência do processo seletivo em apreço a comparação entre as atividades culturais propostas para a verificação daquelas que melhor atendam aos interesses estratégicos e comerciais da empresa, o que restaria inviabilizado em caso de critérios seletivos tão rígidos quanto aqueles que se verifica em processos licitatórios.

Da mesma forma como ocorre com o Programa Petrobrás Socioambiental, isto não significa que a escolha dos projetos seja ato de pura vontade dos membros de tais colegiados, uma vez que a eles se impõe a obrigatoriedade de motivar as escolhas, de acordo com os elementos do processo, além das finalidades da ação cultural a ser promovida, quais sejam, o fortalecimento da marca empresarial do Banco do Brasil. Assim, na motivação da escolha das atividades, parece-nos ser necessário que conste a avaliação da capacidade delas de gerar o fortalecimento da marca empresarial, por meio do patrocínio realizado e a respectiva vinculação da imagem do banco ao evento.

**10.7.2.** Encerrado o processo seletivo e realizada a homologação, haverá a celebração de contrato de patrocínio, regado pelo artigo 92, inciso II, do Regulamento de Licitações e Contratos do Banco do Brasil, bem como, pela própria disposição do Edital, a IN n. 09/2014 da SECOM-PR. Tal instrumento constitui-se em efetivo contrato celebrado entre as partes, conforme visto acima neste Capítulo.

Pela natureza da ação realizada (patrocínio cultural), poderia haver a celebração de convênio, previsto no artigo 92, inciso I<sup>426</sup>, do Regulamento de Licitações e Contratos,

---

<sup>425</sup> Item 8.1 do Edital.

<sup>426</sup> “**Art. 92.** O BB poderá celebrar: I – Convênios, observados os seguintes parâmetros cumulativos: a) a convergência de interesses entre as partes; b) a execução em regime de mútua cooperação; c) o alinhamento com a função social de realização do interesse coletivo; d) a análise prévia da conformidade do convênio com a política de transações com partes relacionadas; e) a análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição; e f) a vedação de celebrar convênio com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador da empresa estatal, ou com seus parentes consanguíneos ou

bem como o art. 27, §3º, da Lei das Estatais, que permite o repasse de recursos do Banco do Brasil, em ações a serem realizadas em regime de mútua cooperação entre a empresa estatal e a entidade beneficiária.

No caso do fomento à cultura realizado no CCBB, no entanto, parece-nos que a empresa escolheu – de forma legítima – a celebração de contrato de patrocínio, ao invés de convênio, ante a ausência de atuação conjunta das partes e às finalidades a serem alcançadas pela ação fomentadora, ligadas ao fortalecimento da marca da empresa por meio de tais ações. Há efetivo sinalagma contratual entre as partes, apesar dos interesses comuns ligados à realização das ações culturais.

**10.8.** Outro ponto de análise diz respeito à existência ou não de *autonomia da empresa estatal para a implantação da política de fomento* por ela levada a cabo. No caso em estudo, percebe-se que a política foi realizada diretamente pela empresa estatal, na mesma linha do Petrobrás Socioambiental e diversamente do que ocorre no PROINFA, no qual a Eletrobrás foi envolvida no programa por meio de lei e decreto presidencial.

No caso em apreço, é o Banco do Brasil quem realiza o chamamento público, define as áreas culturais que serão estimuladas, a programação do CCBB, além de disponibilizar os valores financeiros para o patrocínio a ser realizado.

No entanto, chama a atenção – e isto será objeto de análise crítica mais adiante – o fato de o chamamento público do programa em apreço possuir referências ao Decreto n. 6.555/08, bem como à Instrução Normativa SECOM-PR n. 9, de 19 de dezembro de 2014, que disciplinam o regime de comunicação e patrocínio dos órgãos e entidades da administração pública federal.

Da mesma forma, a possibilidade de presença de representante do governo federal, especificamente da SECOM, na Comissão de Seleção, bem como a necessidade de validação dos projetos selecionados por este órgão, (cf. item 2.2 do Edital), podem trazer inconvenientes de tentativa de direcionamento da política de patrocínio da empresa para os interesses da administração central, o que, muitas vezes, pode gerar conflitos ou posturas indesejadas para a empresa.

De nossa parte, entendemos que a autonomia do Banco do Brasil demanda que ela possua sua própria política de comunicação e patrocínio, fundamentada em suas estratégias

---

afins até o terceiro grau, e também com pessoa jurídica cujo proprietário ou administrador seja uma dessas pessoas”.

comerciais e de comunicação, bem como nas deliberações sociais, de acordo com as regras de governança corporativa próprias. Assim, a própria base normativa de tais ações deve ser considerada de modo a preservar a autonomia da entidade, de modo que deve buscar a legitimidade de tal ação na Lei das Estatais e em seu próprio Regulamento de Licitações e Contratos, não em regramentos que tratam de todo o Poder Executivo federal, além de a seleção contar com membro diretamente ligado à SECOM da Presidência da República.

Situação diversa, por outro lado, parece ser a da presença de representantes do Ministério da Cultura (MinC) na comissão de avaliação, bem como a posterior validação do projeto escolhido por este órgão, tendo em vista que os projetos a serem patrocinados pelo Banco do Brasil devem ser objeto de captação via Lei Rouanet (itens 12.4 do Edital), permitindo à empresa estatal valer-se dos benefícios fiscais dos valores aportados via patrocínio.

Neste caso, como é necessária a aprovação do MinC para inclusão da atividade cultural no Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), permitindo a captação de recursos privados objeto de benefícios fiscais para o patrocínio da atividade fomentada (no caso, recursos do Banco do Brasil ou de outros patrocinadores, respeitadas as regras do Edital)<sup>427</sup>, parece-nos haver justificativa para a participação de servidores do MinC em tal colegiado.

**10.9.** Com relação à *função social da empresa*, parece-nos que a ação promovida pelo Banco do Brasil enquadra-se no §3º do artigo 27 da Lei das Estatais, ou seja, o patrocínio de ações culturais. A questão que se coloca é a respeito do atendimento aos dois parâmetros legais para a aferição da validade de tal ação: **(i)** a comprovada vinculação ao fortalecimento da marca, bem como **(ii)** os limites legalmente previstos para os valores a serem investidos em tais ações (art. 93 da Lei n. 13.303/16).

O respeito aos valores financeiros parece estar atendido. Se considerarmos, por exemplo, o patrocínio realizado em 2016, que destinou R\$ 41,6 milhões para o patrocínio de ações culturais no CCBB, podemos verificar que, em referido ano, a receita operacional bruta do Banco do Brasil foi de R\$ 203,692 bilhões<sup>428</sup>, de modo que o montante destinado

---

<sup>427</sup> Para um panorama do financiamento da cultura no Brasil, cf. Raquel Lamboglia Guimarães. A Lei Rouanet e a importância da definição do conceito de cultura. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, n. 9, mar./ago. 2016, p. 109-130; e Frederico Augusto Barbosa da Silva. Financiamento cultural no Brasil contemporâneo. **Texto para Discussão**, IPEA, 2017.

<sup>428</sup> O cálculo da receita operacional bruta do BB em 2018 tomou como base a Receita de Intermediação Financeira, somada às Outras Receitas Operacionais, conforme números presentes nas Demonstrações

pela empresa para tal finalidade fica muito abaixo do limite legal de 0,5% (cinco décimos por cento).

Com relação ao atendimento ao parâmetro legal do fortalecimento da marca empresarial pelo patrocínio realizado, parece-nos possível notar que o Banco do Brasil, a partir de 2015, começou a incluir na métrica de aferição dos resultados das ações de patrocínio cultural o retorno em mídia espontânea gerada. A efetividade deste parâmetro para a aferição da vinculação ao fortalecimento da marca é matéria que foge à análise jurídica, mas nos permite analisar duas hipóteses.

Na primeira, o aumento de mídia espontânea significa o fortalecimento da marca empresarial, hipótese em que as ações de patrocínio à cultura têm servido aos propósitos da Lei das Estatais, sendo a aferição realizada pelo Banco do Brasil suficiente para legitimar a continuidade de tais ações.

Na segunda hipótese, o aumento de mídia espontânea não significa, por si, o fortalecimento da marca empresarial. Neste caso, há a necessidade de que o Banco do Brasil institua parâmetros e métricas para que seja possível verificar se há ou não ganhos comprovados ao fortalecimento da marca empresarial, como condição para a continuidade do patrocínio às ações culturais.

**10.10.** Com relação aos objetivos constitucionalmente tutelados pela ordem econômica constitucional, cabe-nos analisar o respeito aos critérios de **(i)** isonomia e impessoalidade; **(ii)** subsidiariedade e proporcionalidade; bem como da **(iii)** livre-concorrência.

A análise de tais critérios constitucionais a tutelar a ordem econômica justifica-se neste caso – ainda que estejamos a tratar de fomento a atividades culturais – uma vez que o fomento concedido pela administração central à empresa estatal para a atuação no patrocínio à cultura pode representar prejuízos ao livre desenvolvimento dos centros privados eventualmente explorem economicamente a mesma atividade, em concorrência com as atividades fomentadas.

Pensemos, por exemplo, em centros culturais privados, que não contem com o aporte de recursos públicos para a sua manutenção ou o patrocínio das atividades culturais ali realizadas. Em certo sentido, é possível afirmar que estes centros concorrem com o

---

Contábeis do Exercício de 2016, disponível em <https://ri.bb.com.br/informacoes-financeiras/central-de-resultados/>.

CCBB, no que toca à atração de público, de artistas, mostras, peças de teatro etc., o que é influenciado pelos valores de patrocínio destinados pelo Banco do Brasil a tais atividades culturais. Nessa linha, caso o Banco do Brasil conte com benefícios fiscais ou creditícios públicos mais vantajosos que aqueles aplicáveis aos centros culturais privados, é possível que haja o desvirtuamento da concorrência, por meio de recursos de natureza pública, o que pode gerar efeitos econômicos contrários aos ditames constitucionais da ordem econômica.

**10.10.1.** A isonomia e a impessoalidade nos parecem atendidas. Com relação à primeira, as ações públicas de fomento não buscaram o enaltecimento da imagem de autoridades públicas ou das entidades selecionadas. Além disso, as atividades culturais foram escolhidas dentro de processo seletivo pautado pela publicidade e de acordo com regras previamente estabelecidas e aplicáveis a todos os participantes, de modo que, ao menos de acordo com as informações coletadas, não parece que tenha havido o direcionamento para uma ou outra entidade de modo pessoal e injustificável.

Vale notar que, tendo em vista que a finalidade da ação de patrocínio é o fortalecimento da marca empresarial por meio da vinculação desta ao evento patrocinado, há a possibilidade de patrocínio a atividades culturais não previstas em editais, desde que atendam a tal finalidade legal. Neste passo, o direcionamento do patrocínio a algumas atividades será considerado justificável ou não de acordo com tal parâmetro (fortalecimento da marca empresarial), de modo que a existência de justificativa para tal ação deve estar neste parâmetro.

No que toca à isonomia, parece-nos que seu atendimento decorre da existência de justificativa para a estipulação de *discrímen* voltado para seleção das pessoas jurídicas responsáveis pela implementação da ação cultural. É dizer: o benefício que as entidades selecionadas receberam – e que por isso alcançaram os privados de modo desigual – é justificável em virtude dos benefícios coletivos que a atividade privada desempenhada traz tanto à empresa estatal – fortalecimento da marca empresarial –, quanto à coletividade, que se beneficia da ação cultural realizada, bem como do aumento do valor da empresa estatal impulsionado pelo fortalecimento de sua marca.

**10.10.2.** A aferição do atendimento à subsidiariedade e à proporcionalidade, a nosso ver, demanda reflexões tanto a respeito da necessidade da ação de fomento, quanto

em relação ao retorno obtido pelo Banco do Brasil em tais ações, conforme os critérios delineados no art. 27, §3º, da Lei das Estatais.

A subsidiariedade – que trata da incidência horizontal da ação pública – deverá ser analisada, a nosso ver, de acordo com a existência de direitos no campo cultural a serem tutelados, bem como da insuficiência de a própria comunidade supri-los ou mesmo de ações de empresas privadas ou políticas públicas aptas a atendê-las. Neste caso, a subsidiariedade deve ser analisada como barreira horizontal à atuação fomentadora, como resposta à pergunta: *é necessário o fomento pela empresa estatal para a concretização do direito constitucional e legalmente tutelado?*

Além da subsidiariedade, há, no plano horizontal, a aferição do preenchimento de requisito legal essencial, ligado à necessidade de fortalecimento da marca empresarial estatal, uma vez que é esta a justificativa para que a empresa estatal atue no fomento às atividades culturais, via patrocínio. Neste passo, deve ser feita a ponderação a respeito das justificativas para o fortalecimento da marca empresarial da empresa estatal, o que pode variar de acordo com o tipo de mercado no qual a empresa atua, bem como o fato de ela atuar em concorrência com empresas privadas ou não.

Este aspecto reforça o comando legal, ao vedar que a empresa estatal realize o patrocínio de atividades culturais sem que haja a necessidade de fortalecimento de sua marca empresarial. Neste passo, os ainda iniciais estudos jurídicos a respeito da atividade de patrocínio das empresas estatais afirmam que, em regra, ela será utilizada pelas empresas estatais que concorrem no mercado<sup>429-430</sup>. Assim, há que se responder à seguinte pergunta: *é necessário o fortalecimento da marca empresarial da empresa estatal?*

A proporcionalidade – eixo vertical da ação pública –, por sua vez, parece-nos incidir no sentido da aferição da intensidade da ação de fomento para o patrocínio de atividades culturais. Nesta linha, há que se medir a proporcionalidade dos valores a serem investidos pela empresa estatal em tais ações, o que demanda uma primeira análise a

---

<sup>429</sup> A esse respeito, Bernardo Strobel GUIMARÃES et al. afirmam que “[n]ota-se, portanto, que para atuar em atividades culturais a empresa deve integrar isto em uma política de fortalecimento de sua marca. Logo, medidas dessa natureza são em regra passíveis de serem adotadas por empresas que atuam em regime de concorrência com a iniciativa privada, o que justifica a adoção de estratégias de fortalecimento da marca com vistas à obtenção de mercado”. (**Comentários à lei das estatais...**, cit., p. 166).

<sup>430</sup> Isto não impede, por outro lado, que empresas estatais que não concorram com empresas privadas também realizem o patrocínio de atividades culturais, esportivas etc. No entanto, elas possuem o ônus argumentativo de motivar as razões pelas quais o fortalecimento da marca é importante, considerando esta peculiaridade do mercado.

respeito do montante de recursos necessários para que a ação seja a um só tempo: (i) eficiente para a tutela dos valores constitucionais a serem atendidos; (ii) seja necessária para fortalecer a marca empresarial; e (iii) não gere perdas de lucratividade e distribuição de dividendos acima do necessário em relação a estes dois parâmetros. A pergunta a ser respondida é: *qual o montante de recursos diretos e indiretos devem ser investidos em patrocínio para que haja o fortalecimento da marca empresarial da empresa estatal?*

Não nos parece que as ações de patrocínio devam ser analisadas de acordo com os parâmetros do mercado, uma vez que o parâmetro legal não é a compatibilidade com as empresas do mesmo setor, como ocorre com as ações de responsabilidade social, mas liga-se ao fortalecimento da marca empresarial. Assim, é possível que a empresa estatal necessite de mais ou menos investimento em ações de patrocínio do que as suas concorrentes privadas, em virtude de sua história, qualidade dos serviços prestados, abrangência nacional de sua atuação, reputação junto à população etc.

No caso do patrocínio do CCBB, as respostas às perguntas acima realizadas demandam a análise do recorte constitucional da cultura, bem como algumas hipóteses, considerando o setor cultural nacional e a concorrência entre os bancos no qual o Banco do Brasil está inserido.

Nessa linha, a resposta à pergunta “*é necessário o fomento pela empresa estatal para a concretização do direito constitucional e legalmente tutelado?*” demanda análise pragmática do setor cultural em seu atual estágio. Segundo levantamento realizado por Frederico Augusto Barbosa da SILVA, com dados relativos à utilização de benefícios fiscais nos anos de 1995 a 2013, dentre os 10 (dez) maiores financiadores da cultura nacional com incentivos fiscais da Lei Rouanet, seis são empresas estatais, estando o Banco do Brasil em terceiro lugar geral, atrás apenas da Petrobrás e da Vale<sup>431</sup>. Tal quadro demonstra que o mecenato via empresas estatais ainda é muito importante para o financiamento da cultura no Brasil contemporâneo, o que nos parece legitimar a atuação estatal em tal domínio.

Da mesma forma, a resposta à outra questão incidente no plano horizontal, ligada à necessidade de fortalecimento da marca empresarial da empresa estatal, demanda a

---

<sup>431</sup> Financiamento cultural no Brasil contemporâneo..., cit., p. 27. As 10 principais financiadoras de atividades incentivadas pela Lei Rouanet são: Petrobrás, com 12,73% do financiamento concedida via tal lei, no período 1995-2013; Vale S.A, com 3,86%; Banco do Brasil, com 2,79%; BNDES, com 2,53%; Eletrobrás, com 2,07%; Petrobrás Distribuidora, com 1,35%; Bradesco Vida e Previdência, com 1,28%; Cemig Distribuição, com 1,1%; Souza Cruz, com 0,91%; e Telecomunicações de São Paulo, com 0,86%.



verificação do mercado no qual incidente. Neste passo, como visto acima, o Banco do Brasil participa de mercado competitivo, no qual concorre com outros bancos públicos (p. ex. Caixa Econômica Federal) e privados (Itaú, Bradesco, Santander etc.), de modo que fortalecer sua marca perante os demais, é estratégia para a conquista de novos mercados e terrenos.

Ademais, na lista dos 30 (trinta) principais financiadores das ações culturais via Lei Rouanet, há 10 (dez) instituições bancárias ou empresas a elas ligadas, quais sejam: Banco do Brasil S.A., Bradesco Vida e Previdência S.A., Banco Itaú S.A., Itaú Vida e Previdência S.A., Banco Bradesco Financiamentos S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Itaucard S.A., Banco Itaú BBA S.A., Redecard S.A., e Unibanco. Nota-se, portanto, que o setor bancário é um dos principais mecenas das ações culturais nacionais, de modo que o fortalecimento da marca da empresa estatal em estudo, via ações de patrocínio cultural, parece-nos fazer sentido dentro deste mercado.

No que toca à análise da proporcionalidade – vertente vertical –, devemos responder à pergunta “*qual o montante de recursos diretos e indiretos devem ser investidos em patrocínio para que haja o fortalecimento da marca empresarial da empresa estatal?*”. O critério legal fixa o limite de cinco décimos por cento da receita operacional bruta do exercício anterior – o que, como visto, parece ser respeitado.

No entanto, a nosso ver, a proporcionalidade incide como meio de impor nova baliza, de modo que o valor dispendido com patrocínio pela empresa estatal – no caso, o Banco do Brasil – deve ser aquele suficiente para gerar o retorno esperado pela Lei das Estatais, qual seja, o fortalecimento da marca empresarial, sendo o limite de cinco décimos o teto legalmente fixado, que pode ser estendido para dois por cento, mediante a devida motivação (art. 93 da Lei n. 13.303/16).

Neste passo, parece-nos haver um limite à discricionariedade administrativa, consistente na necessidade de a ação fomentadora comprovadamente fortalecer a marca empresarial, de modo que a finalidade da ação está legalmente determinada, o que representa a principal baliza para a aferição da proporcionalidade do patrocínio, de modo que a legitimidade material da ação liga-se ao dispêndio do valor necessário para tal finalidade.

É neste quadrante que podemos ponderar duas hipóteses. Na primeira, os valores dispendidos pelo Banco do Brasil são suficientes para gerar o fortalecimento da marca

empresarial. Neste caso, as ações realizadas são legítimas, cabendo à estatal continuá-las e dosar os valores necessários de acordo com suas estratégias comerciais e empresariais.

Na segunda, no entanto, o retorno não legalmente esperado não ocorreu. Nesta hipótese, a empresa deve analisar se a ação de patrocínio deve ser fortalecida (caso em que o fomento foi insuficiente para a finalidade pretendida) ou descontinuada (caso em que há a verificação de que o tipo de patrocínio não é apto a gerar os resultados esperados).

**10.10.3.** Por fim, cabe-nos analisar se a ação levada a cabo pelo Banco do Brasil ofendeu ou não a livre-concorrência, aqui considerada em relação aos demais centros culturais que poderiam ser objeto das exposições e mostras culturais que foram realizadas no CCBB. De nossa parte, considerando a forma como foi estruturada a ação de patrocínio, não nos parece haver afronta à livre concorrência, uma vez que o Banco do Brasil se submete às mesmas regras de incentivos fiscais que as demais empresas que patrocinam eventos culturais, além de contar com recursos próprios para a realização de tais ações.

Entendemos que poderia haver afronta à livre concorrência, caso o Banco do Brasil recebesse benefícios fiscais ou creditícios diversos daqueles que os demais centros privados recebem, o que não parece ter ocorrido no presente caso.

**10.11.** Por fim, passamos a refletir a respeito do último aspecto da matriz de análise, consistente no planejamento, acompanhamento e transparência na implementação e manutenção das ações de fomento.

De acordo com os dados obtidos e levantados, parece haver inconsistências nestes aspectos, uma vez que não foi possível detectar qual o processo para a definição das atividades culturais a serem contempladas, quais os parâmetros para a escolha, os valores a serem destinados para cada ação cultural, qual o nível de interação entre o acionista majoritário e os acionistas minoritários na definição tanto das políticas a serem realizadas, quanto dos valores a serem destinados.

Ademais, no que toca à continuidade do programa, a ausência de análise qualitativa parece-nos ser indício de que necessidade de aprimoramento, com vistas à própria justificativa da sua manutenção.

Em suma, por mais que pareça que o programa possua aspectos meritórios, há a necessidade de aprimoramento de mecanismos de governança corporativa e motivação administrativa no seu planejamento, bem como de análise qualitativa dos resultados obtidos. A tal aspecto retornaremos na Parte III desta tese.

## CONCLUSÕES DA PARTE II. O QUE A PRÁTICA DO FOMENTO POR EMPRESAS ESTATAIS TEM DEMONSTRADO?

Após a análise das políticas selecionadas, é possível notar alguns aspectos que ressaltam da prática das ações de fomento pelas empresas estatais estudadas, o que nos permite perceber algumas características comuns a respeito do exercício de tal função administrativa. São elas:

1. *Pluralidade de instrumentos e regimes jurídicos.* A análise das ações estudadas demonstra que o fomento realizado por empresas estatais se vale de diversos instrumentos jurídicos para a concretização de suas ações, sendo estes regrados por regimes jurídicos plurais e não coincidentes.

Assim, no caso do PROINFA da Eletrobrás, há a fixação de política de fomento em lei em sentido formal, sendo ela regulamentada em decreto, bem como operacionalizada por atos normativos do MME e da ANEEL, além de chamadas públicas para a celebração de contratos de aquisição de energia elétrica, com cláusula de conteúdo nacional. Também participa de tal ação o BNDES, com contratos de financiamento para os produtores de energia elétrica adquirirem insumos e maquinário produzidos no Brasil, como forma de estimular a indústria nacional de tais bens.

No caso das ações fomentadoras da Petrobrás e do Banco do Brasil, por outro lado, elas se materializam por meio de ato regulamentar da SECOM-PR, sendo regradas por disposições dos respectivos editais, além de formalizadas por contratos de patrocínio regulados em seus Regulamentos de Licitações e Contratos. Ademais, o patrocínio cultural do Banco do Brasil também se operacionaliza com a utilização de recursos de incentivos fiscais oriundos da Lei Rouanet para o financiamento das ações a serem realizadas.

Assim, parece-nos possível afirmar que, para cada tipo de atividade a ser fomentada, há a utilização de normas e instrumentos jurídicos que tendem a ser os mais adequados para o alcance das finalidades a serem buscadas com tais políticas de incentivos. À diversidade de finalidades do fomento corresponde a diversidade de instrumentos e regimes jurídicos incidentes.

2. *Demasiada influência da administração central nas ações de fomento das empresas estatais.* As ações estudadas também demonstram a demasiada influência da

administração central nas ações de fomento das empresas estatais, o que se verifica de forma gradual nas políticas estudadas.

Assim, no caso do PROINFA, a influência é explicitada pelos próprios termos da Lei n. 10.438/02 e do Decreto n. 5.025/04, que envolvem a Eletrobrás em ação de fomento que não é por ela regulamentada, controlada ou planejada, sendo estas tarefas afetas ao MME e à ANEEL. Cabe à empresa estatal apenas conduzir as chamadas públicas, celebrar os contratos de aquisição de energia elétrica e fiscalizar o cumprimento das avenças.

No entanto, ainda que as ações de fomento da Petrobrás e do Banco do Brasil sejam por eles próprios planejadas e implementadas, a influência marcante da administração central parece presente na inclusão de representantes da SECOM-PR nas equipes de seleção das ações a serem fomentadas, bem como, no caso do Banco do Brasil, na aprovação final do projeto fomentado por tal órgão, o que pode levar a política de fomento da empresa estatal a ser determinada, em última instância, pelo ente controlador.

Interessante notar, a esse respeito, que o Edital de 2018 do Programa Petrobrás Socioambiental e o de Patrocínio dos anos de 2019-2020 do Banco do Brasil, apesar de terem sido lançados já sob a vigência da Lei das Estatais, não fazem menção a ela ou aos regulamentos internos de licitações e contratos como fonte de normatividade do processo seletivo ou do contrato subsequente. Na realidade, no caso da petroleira estatal, sequer é mencionada a Lei das Estatais, sendo que, no caso do banco, a única menção a tal lei é feita de forma *en passant* no item 12.3 do Edital<sup>432</sup>. Em ambos os casos, podemos perceber que os preâmbulos dos editais são muito semelhantes, colocando a ênfase normativa no Decreto n. 6.555/08 e na IN SECOM-PR n. 09/14 e “demais normas aplicáveis em vigor”<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> “12.3 A contratação das propostas selecionadas será realizada em estrita observância ao contido no art. 30 da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais) e demais normas aplicáveis, mediante a formalização de contratos de Patrocínio”.

<sup>433</sup> A redação do preâmbulo do Edital da Petrobrás de 2018 é a seguinte: “A Petróleo Brasileiro S.A. torna pública a abertura do processo de Seleção Pública de Projetos Sociais e Ambientais 2018, para compor a carteira de projetos do Programa Petrobras Socioambiental, consoante com os termos deste Regulamento e de acordo com o disposto no Decreto nº 6.555 de 08.09.2008, na Instrução Normativa da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR) nº 09 de 19.12.2014 e demais normas aplicáveis em vigor”. Por sua vez, o preâmbulo do Edital do Banco do Brasil para o período 2019-2020 é o seguinte: “O Banco do Brasil torna pública a abertura do Programa Banco do Brasil de Patrocínio 2019-2020, por meio do Edital de Patrocínio – Centro Cultural Banco do Brasil, processo seletivo que visa compor a programação do Centro Cultural Banco do Brasil, consoante os termos deste Edital e de acordo com o disposto no Decreto nº 6.555 de 08.09.2008, na Instrução Normativa da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR) nº 09 de 19.12.2014 e demais normas aplicáveis em vigor”.

A nosso ver, esta prática revela que as próprias empresas estatais não buscaram reforçar sua autonomia em relação à administração central, mesmo após a edição da Lei das Estatais, que pareceu trazer regras a reforçar a autonomia de tais entidades, especialmente pelo disposto nos artigos 89 e 90 da referida lei<sup>434</sup>. Continuam elas a se vincular às ações de patrocínio enquanto meio de comunicação do Governo Federal, dentro do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal (SICOM), do qual faz parte a SECOM-PR.

Na realidade, entendemos que mesmo antes da edição da Lei n. 13.303/16, as ações de patrocínio e de responsabilidade social empresarial poderiam ser realizadas autonomamente em relação ao Governo Federal, enquanto estratégias empresariais e de marketing da própria entidade, o que independe de aval da Presidência da República, ainda que a União seja o ente controlador da empresa. Trata-se, neste caso, de considerar as ações de manifestação da função social da empresa enquanto gestão empresarial – não enquanto matéria que deva receber o aval direto do mandatário de turno –, a demandar que os próprios órgãos societários e os acionistas as conduzam.

**3. Tutela de valores públicos pelas ações fomentadoras.** De outro lado, foi possível perceber que nos três casos analisados houve a implementação de ações públicas para a tutela de valores públicos constitucional e legalmente previstos. No caso do PROINFA, ele visa a tutelar valores ligados ao meio ambiente, bem como ao desenvolvimento da indústria nacional de fornecimento de bens e insumos para a geração de energia elétrica. No caso do Petrobrás Socioambiental, há ação pública destinada a tutelar direitos ligados à educação (art. 205 da CF), ao esporte (art. 217 da CF), aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, *caput*, da CF), e à proteção do meio ambiente (art. 225 da CF). Por fim, no âmbito do Banco do Brasil, tutela-se a promoção à cultura (arts. 215 a 216-A, *caput* e §1º, da CF). Assim, parece-nos que as ações realizadas são legítimas quanto aos fins buscados.

---

<sup>434</sup> “**Art. 89.** O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

**Art. 90.** As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

**4. *Variações no planejamento e acompanhamento das ações de fomento.*** Outro ponto de interesse para a presente tese decorrente da análise dos casos trata das variações no planejamento e acompanhamento das ações de fomento. Aspectos como o valor a ser investido, o tempo de realização da atividade estimulada, a possibilidade de alterações no meio do caminho etc. são diferentes em cada uma das ações estudadas.

Assim, no caso do PROINFA, o planejamento é realizado com vistas à celebração de contratos pelo prazo de vinte anos, com demanda de energia elétrica garantida aos produtores selecionados no programa, sendo a quantidade de energia elétrica adquirida pela Eletrobrás analisada anualmente. Ademais, o planejamento é realizado com o concurso do MME e da ANEEL, com a finalidade de manter o equilíbrio do sistema elétrico nacional. O acompanhamento do programa e dos contratos é realizado pela Eletrobrás.

No caso do Petrobrás Socioambiental, por outro lado, o planejamento parece ser menos rígido que o do PROINFA. Com efeito, a Petrobrás seleciona as regiões nas quais executará as suas ações sociais, bem como estipula um valor a ser destinado para tais ações, abrindo, na sequência, processo seletivo para definir os projetos contemplados, que terão duração de vinte e quatro meses, bem como os valores-teto para cada um. A Petrobrás se responsabiliza pelo acompanhamento dos contratos, bem como do cumprimento das obrigações assumidas pelos contratados.

Por sua vez, no caso do Banco do Brasil, o edital é lançado sem a definição de valores a serem investidos por projeto, o que é feito caso a caso, após a seleção das atividades culturais a serem patrocinadas, bem como analisada a estratégia comercial da entidade patrocinadora. O período de patrocínio é de até dois anos, prorrogável por mais um ano, desde que haja captação de recursos via incentivos fiscais. Apesar de não estar expresso no Edital, compete ao Banco do Brasil fiscalizar o cumprimento do contrato de patrocínio, nos termos do art. 31 da IN SECOM-PR n. 09/2014.

**5. *Prevalência dos aspectos quantitativos na aferição dos resultados das ações de fomento.*** Por fim, como já apontado anteriormente, à exceção dos relatórios da Eletrobrás a respeito do PROINFA, os dados fornecidos pelo Banco do Brasil e pela Petrobrás a respeito das ações de fomento estudadas possuem foco apenas em elementos quantitativos (empregos gerados, valores financeiros movimentados, número de espectadores das atividades culturais, quantidade de comunidades impactadas ou espécies

da fauna objeto das ações fomento etc.), sem maiores informações a respeito da qualidade da intervenção realizada para o alcance dos resultados legalmente buscados.

Este ponto chama a atenção por duas razões.

Em primeiro lugar, pois ao não medir os resultados pelo aspecto qualitativo, a própria razão de ser da ação de fomento resta prejudicada, uma vez que o fomento estatal serve para custear ações privadas que gerarão resultados benéficos à coletividade<sup>435</sup>, não apenas para transferir recursos para entidades privadas para “fazer o bem”<sup>436</sup>. No caso do Banco do Brasil, a métrica a ser utilizada para justificar o patrocínio cultural é o fortalecimento da marca empresarial, não a quantidade de peças teatrais apresentadas, de espectadores e visitantes aos espaços do CCBB ou de empregos gerados.

No caso da Petrobrás, o que legitima o fomento a projetos socioambientais é a melhoria da qualidade de vida das comunidades e ecossistemas objeto da ação fomentadora. Neste passo, a métrica qualitativa deveria, a nosso ver, levar em consideração aspectos relacionados à perenidade das ações de fomento, especialmente pelo fato de elas serem realizadas com recursos da Petrobrás pelo prazo de vinte e quatro meses, cessando posteriormente o fomento.

Neste caso, não se sabe se as comunidades objeto de intervenção tiveram de fato melhoria de suas condições socioambientais após o término do programa, resultado que se mostra importante para o alcance das finalidades da ação pública dentro da república brasileira<sup>437</sup>, bem como para a aferição e melhoria das ações futuras da empresa estatal em tal terreno. A ação de fomento no domínio socioambiental não é feita para as empresas se sentirem como parte de “ações do bem”, mas sim para efetivamente gerar a melhoria das comunidades e espécies de fauna e flora objeto da intervenção, o que serve como motivação para a própria continuidade de ações desta natureza.

---

<sup>435</sup> A respeito da importância da aferição de resultados nas ações administrativas, cf. David Osborne e Ted Gaebler. **Reinventando o governo**. 1994, especialmente o capítulo 5, intitulado “Governo de resultados: financiando resultados, não recursos”, p. 149-180.

<sup>436</sup> Algo que se tornou comum na sociedade contemporânea, com marcas e empresas que pretendem se identificar como “do bem”.

<sup>437</sup> Conforme Fernando Facury SCAFF, “o traço distintivo do para uma ação republicana é o de atuar em favor do bem comum da população em vez de agir em favor do interesse particular de um ou de alguns, ou mesmo do interesse do Estado”. (**Orçamento republicano e liberdade igual...**, cit., p. 128).

Em segundo lugar, a ausência de análise qualitativa parece colocar em xeque a própria juridicidade da ação de fomento, por desvirtuamento de suas finalidades legais.

No caso do Banco do Brasil, por exemplo, o patrocínio possui por finalidade o fortalecimento da marca empresarial (art. 27, §3º, da Lei das Estatais), de modo que esta é a métrica para a aferição da legitimidade de tal ação de fomento. Neste passo, ao trazer elementos outros para a aferição dos patrocínios realizados no CCBB, parece-nos que a empresa estatal pretende justificar o quanto realizado por meio de critérios que não são os fixados em lei – apesar de serem importantes do ponto de vista social para a ação –, o que pode colocar em dúvida a aderência da ação de fomento à lei. Afinal, por mais bem elaborado que seja um filme, uma peça de teatro, uma obra de arte etc., o seu patrocínio envolve uma análise custo-benefício para a marca da empresa, não estímulo financeiro puro e simples para a sua divulgação.

A nosso ver, a forma de divulgação e explicitação dos dados referentes às ações de patrocínio parecem demandar melhoras no que toca à aferição do critério legalmente fixado (o fortalecimento da marca empresarial), uma vez que – ao menos de acordo com os dados levantados – a propagação do “sucesso” dos patrocínios é realizada por critérios quantitativos, sem a verificação da análise custo-benefício dos fomentos concedidos para o fortalecimento da marca empresarial<sup>438</sup>. A questão parece estar no quê se analisa para fins de concessão e manutenção do patrocínio e sua questionável aderência legal.

Com relação à Petrobrás, o questionamento da juridicidade também se liga à aferição dos resultados. Apesar de se valer do contrato de patrocínio, para situação na qual não parece haver o fortalecimento puro e simples da marca empresarial, mas sim a ações sociais e ambientais, a legitimidade de tal agir liga-se aos benefícios concretos que podem ser observados pelo fomento realizado às comunidades objeto da ação pública.

Neste sentido, a relação custo-benefício da medida deve ser aferida de acordo com os benefícios socioambientais sentidos de modo perene, não apenas durante a intervenção realizada, sob pena de ineficácia da medida a médio ou longo prazo. Tal aspecto não foi

---

<sup>438</sup> “Vale notar que essa constatação foi realizada pelo TCU ao analisar o patrocínio esportivo concedido por empresas estatais, entre elas o Banco do Brasil. Na ocasião, afirmou o órgão de controle que as métricas utilizadas pelas empresas estatais para a aferição do retorno do patrocínio são insuficientes, apesar de alguns critérios, tais como a exposição de mídia espontânea e relatórios gerenciais, se aproximarem da demonstração do atendimento ou não aos requisitos legais, mas pareceu ao órgão de controle insuficiente, ante a ausência de análise custo-benefício da ação realizada”. (Ac. 2770/2018 – Plenário, que analisou as ações de patrocínio esportivo do BNDES, ECT, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Infraero e Petrobrás).



por nós identificado, tendo a Petrobrás focado a divulgação das ações realizadas em dados mais quantitativos que qualitativos.

Retornaremos a estas questões no capítulo único da Parte III, na qual faremos propostas para o aprimoramento das ações de fomento pelas empresas estatais, de acordo com a Lei das Estatais.

### **PARTE III - PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO E CONCLUSÕES DA TESE**

A análise realizada na Parte II desta tese demonstra que as ações de fomento realizadas pelas empresas estatais demandam melhorias para o seu aperfeiçoamento, com vistas ao alcance dos resultados buscados por tais ações.

Com efeito, as ações estudadas parecem demonstrar um aspecto a demandar novas abordagens dos publicistas dedicados ao tema: a necessidade de aprimoramento da governança corporativa das empresas estatais, em seu aspecto material, para o alcance dos resultados de suas ações, sejam elas as ações para as quais foram criadas, bem como suas ações subsidiárias.

Falamos em questões materiais de governança corporativa, pois, conforme veremos neste capítulo, a Lei das Estatais trouxe uma série de regras de governança dedicadas a aumentar a autonomia da empresa estatal, bem como a aprimorar as deliberações sociais, seja com a estipulação de órgãos sociais obrigatórios, seja com a exigência de requisitos de qualificação a serem preenchidos pelos indicados para os cargos de administração de tais entidades.

No entanto, estes requisitos são parcialmente suficientes para a melhoria da qualidade da ação das empresas estatais, uma vez que não impõem aos seus administradores deveres de fundamentação das escolhas feitas para as ações de fomento, nem reforçam a participação dos acionistas minoritários nas deliberações sociais deste tipo de política.

Na realidade, o estudo das políticas de fomento pelas três empresas estatais selecionadas Eletrobrás, Petrobrás e Banco do Brasil demonstrou problemas com relação a aspectos de governança corporativa em empresas listadas em bolsas de valores, ou seja, com altos índices de exigência com relação a este aspecto. E vale notar, que os problemas identificados não parecem estar ligados à ausência de órgãos sociais, mas, especialmente no caso das suas últimas empresas, a aspectos ligados à motivação das ações implementadas e aos resultados aferidos.

Nesta linha, a esta Parte pretende apresentar propostas de aprimoramento a tais ações, focadas em aspectos de governança externos à empresa (sua relação com a

administração central) e internos a ela, com foco, neste último caso, em questões de motivação das ações realizadas e da aferição qualitativa das políticas implementadas.

A nosso ver, por mais que a Lei n. 13.303/16 tenha trazido uma série de avanços em relação à governança das empresas estatais, parece-nos que o ponto central está não apenas sobre quem delibera a respeito da política de fomento na entidade, mas principalmente *sobre qual objeto delibera, com base em quais elementos, com vistas a quais objetivos*, entre outros elementos importantes para a definição de tais ações.

Por fim, apresentaremos as conclusões da tese.

## **CAPÍTULO ÚNICO. PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO BASEADAS NO REFORÇO AOS ELEMENTOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS EMPRESAS ESTATAIS: ASPECTOS EXTERNOS E INTERNOS ÀS EMPRESAS.**

### **SEÇÃO 1. A LEI 13.303/16 E A GOVERNANÇA CORPORATIVA: REFORÇO À AUTONOMIA DAS EMPRESAS ESTATAIS E APRIMORAMENTO DA GESTÃO INTERNA DA EMPRESA.**

1. A figura do Estado empresário não é nova no Brasil, remetendo especialmente à criação de empresas estatais em meados do século passado, com a finalidade de explorar monopólios constituídos em favor do Poder Público<sup>439</sup>, o que levou à constituição de capitalismo estatal, além da criação de mercados que giravam em torno de tais entidades, com fornecedoras de produtos e serviços para elas.

2. Recentemente, no entanto, houve a reconfiguração do capitalismo de Estado nacional, com a finalidade de atender às necessidades de atração de investimentos privados para a manutenção e expansão das empresas estatais, bem como em virtude da competição com empresas privadas nacionais e estrangeiras, dentro de cenário de internacionalização de divisas e investimentos.

Nesta linha, assistimos nos últimos anos a movimento de aprimoramento do funcionamento de tais entidades, calcado na evolução da governança corporativa das empresas estatais, tendo por objetivo adequá-las às melhores práticas de mercado referentes à organização, ao funcionamento e à transparência, com a transformação do “Leviatã como proprietário e gestor em Leviatã como investidor majoritário”<sup>440</sup>.

---

<sup>439</sup> Marca da época dos anos de 1930 em diante, a estatização da economia de dava através da constituição em favor da União de monopólios de determinadas atividades, conforme previsto nos artigos 116 da Constituição de 1934, 146 da Constituição de 1946, 157, §8º, da Constituição de 1967, e 163 da EC nº 01/69, ou através da previsão expressa da nacionalização de setores econômicos, como fez o art. 144 da Constituição de 1937. Durante a vigência de tais textos constitucionais, diversas empresas estatais foram criadas, como bem aponta Caio Tácito, tais como o Instituto de Resseguros do Brasil (1939), a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), a Companhia Vale do Rio Doce (1942), Petrobrás (1953) e Eletrobrás (1961), sendo estas duas últimas criadas em expresso regime de monopólios de suas atividades. (Cf. Caio Tácito. As empresas estatais no direito brasileiro, *in* **Temas de Direito Público**, 1º vol., 1997, p. 680).

<sup>440</sup> Aldo Musacchio e Sergio Lazzarini. **Reinventando o capitalismo de Estado...**, cit., p. 193.

São exemplos deste movimento no Brasil<sup>441</sup>: (i) a listagem de suas ações em bolsas de valores, especialmente a adesão ao Novo Mercado da Bovespa (atual [B<sup>3</sup>])<sup>442</sup>; (ii) as Resoluções da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR; (iii) a edição da Lei das Estatais; (iv) a criação do Indicador de Governança da Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – IG-Sest, vinculado ao Ministério da Economia; e (v) a criação do Programa Destaque em Governança de Estatais da [B<sup>3</sup>].

3. Por governança corporativa consideramos o conceito fornecido pelo artigo 1º, parágrafo único, inciso IV, do Decreto n. 6.021/07, nos seguintes termos:

“conjunto de práticas de gestão, envolvendo, entre outros, os relacionamentos entre acionistas ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e equidade, com vistas a maximizar os resultados econômico-sociais da atuação das empresas estatais federais”.

É, portanto, dentro deste conjunto de regras e procedimentos que “buscam assegurar a transparência da gestão empresarial, a estruturação de órgãos dedicados a temas sensíveis, regras especiais de conflito de interesse e até uma discussão sobre o papel dos profissionais que orbitam a empresa”<sup>443</sup>, que passaremos a analisar o aprimoramento das medidas de fomento administrativo executados por empresas estatais.

---

<sup>441</sup> O movimento de aprimoramento da governança corporativa das empresas estatais não é fenômeno apenas brasileiro, estando presente também no internacional, com a adoção de tais práticas em diversos países, com base em diretrizes emitidas por organismos multilaterais, como a OCDE. Para um panorama do debate a respeito das medidas de governança corporativa no direito francês, influenciado por medidas da União Europeia, cf. Jennifer Marchand. **Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques**. 2014, p. 287 e segs.; Anémone Cartier-Bresson. **L'État actionnaire**. 2010, p. 147 e segs.

<sup>442</sup> Ante os limites desta tese, não analisaremos as regras a serem cumpridas pelas empresas estatais para a participação do Novo Mercado. Para tanto, remetemos o leitor a dois trabalhos: Mario Engler Pinto Junior. O novo mercado da Bovespa e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 128, p. 54-60, 2002; e Rafael Hamze Issa e Diego Jacome Valois Tafur. Governança corporativa nas empresas estatais. In André Castro Carvalho; Rodrigo de Pinho Bertoccelli; Tiago Cripa Alvim; e Otavio Venturini. **Manual de compliance**. 2019, p. 625-643.

<sup>443</sup> Ruy Pereira Camilo Júnior. **Direito societário e regulação econômica**. 2018, p. 361. De acordo com Paulo Osternack AMARAL, “Governança corporativa consiste no conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas), enfim, aumentar a confiabilidade da companhia no mercado, mediante a valorização da empresa e a proteção das partes interessadas (stakeholders), dos investidores, dos empregados, do mercado e dos credores”. (Lei das estatais: espectro de incidência e regras de governança. In, Marçal Justen Filho (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16**, 2016, p. 65-66).

4. Com efeito, o caráter organizativo<sup>444</sup> da empresa estatal demanda que ela possua meios de lidar com os diversos interesses nela envolvidos, que não são, na atualidade, reduzíveis a um conflito entre acionistas minoritários x Estado controlador. A empresa estatal, dentro do mundo capitalista atual, é influenciada pelos agentes econômicos, ao mesmo tempo em que os influencia – justamente pelo caráter institucional do mercado – sendo, portanto, objeto de interesses diversos e muitas vezes antagônicos.

5. Dentro desta concepção, a criação de estrutura e de instrumentos que aprimorem a qualidade da ação da empresa estatal, dotando-a de maior tecnicidade<sup>445</sup> e adesão ao interesse público que motivou a sua criação, bem como reforcem a sua autonomia em relação à administração central parecem essenciais para o próprio alcance das finalidades para as quais as empresas estatais foram criadas.

Nesta linha, parece-nos possível afirmar que as regras de governança previstas na Lei das Estatais possuem dupla finalidade: do ponto de vista externo, reforçar a autonomia das empresas estatais em face da administração central<sup>446</sup>; do ponto de vista interno, aumentar a qualidade da gestão de tais empresas. Ambas as finalidades são convergentes

---

<sup>444</sup> Nesse passo, adotamos aqui a teoria do contrato organização construída por Calixto Salomão Filho, como a melhor forma de explicar o interesse social e a própria natureza da sociedade empresária. De acordo com o autor, “[o]rganização, na acepção jurídica, significa a coordenação da influência recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. [...] O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes. O interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas”. (**O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5ª ed., 2019, p. 64-65).

<sup>445</sup> A ausência de meios de garantir a tecnicidade das empresas estatais leva ao risco de utilização política de tais entidades, em detrimento da própria razão de ser de sua criação, bem como do alcance dos interesses públicos que lhes são subjacentes. Afirma a esse respeito Vitor Rhein SCHIRATO: “A influência política na gestão das empresas estatais é, certamente, o maior risco existente com relação à existência e ao funcionamento de tais empresas. É imperioso, para se garantir o funcionamento adequado de referidas instituições e a efetiva realização de suas finalidades precípua, que sua gestão seja empresarial, voltada à realização de seus objetivos sociais, e não à satisfação de meros interesses políticos, os quais, não raro, estão a léguas de distância do interesse público efetivamente subjacente à existência da empresa estatal em questão”. (**As empresas estatais no direito administrativo econômico atual...**, cit., p. 187).

<sup>446</sup> A respeito da governança como forma de garantia da implementação de objetivos públicos pelas empresas estatais e a afirmação de sua autonomia em relação à administração central, importantes as considerações de Bernardo Strobel GUIMARÃES et al: “Nesta seara, a governança pública tem o grande propósito de blindar politicamente as empresas estatais para que os planos de atuação estratégico-empresariais sofram a menor interferência política possível. Desse modo, almeja-se o insulamento das decisões de investimento e negociais no âmbito das empresas estatais, ponderando quais serão as mais eficientes para a satisfação de seus correspondentes interesses. [...] A governança implica o reforço da autonomia institucional da estrutura empresarial, especialmente em face ao Estado, que passa a ter o dever de agir para implementar os objetivos institucionais da empresa, e não para promover medidas que visem à satisfação de seus interesses políticos”. (**Comentários à Leis das Estatais...**, cit., p. 77).

no que toca à finalidade global de aumentar a tecnicidade da condução dos negócios das estatais como meio de concretizar sua eficiência<sup>447</sup>.

Como exemplo da primeira das finalidades acima mencionadas, podemos citar os dispositivos da Lei das Estatais que: **(i)** impõe ao acionista controlador o dever de respeitar a autonomia do Conselho de Administração no exercício de suas funções, bem como as regras de indicação de administradores e membros do Conselho Fiscal (art. 14, *caput*, incisos II e III); **(ii)** a contratualização das obrigações impostas às estatais que explorem atividade econômica em condições diversas das de empresas privadas no mesmo ramo de mercado (art. 8º, §2º); **(iii)** estipula a presença de conselheiros independentes no Conselho de Administração (art. 22); e **(iv)** asseguram que a tutela administrativa e o controle não representarão medidas de supressão da autonomia administrativa ou ingerência da administração central em tais entidades (arts. 89 e 90).

Com relação à segunda finalidade, parece-nos possível mencionar os dispositivos que: **(i)** afirmam que o interesse público a ser perseguido pela empresa estatal é aquele que decorre de sua lei de criação e que motivou a sua instituição (arts. 2º, §1º; 4º, §1º; 8º, *caput*, inciso I e §1º); **(ii)** fixam os requisitos de transparência a serem respeitados pelas empresas estatais (art. 8º); **(iii)** estipulam os requisitos para a investidura de diretores e membros dos Conselhos de Administração e Fiscal (arts. 17, 23 e 26); e **(iv)** as regras a respeito da estrutura de gestão de risco e controle interno (art. 9º).

**5.** Em virtude destas funções da governança corporativa, bem como pelo fato de haver no Brasil estrutura burocrática voltada à sua implementação e aprimoramento em âmbito federal – o CGPAR – entendemos que ela se apresenta como a principal ferramenta a aprimorar as ações de fomento pelas empresas estatais, especialmente se comparada às limitações que a atividade de controle externo enfrenta neste aspecto.

Com efeito, a atividade de fomento exercida por empresas estatais é atividade ligada à gestão interna de tais entidades e, como tal, há limitações impostas pelo ordenamento jurídico aos órgãos de controle externo, tanto em virtude de suas

---

<sup>447</sup> Neste ponto, Aldo Musacchio e Sergio Lazzarini demonstram, por meio de pesquisa empírica, que a melhoria na governança corporativa de empresas petrolíferas estatais correlaciona-se a melhor desempenho de tais entidades (**Reinventando o capitalismo de Estado...**, cit., p. 210 e segs.), o que nos leva ao entendimento de que a governança é meio para o aprimoramento das ações de fomento por elas implementadas.

competências constitucionais, quanto do disposto no artigo 90 da Lei das Estatais<sup>448</sup>, cujos contornos para a função fomentadora serão analisados ao final deste capítulo.

## **SEÇÃO 2. ELEMENTOS EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO CENTRAL.**

O primeiro dos elementos a serem estudados diz respeito ao relacionamento entre a administração central e a empresa estatal, que, como regra, deve ser pautado pela autonomia desta em relação àquela, no âmbito de sua gestão.

### **1. Autonomia administrativa da empresa estatal como regra.**

6. A autonomia da empresa estatal para a sua autogestão é corolário de ser ela entidade da administração indireta dotada de personalidade jurídica, patrimônio e orçamento próprios, como vimos no Capítulo 1 da Parte I desta tese. Tal característica, que não afasta a tutela administrativa exercida pelo ministério ao qual ligada a empresa estatal, está previsto no Decreto-Lei n. 200/67 (arts. 26 e 27), bem como foi reforçado no âmbito dos arts. 89 e 90 da Lei das Estatais, que determinam:

“**Art. 89.** O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

**Art. 90.** As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

Ao regulamentar a aplicação destes dispositivos em âmbito federal, os artigos 49 e 50 do Decreto n. 8.945/16 dispõem:

“**Art. 49.** O exercício da supervisão feita pelo Ministério ao qual a empresa estatal esteja vinculada não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da empresa estatal supervisionada ou da

---

<sup>448</sup> “**Art. 90.** As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.



autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do Ministério supervisor em sua administração e seu funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável, com foco na realização de políticas públicas transparentes e em harmonia com o objeto social da empresa estatal vinculada e com as diretrizes do Plano Plurianual.

**Art. 50.** As ações e deliberações do Tribunal de Contas da União, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e do Ministério supervisor ao qual a empresa estatal esteja vinculada não podem implicar interferência na gestão das empresas estatais nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição da forma de execução das políticas públicas setoriais”.

A análise de tais dispositivos reforça o caráter de autonomia gerencial das empresas estatais, o que, a nosso ver, é mais forte no que toca às ações de fomento por elas praticadas – em relação ao direcionamento da administração central em relação ao objeto social típico da empresa –, uma vez que se constituem, em regra, como atuações anômalas ao objeto social, de modo que tais ações são pautadas por aspectos estratégicos e comerciais de tais entidades em seu relacionamento com o mercado.

7. No entanto, como visto na análise dos casos concretos, a ingerência externa em ações de fomento das estatais pode se dar três formas diferentes.

7.1. Na primeira, como ocorreu nos casos do Petrobrás Socioambiental e do CCBB, a ingerência é realizada em política de fomento planejada e implementada pela própria estatal, por meio da colocação de agentes da administração central em instâncias colegiadas de avaliação ou mesmo a necessidade de validação posterior da escolha feita pela entidade, por meio de órgão centralizado (a SECOM-PR), o que pode se constituir em meio de controle ainda que indireto à ação de fomento.

7.2. A segunda forma de ingerência ocorre de modo mais direto e claro, com a imposição de ação de interesse da administração central para a empresa estatal, com a utilização dela de acordo com o seu objeto social. É o que ocorreu no caso do PROINFA da Eletrobrás, no qual a empresa estatal foi envolvida em política pública da administração central, para o desempenho de função para a qual foi constituída, o que parece legítimo, de acordo com as peculiaridades do programa implementado.

7.3. Outra forma de implementação de ações de fomento por empresas estatais diz respeito a deliberações emitidas pela administração ou por órgãos de controle e que possuem a finalidade de vincular tais entidades a ações de fomento. Exemplo do primeiro caso pode ser verificado no famigerado CADMADEIRA do Estado de São Paulo (Decreto n. 53.047/08), que possui por objetivo vincular todas as compras realizadas pela

administração estadual direta e indireta – no caso, a obrigatoriedade de previsão nos editais da apresentação de cadastramento do licitante no CADMADEIRA.

A segunda situação pode ser verificada pela determinação exarada pelo TCU no Acórdão n. 2.439/2016, no qual foi determinado à Petrobrás que previsse em determinado edital a margem de preferência para micro e pequenas empresas, nos termos da Lei n. 123/06. Neste caso, ainda que a decisão tenha sido tomada em processo específico, que versava sobre um único procedimento licitatório, a empresa estatal acabou expandindo esta determinação para todos os certames, prevendo, a partir de então, em todos os procedimentos licitatórios por ela promovidos, independentemente dos valores envolvidos na futura contratação.

O que estes casos demonstram é a ingerência externa realizada de modo mais sutil e talvez de menos impactante financeiramente do que o controle de preços dos combustíveis pela administração central em relação à Petrobrás. No entanto, não nos parece que deixe de ser ingerência indevida, uma vez que se dão sobre a gestão da empresa estatal – no caso, da política de compras.

8. Independentemente da forma como for realizada a ingerência deve ser excepcional, sendo antijurídica quando impuser à empresa estatal a atuação fora do seu objeto social, considerado em sentido estrito, uma vez que restará caracterizada a utilização anômala da empresa estatal com desvio de finalidade em relação à sua missão institucional. Neste passo é que entendemos ser necessário reforçar a autonomia de tais entidades, o que parece ser um dos desafios a serem enfrentados em tal tema.

## **2. Contratualização das políticas de fomento da administração central desvinculadas do objeto social *stricto sensu* da empresa estatal: a regra do art. 8º, §2º, da Lei das Estatais.**

9. Ao tratarmos da defesa da autonomia da empresa estatal em relação à administração central, não podemos deixar de considerar que é possível que haja a interferência externa, no sentido de impor à empresa estatal ações de fomento fora dos legítimos parâmetros acima mencionados. Considerando o objeto desta tese, focaremos a análise nas hipóteses em que a ingerência indevida decorre de ações do acionista controlador.

**10.** Neste caso, a própria Lei das Estatais previu um mecanismo a ser utilizado em tais situações, a celebração de avença com o ente controlador, nos termos do art. 8º, §2º<sup>449</sup>, com a imposição de medidas que venham a conferir publicidade a tais ações, aos seus respectivos custos, bem como aos meios de recomposição dos valores gastos pela empresa estatal em tais casos. Algumas questões de interpretação devem ser destacadas em relação a tal dispositivo, especialmente diante do objeto desta tese.

**10.1.** Em primeiro lugar, a sua aplicabilidade subjetiva, ou seja, quais empresas estatais estão abarcadas pelo dispositivo. A redação do dispositivo parece restringir a obrigatoriedade para as empresas estatais que concorram com empresas privadas na exploração de atividade econômica.

No entanto, a redação legal não encerra a questão do âmbito de aplicabilidade, uma vez que, conforme visto no Capítulo 1 da Parte I desta tese<sup>450</sup>, a distinção entre atividade econômica e serviço público não foi acolhida pela Lei das Estatais, além de nos parecer que a própria redação do artigo 1º de tal diploma conduz à colocação do serviço público enquanto espécie de atividade econômica desempenhada pela empresa estatal<sup>451</sup>.

Assim, o critério para a aplicabilidade de tal exigibilidade parece ser a existência de concorrentes no mercado, o que dá sentido ao dispositivo, na parte em que trata das empresas estatais que “assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam”. Com esta regra ficam as empresas estatais protegidas da sua “instrumentalização informal e irresponsável fiscalmente para a realização de políticas públicas a cargo do Estado”<sup>452</sup>, o que, no fundo lhes garante condições de concorrência paritárias com as empresas privadas.

**10.2.** Além da aplicabilidade subjetiva, interessa-nos compreender a aplicabilidade objetiva, o que, para as finalidades desta tese, demanda reflexões a respeito de quais atividades de fomento devem ser objeto de tal dispositivo.

---

<sup>449</sup> “§2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão: **I** - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos; **II** - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil”.

<sup>450</sup> Cf. n. 11, 12 e 15.

<sup>451</sup> Nesse mesmo sentido, cf. Alexandre Santos de Aragão. **Empresas estatais...**, cit., p. 370-371.

<sup>452</sup> Alexandre Santos de Aragão. **Empresas estatais...**, cit., p. 370.

A redação legal menciona “quaisquer obrigações ou responsabilidades” que sejam impostas à empresa estatal em descompasso com aquelas aplicáveis às empresas privadas atuantes no mesmo mercado. Nesse passo, parece-nos que todas as ações de fomento da administração central que não estejam ligadas ao objeto social da empresa *stricto sensu* estão abrangidas pela regra mencionada, incrementem elas os custos diretos ou indiretos das empresas estatais.

Voltemos ao exemplo acima mencionado do CADMADEIRA. Em si, a obrigação de previsão nos editais de licitação da empresa estatal de que as licitantes apresentem o cadastro respectivo nos certames licitatórios não gera, de antemão, desembolso de recursos por tais entidades. É possível, no entanto, que, por razão de organização das empresas no mercado ou mesmo diminuição da quantidade de competidores (considerando a hipótese de nem todas as empresas então participantes das licitações fazerem parte de tal cadastro), haja aumento nos preços das contratações realizadas pela empresa estatal, em comparação aos preços praticados antes da exigência de tal cadastro. Da mesma forma, é possível que os valores dos contratos não sejam afetados.

Em qualquer uma das duas hipóteses, entendemos que é necessária a contratualização – em sentido amplo – de tal relação entre administração central e empresa estatal, por duas razões. Em primeiro plano, a Lei das Estatais não realizou qualquer distinção em relação a ações que gerem ou não aumento de despesas pelas empresas estatais. Em segundo lugar, como demonstrado nesta tese, a ingerência do acionista controlador pode se dar de modo mais claro e explícito (exemplo hipotético do controle de preços da energia elétrica pela União para fomentar a atividade industrial em determinado período) ou de modo mais sutil e, a princípio sem impacto financeiro para a empresa estatal (exemplo do CADMADEIRA ou da necessária aprovação prévia do patrocínio concedido pela empresa estatal pela SECOM-PR).

Nos casos acima mencionados, por mais que haja consequências diferentes para a entidade controlada, parece-nos que o vício da intrusão da administração central na empresa está presente, o que contraria o quanto disposto no §2º do art. 8º da Lei n. 13.303/16. No fundo, o que o dispositivo parece querer incluir no ordenamento nacional é a ideia de que a administração central não pode impor às empresas estatais “quaisquer obrigações ou responsabilidades” “em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam”, sem a realização de concertação administrativa e, se o caso, compensação

financeira das despesas nas quais a entidade incorrer para a implementação de ação pública de interesse do ente controlador.

Afinal, como afirma Alexandre Santos de ARAGÃO, “respeitada a sua natureza privada e empresarial, tais políticas não podem lhes ser impostas sem quantificações e compensações, como se a mera transferência da incumbência do Estado a uma empresa por ele controlada resolvesse *de per se* o problema de financiamento dessas atividades”<sup>453</sup>.

Ainda neste ponto, entendemos que a contratualização a que se refere a Lei das Estatais é importante para adequar a ação de fomento a ser implementada à estratégia empresarial, bem como à estrutura da empresa. Se pensarmos, por exemplo, na implementação de regras favorecidas a MPEs em licitações das estatais, pode ser que a estatal entenda melhor realizar a implementação de forma gradativa, considerando valores de contratação ou determinados objetos licitados. Além disso, nas hipóteses nas quais a implementação da política de fomento gerar efetivo desembolso de valores ou a necessidade de novos investimentos das empresas, a concertação com o ente controlador possui a função de definir valores, prazos de pagamentos etc.

**10.3.** Vale notar que o desrespeito a tal regra gera a nulidade da ação imposta à empresa pela administração central, podendo, ainda, caracterizar abuso de poder do acionista controlador<sup>454</sup>, especialmente no que toca ao art. 117, §1º, alínea ‘a’, da Lei n.

---

<sup>453</sup> Ob. cit., p. 371.

<sup>454</sup> A respeito dos limites legais ao controlador público, importante o quanto afirmado pela Diretora Luciana Dias, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM: “**56.** A CVM já teve a oportunidade de enfrentar algumas vezes o arranjo legal que envolve as companhias controladas por entes públicos e tem consolidado o entendimento de que a leitura conjunta dos artigos 23522 e 23823 da Lei nº 6.404, de 1976, revela a essência do regime jurídico que regula as relações entre o ente estatal controlador e os acionistas minoritários de uma sociedade de economia mista. **57.** O art. 235 da Lei nº 6.404, de 1976, dispõe que “as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. Esse artigo prossegue para, em seu §1º, estender o compromisso de conformidade dessas companhias também ao regime típico daquelas companhias sob jurisdição da CVM ao estabelecer que “as companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários”. **58.** O art. 238 da Lei nº 6.404, de 1976, por sua vez, reforça os deveres e responsabilidades do Estado controlador estabelecidos nos artigos 116 e 117 da mesma lei, mas ressalta que o Estado “poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. **59.** De acordo com precedentes desta casa, a conjugação desses comandos significa que, de um lado, o acionista minoritário deve investir na companhia ciente de que o ente que a controla, ao conduzir os negócios da companhia, poderá dar prioridade ao interesse público, ainda que isso prejudique seu retorno financeiro (art. 238). Mas, por outro lado, esse mesmo ente público se compromete a observar todas as demais regras da Lei nº 6.404, de 1976, inclusive as que limitam o seu próprio poder (art. 235), ou que lhe atribuem deveres fiduciários (art. 116 e 117), assim como as regras emitidas pela CVM (art. 235, §1º). **60.** Assim, o art. 238 não afasta os deveres e responsabilidades atribuídos a qualquer acionista controlador. Ao contrário, reafirma-os ao fazer menção específica aos artigos 116 e 117 e, em caráter excepcional, estabelece apenas que as atividades da companhia poderão ser conduzidas pelo controlador de modo a atender o interesse público que justificou a sua criação”. (PAS CVM nº RJ2012/1131, j. 26.05.2015).

6.404/76, que considera abuso de poder do controlador “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social”.

Com efeito, da conjugação dos dois dispositivos em estudo (art. 8º, §2º, da Lei das Estatais e art. 117, §1º, alínea ‘a’, da Lei das S.A.) parece-nos que a juridicidade da imposição de obrigação à empresa estatal fora do objeto social, resultando em orientação para fim estranho a este, está condicionada ao respeito à contratualização da relação entre controlador e controlado, de modo que a não concertação administrativa poderá levar à caracterização do abuso de poder de controle, com a anulação da política implementada, bem como a indenização aos acionistas prejudicados pela atuação abusiva da administração controladora.

### **SEÇÃO 3. ELEMENTOS EM RELAÇÃO AO FUNCIONAMENTO INTERNO DA EMPRESA ESTATAL: A GOVERNANÇA CORPORATIVA EM SEU ASPECTO MATERIAL.**

**11.** Neste tópico, passamos a tratar do funcionamento interno da empresa estatal em relação às políticas de fomento por ela planejadas e implementadas. Nossa intenção é propor alguns elementos que aprimorem a forma como as políticas de fomento são decididas no âmbito das empresas estatais, com a finalidade de que elas possam aumentar a sua legitimidade perante os acionistas minoritários e a coletividade como um todo.

Conforme visto linhas acima, a Lei das Estatais instituiu uma série de requisitos de governança corporativa, com vistas ao aprimoramento da gestão das empresas estatais, tanto com relação à presença de órgãos obrigatórios nas empresas estatais (Conselho de Administração, Conselho Fiscal, Comitê de Auditoria etc.), quanto com requisitos para a investidura nos respectivos cargos, além de regras de transparência. Criou-se, assim, estrutura voltada ao aprimoramento da governança das empresas estatais, com vistas ao alcance das finalidades públicas que motivaram a criação de tais entidades.

**12.** No entanto, ao que nos parece, à estrutura legalmente prevista deve ser somada uma abordagem que imponha maiores deveres argumentativos para os gestores das empresas estatais em relação às ações de fomento praticadas por tais entidades. Com efeito, como demonstramos na Parte II, parece-nos haver a necessidade de aprimoramento das ações de fomento levadas a cabo pelas empresas estatais, especialmente no que toca à sua

motivação (para escolha, início e continuidade das ações realizadas) e aferição dos resultados qualitativos das políticas de fomento implementadas.

Interessante notar que as próprias avaliações de governança corporativa – IGSEst<sup>455</sup> e Programa de Destaques da [B]<sup>3456</sup> – focam a análise em aspectos mais ligados à estrutura de governança das empresas do que ao conteúdo das deliberações destas entidades. Em ambos os casos, analisa-se o cumprimento de requisitos da Lei das Estatais (transparência pela publicação de informações ao público; existência de prática de controles internos e auditoria; elaboração de relatórios; divulgação da política de relacionamento com acionistas minoritários etc.), sem adentrar, no entanto, nos aspectos do conteúdo das informações produzidas pelas empresas ou da atuação dos órgãos sociais.

Isto, por evidente, não representa invalidade ou inutilidade de tais índices ou programas, pois eles representam medida de fomento para que as empresas estatais melhores suas estruturas internas de governança e controle, o que representa um passo importante para a qualificação da ação das empresas estatais<sup>457</sup>. No entanto, parece necessário ir além do aspecto estrutural para aprimorar a qualidade das informações produzidas e analisadas pelos órgãos sociais.

Neste passo, entendemos que este aprimoramento será alcançado por meio de *três pilares* que possuem como base a *motivação qualificada* das ações de fomento das empresas estatais, o que se dará pela imposição de *ônus argumentativo* aos gestores das empresas estatais, pela *procedimentalização* e pela *transparência*.

---

<sup>455</sup> Regulamento disponível em <http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/regulamento-igsest-4ociclo-versao-final.pdf>, último acesso em 10.01.2020.

<sup>456</sup> Regulamento disponível em [http://www.b3.com.br/pt\\_br/b3/qualificacao-e-governanca/certificacoes/programa-estatais/](http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/certificacoes/programa-estatais/), último acesso em 10.01.2020.

<sup>457</sup> No caso do IG-Sest, foram realizados 4 ciclos de avaliação das empresas estatais, que foram classificadas em 4 níveis, de acordo com os índices de governança, sendo o nível 1 para aquelas com as melhores notas e o nível 4 para aquelas com as piores. Entre o primeiro ciclo, realizado em 2018 e o quarto, em 2019 (ciclos semestrais), é possível perceber um aumento tanto do número de empresas participantes (sendo a participação espontânea), quanto o aperfeiçoamento das estruturas de governança das empresas estatais. Assim, no primeiro ciclo, participaram 46 empresas, tendo sido classificadas 8 no nível 1 e 13 no nível 4; no segundo, do universo de 46 empresas, 16 foram classificadas no nível 1 e 1 no nível 4; no terceiro ciclo, de 53 empresas, 25 ficaram no nível 1 e 1 no nível 4; por fim, no último ciclo realizado, de 61 empresas, 44 ficaram no nível 1 e nenhuma no nível 4. (Cf. Apresentação do 4º ciclo, disponível em [http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/apresentacoes/apresentacao-igsest\\_4ciclo\\_fernando-soares.pdf](http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/apresentacoes/apresentacao-igsest_4ciclo_fernando-soares.pdf), último acesso em 10.01.2020).

## 1. Os ônus argumentativos impostos aos gestores das empresas estatais.

13. O primeiro pilar a ser analisado é o do ônus argumentativo imposto aos gestores das empresas estatais. Tal dever de bem motivar as ações tomadas decorre, a nosso ver, de duas razões principais. Em primeiro lugar, pois a ação de fomento das estatais é realizada, em regra, fora do seu objeto social, como medida de implementação de sua função social, o que impõe ao gestor o dever de justificar a atuação da empresa em tal domínio.

Em segundo lugar, em temas como o fomento administrativo, marcados pela flexibilidade de ação e pela discricionariedade administrativa, o meio é tão importante quanto o fim público a ser realizado, de modo que há de se concentrar a análise da juridicidade sobre os aspectos relativos à fundamentação da ação realizada para se aferir a sua aderência ao interesse público.

Neste passo, consideramos ser necessária a imposição de ônus argumentativo ao gestor público nos seguintes aspectos.

14. O primeiro aspecto a ser devidamente motivado diz respeito à *necessidade de ser realizada a ação de fomento*. Este aspecto ganha diferentes contornos de acordo com cada uma das hipóteses previstas no art. 27 da Lei das Estatais, bem como do mercado no qual atuante a empresa.

Com efeito, cada hipótese de expressão da função social da empresa demanda justificativas específicas e que levam a análises próprias. Talvez, a mais corriqueira seja aquela prevista no inciso II do §1º do art. 27, que trata do “desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada”. Tal tipo de benefício à tecnologia nacional tem sido comum no Brasil, especialmente no âmbito das contratações públicas<sup>458</sup>, de modo que a administração nacional parece estar habituada a analisar e ponderar os custos e benefícios de tais medidas de modo mais claro.

Situação diversa parece ser a das hipóteses de responsabilidade social e de patrocínio. Como visto, em ambos os casos, a intenção da empresa ao atuar em tais áreas é o aprimoramento de sua imagem, seja via a realização de ação no âmbito socioambiental,

---

<sup>458</sup> Cf. art. 3º, da Lei n. 8.666/93.



seja no patrocínio de determinada atividade. Nestes casos, parece-nos necessário haver a devida motivação das razões pelas quais é necessário melhorar a imagem empresarial, bem como fortalecer a sua marca.

Este aspecto ganha especial relevância em relação às empresas que atuam sem concorrentes privados, uma vez que o ônus argumentativo neste caso nos parece ser maior, considerando a ausência de competição por clientes no mercado. É assim, por exemplo, que nos parece maior a carga argumentativa necessária para justificar a necessidade de ações de responsabilidade social ou patrocínio do Metrô-SP, do que do Banco do Brasil, por exemplo.

Da mesma forma, a motivação deve abranger considerações a respeito da subsidiariedade da ação proposta, de modo que fique clara a necessidade da atuação estatal para a concretização dos valores legal e constitucionalmente tutelados, de modo a evitar que a atuação fomentadora seja inútil, ante o suprimento, via iniciativa privada, daquele valor público.

**15.** Outro aspecto relevante a ser objeto da devida motivação das empresas estatais nas ações de fomento diz respeito à *aderência da ação ao planejamento estratégico* de tais entidades, o que foi incluído como meio de conferir maior previsibilidade aos acionistas em relação aos rumos da companhia, permitir o controle sobre as ações da empresa – deixando mais claro os casos de desvio de finalidade ou mesmo de abuso de poder do controlador –, bem como fixando os critérios de *accountability* dos gestores das empresas estatais.

É neste contexto que vislumbramos as regras da Lei das Estatais que determinam: **(i)** a publicação da carta anual do Conselho de Administração, que exponha objetivos de políticas públicas a serem executados pela empresa, em atendimento à finalidade legal de sua criação, “com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos” (art. 8º, *caput*, inciso I<sup>459</sup>); **(ii)** a existência de plano de

---

<sup>459</sup> “**Art. 8º** As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: **I** - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos”.

negócios anual e a estratégia de longo prazo para, no mínimo, 05 anos (art. 23, §1º, incisos I e II<sup>460</sup>); (iii) a avaliação anual de desempenho dos administradores das empresas estatais, incluindo análise a respeito do cumprimento dos objetivos do plano de negócios e atendimento às metas de longo prazo (art. 13, inciso III, alínea ‘c’<sup>461</sup>).

Assim, o planejamento da ação da empresa estatal é algo relevante para a Lei das Estatais<sup>462</sup>, o que, a nosso ver, influencia a atividade de fomento, que deve estar a ele atrelada. Com efeito, parece-nos que as ações de fomento das empresas estatais devem ser realizadas de modo concatenado e atrelado ao planejamento anual e à estratégia de longo prazo, com a finalidade de poderem gerar todas as potencialidades em benefício da coletividade, evitando-se, assim, que as ações sejam realizadas de modo isolado ou mesmo em benefício do acionista controlador.

Vale notar que vincular as ações de fomento ao planejamento da empresa não significa acabar com a discricionariedade de tal instituto ou o seu engessamento, mas sim tentar atrelar maior racionalidade à sua utilização, bem como extrair delas o maior proveito em favor da empresa estatal, dos beneficiários de tal ação e da coletividade, considerando-a enquanto política pública destinada a ser ferramenta empresarial. Assim, caso haja alterações no planejamento da empresa estatal – o que é normal diante da dinamicidade do mercado<sup>463</sup> –, a atividade de fomento deverá ser readequada a tal realidade.

Nesta linha, por exemplo, podemos enquadrar o patrocínio da Petrobrás ao River Plate – analisado anteriormente nesta tese –, que se deu dentro de estratégia de internacionalização dos negócios da empresa para a Argentina. Da mesma forma, podemos pensar no patrocínio do Banco do Brasil a determinados eventos culturais visando a

---

<sup>460</sup> “**Art. 23.** É condição para investidura em cargo de diretoria da empresa pública e da sociedade de economia mista a assunção de compromisso com metas e resultados específicos a serem alcançados, que deverá ser aprovado pelo Conselho de Administração, a quem incumbe fiscalizar seu cumprimento. §1º Sem prejuízo do disposto no caput, a diretoria deverá apresentar, até a última reunião ordinária do Conselho de Administração do ano anterior, a quem compete sua aprovação: I - plano de negócios para o exercício anual seguinte; II - estratégia de longo prazo atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 (cinco) anos”.

<sup>461</sup> “**Art. 13.** A lei que autorizar a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá dispor sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre: [...] **III** - avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos: **a)** exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa; **b)** contribuição para o resultado do exercício; **c)** consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo”.

<sup>462</sup> Sobre a importância do planejamento da empresa estatal para sua gestão e controle, cf. Guilherme F. Dias Reisdorfer. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais: plano de negócios e estratégia de longo prazo. In Marçal Justen Filho. **Estatuto jurídico das empresas estatais...**, cit., p. 217-229.

<sup>463</sup> A esse respeito, cf. Guilherme F. Dias Reisdorfer. Ob. cit., p. 222-223.

alcançar determinado público-alvo, dentro de uma estratégia de expansão do mercado ou diversificação de clientes.

Trata-se, assim, de internalizar as políticas de fomento como meio de favorecer a gestão empresarial e o alcance das metas e objetivos da entidade expressos em sua carta anual de governança, em seu plano de negócios e demais instrumentos de planejamento.

16. Além deste aspecto, parece-nos que demanda ônus argumentativo qualificado a fixação dos *valores constitucionais e legais a serem tutelados*. Neste ponto, não basta à empresa justificar que a ação de fomento será útil para tutelar algum valor constitucional ou legalmente previsto, mas sim que aquela ação possui a possibilidade de gerar os efeitos esperados para a imagem da empresa, o fortalecimento de sua marca, o desenvolvimento da indústria nacional etc.

Não se trata de obrigação de fim – para nos valermos de classificação da teoria geral das obrigações –, uma vez que essas ações de cunho prospectivo nos parecem sujeitas a riscos inerentes à complexidade da economia<sup>464</sup>, inclusive de adesão dos agentes do mercado à ação de fomento construída pelo Estado. Porém, parece necessário que a empresa motive as razões pelas quais ela vislumbra que aquela ação gerará as finalidades previstas, tanto para a entidade, quanto para a coletividade (as externalidades positivas), o que demanda a realização de estudos prévios de mercado para tal finalidade. Afinal, o fomento não é um “jogo de azar” e há resultados que são esperados pela implementação de tais ações.

Tal análise ainda guarda elementos largos de discricionariedade, uma vez que não nos parece necessário – até por praticamente impossível em uma sociedade pobre e preche de necessidades como a brasileira – que a empresa estatal realize uma análise comparativa entre todas as possibilidades de ação para escolher a melhor, a mais eficiente para si e para a coletividade objeto da ação. Isto inviabilizaria a ação pública. O critério é de suficiência (a ação deve ser, à primeira vista, suficiente para tutelar os interesses envolvidos na ação)

---

<sup>464</sup> A complexidade da economia se revela em seu aspecto dinâmico e de constante renovação, conforme afirma Orlando Manuel da Costa Gomes: “[a]s relações econômicas não estão relacionadas com determinismo, equilíbrio, ordem ou resultados estáticos, ao contrário daquilo que a abordagem tradicional da ciência econômica sugere; a economia é orgânica, contingente em eventos passados, evolutiva e aberta à inovação. Numa palavra, a economia é complexa”. (A economia como objeto complexo. In Bernardo Alves Furtado; Patrícia A. M. Sakowski; e Marina H. Tóvolli (eds.). **Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas**. 2015, p. 207).

não de excelência (a ação deve ser a melhor dentre uma série de ações para a tutela de tais interesses).

Pensemos, por exemplo, no caso do Petrobrás Socioambiental. Não nos parece que a decisão pela ação em determinada localidade e com dada finalidade (por exemplo, ação de educação em comunidade carente de cidade litorânea) deva ser o produto de ampla análise de todas as necessidades desta comunidade, bem como das demais comunidades carentes espalhadas pelas áreas de atuação econômica da empresa estatal. Há um grau de discricionariedade que deve ser garantido à empresa, sob pena de inviabilização da própria ação pública. No entanto, é necessário que seja justificado por qual razão aquela intervenção, por tal período, atende aos valores constitucional e legalmente tutelados, inclusive para a imagem da empresa estatal e em sua relação com os demais concorrentes do mercado.

Da mesma forma, pensemos no caso do patrocínio do Banco do Brasil. Não parece necessário que a empresa realize uma análise de todos os tipos de atividades a serem patrocinadas – culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica – para que verifique a que mais produz resultado na relação custo x benefício e, assim, passe a patrociná-la. Da mesma forma que no caso anterior, há um núcleo de escolha discricionária, que envolve aspectos da própria estratégia comercial da empresa, seu público-alvo etc., que devem ser preservados para a ação pública. Devem, no entanto, ser explicitadas as razões pelas quais aquela ação parece, inicialmente, atingir os objetivos legalmente estabelecidos, especialmente para a empresa (fortalecimento da marca).

O mesmo se diga em relação ao fomento destinado ao desenvolvimento de tecnologia nacional. Não parece necessário que a motivação envolva análise de todas as tecnologias disponíveis no mercado nacional para a implementação daquela que melhor execute a finalidade da empresa estatal – o que, diga-se, parece cada vez mais difícil perante a proliferação de *startups*, núcleos de inovação tecnológica, parques tecnológicos etc. –, mas apenas a demonstração das razões pelas quais o fomento a tal tecnologia pode ser benéfico para a empresa e para o desenvolvimento nacional.

17. Também a estipulação do *montante a ser investido* nas ações de fomento deve ser objeto de motivação por parte das empresas estatais. Neste item, duas preocupações parecem ser necessárias. Em primeiro lugar, a efetividade da ação de fomento realizada, e modo a evitar que a ação pública seja além ou aquém do necessário para a tutela dos

interesses em jogo (no caso, tanto os interesses das empresas estatais, quanto o dos privados envolvidos nas atividades fomentadas e daqueles beneficiados pela ação de fomento).

Em segundo lugar, a preocupação se relaciona com o respeito aos princípios da ordem constitucional econômica previstos no art. 170 da CF, especialmente a livre-concorrência, a subsidiariedade e a proporcionalidade. O fomento deve ser conferido no limite necessário para, (i) de um lado, estimular a adesão dos privados à iniciativa, com a tutela dos interesses a serem protegidos por tal iniciativa, e (ii) de outro, respeitar os princípios vetores da ordem econômica, nos termos já abordados nesta tese. Assim, a medida do fomento é tema essencial para a compreensão da sua juridicidade<sup>465</sup>.

**18.** Ligado ao aspecto do montante a ser investido, há a necessidade de que a ação de fomento seja justificada à luz da *política de dividendos*, uma vez que, no fundo, os valores destinados a tais ações poderiam ser reinvestidos na atividade-fim da empresa ou mesmo compor o lucro para a distribuição dos dividendos entre os acionistas.

**19.** Também a *definição a respeito da continuidade ou não da política de fomento* deve ser objeto de motivação baseada nos resultados qualitativos das ações realizadas até então, bem como de acordo com a subsidiariedade, a proporcionalidade e a livre concorrência. Este parece ser um dos pontos-chave para a aferição da juridicidade de tais ações, sendo um dos principais elementos de aprimoramento, a nosso ver, como destacado nas conclusões da Parte II deste trabalho.

Neste passo, mostra-se fundamental que sejam estipulados critérios qualitativos para o planejamento e o acompanhamento das ações de fomento realizados por empresas estatais, de modo a aferir os reais benefícios coletivos advindos de tais atividades, bem como se é necessário aumentar ou diminuir os valores destinados a tais políticas. Nesta linha, como já afirmado nesta tese, as análises realizadas demonstram que as empresas estatais têm focado em demasia as suas análises no âmbito quantitativo das ações – especialmente Petrobrás e Banco do Brasil –, o que não permite aferir os reais benefícios do fomento à coletividade.

---

<sup>465</sup> De acordo com José Vicente Santos de MENDONÇA, “O primeiro risco é o da intervenção desmedida (em termos temporais ou de intensidade). É a *paralisia*, a perda do *élan* privado. O fomento é atividade pública não substitutiva da iniciativa privada. Fomento que se eterniza, ou que, por excessivo, neutraliza todo risco do negócio, acaba transformando-se numa iniciativa privada com riscos socializados. Ainda que assim não seja, acaba por desestimular a competitividade da região, do setor ou do agente, ao funcionar como seguro público de propostas fracassadas. Atentar para a duração e a intensidade do fomento é fazê-lo adequado à sua finalidade”. (**Direito constitucional econômico...**, cit., p. 389).

É diante desta constatação que nos parece necessário que as empresas criem métricas qualitativas para a aferição das ações, o que pode levar, inclusive ao aumento do prazo da ação de fomento, como meio de concretizar efetivamente os valores constitucionais envolvidos nas ações realizadas. Ao lado do risco da intervenção desmedida pelo excesso, há o risco da intervenção desmedida pela insuficiência, o que é outra manifestação da ineficiência administrativa, ante o gasto de recursos públicos sem o alcance dos resultados socialmente benéficos.

Se pensarmos, por exemplo, nas ações de fomento do Petrobrás Socioambiental, podemos cogitar que, há ações realizadas que trariam maiores benefícios à coletividade se fossem estendidas por maior período, ao invés dos 24 meses de duração de cada ação de fomento. Tal aferição dependeria da existência de métricas para a análise qualitativa das ações realizadas e dos benefícios perenes às comunidades nas quais houve a ação pública.

Da mesma forma, é necessário que haja a aferição qualitativa dos aspectos mercadológicos e reputacionais à empresa estatal, decorrentes das ações socioambientais e de patrocínio, com a finalidade de permitir verificar a análise custo-benefício das ações realizadas, bem como aferir se elas são aptas a gerar os benefícios à própria empresa estatal.

São estes elementos qualitativos que, a nosso ver, irão permitir a continuidade ou demandar a interrupção da ação de fomento, uma vez que a finalidade dela não é gerar benefícios a determinadas pessoas ou categorias por si, mas sim concedê-los em virtude dos benefícios coletivos que tais ações geram para a coletividade.

Neste passo, na hipótese de patrocínio cultural, por mais relevantes que possa ser uma peça de teatro para a cultura nacional, se a análise qualitativa demonstrar que ela não tem servido para fortalecer a marca empresarial, a legitimidade da continuidade da ação de fomento é questionável, pois a finalidade legal não foi observada. Nesta hipótese, pode-se pensar na possibilidade de a peça de teatro, caso seja relevante para a cultura, contar com ações de fomento do Ministério da Cultura ou de outras entidades públicas e privadas, mas não da empresa estatal.

Da mesma forma, por mais relevante que o desenvolvimento de tecnologia nacional possa ser para o país, não nos parece possível que o fomento a tais práticas (art. 27, §1º, inciso II) seja utilizado de modo a apenas estimulá-las, sem que tais ações gerem benefícios para as empresas estatais envolvidas. O fomento é, neste aspecto, ferramenta de gestão empresarial.

**20.** Ainda neste aspecto, algumas notas devem ser feitas, especialmente no que toca à não continuidade das ações de fomento por não atingimento das metas qualitativas estabelecidas<sup>466</sup>, sobretudo diante de seus efeitos perante os agentes fomentados e os beneficiários das ações de fomento. A não continuidade das ações de fomento que não atinjam as metas estabelecidas enseja dois tipos de reflexões a respeito das suas hipóteses.

**20.1.** Na primeira, ao avaliar que a política de fomento não atingiu seus objetivos ao final do termo do contrato ou convênio, a empresa estatal resolve não o renovar. Neste caso, parece-nos ser legítimo que tal entidade assim o faça, ante a ausência de pressuposto para a sua continuidade (o atendimento aos interesses resguardados por tal ação estatal).

**20.2.** Outra situação parece ser aquela na qual, durante a vigência do programa de fomento, a empresa estatal percebe que ele não será útil para o atingimento das metas propostas e, portanto, para resguardar os interesses visados com tal ação. Neste caso, o ponto a ser enfrentado diz respeito à possibilidade ou não de descontinuidade imediata da ação de fomento, bem como do direito dos agentes fomentados à indenização pelo rompimento antecipado do contrato, ao qual não deram causa<sup>467</sup>.

Pensemos, por exemplo, no caso do PROINFA. Ao lado do fomento às empresas geradoras de energia renovável adquirida pela Eletrobrás, diversas outras empresas foram criadas no intuito de desenvolver equipamentos a serem utilizados pelas empresas fomentadas pelo programa estatal. Assim, agentes privados investiram recursos (ainda que subsidiados pelo BNDES) na construção de centrais de produção de energia, bem como na fabricação do material necessário, na confiança de que a política de fomento seria desenvolvida pelo prazo legalmente estabelecido para o programa, que é de 20 anos.

Suponhamos que, no décimo ano de execução contratual, o Estado entenda que o programa não atingiu e não atingirá os objetivos previstos. Seria lícita a interrupção abrupta do programa? Haveria responsabilidade do Estado ou da empresa estatal pela descontinuidade?

As mesmas indagações são possíveis de serem realizadas com base no Petrobrás Socioambiental e no CCBB. Apesar das ações de fomento destes programas possuírem

---

<sup>466</sup> Hipótese de descontinuidade de ação de fomento diz respeito ao não cumprimento das obrigações estipuladas no instrumento de formalização (contrato, regulamento etc.) pelo agente fomentado. Desta hipótese não trataremos nesta tese, ante seus limites.

<sup>467</sup> A ausência de responsabilidade dos agentes fomentados pelo não atingimento das metas é pressuposto para esta análise.

prazos inferiores ao do PROINFA – prazos de 24 (vinte e quatro) meses –, não se pode descartar a possibilidade de que toda uma cadeia de fornecedores das entidades e empresas contratadas, incluindo elas próprias, seja enformada em torno dos contratos firmados.

Neste caso, imaginemos que, após 12 (doze) meses de contrato, a Petrobrás ou o Banco do Brasil analisem que a ação de fomento contratada não alcançará os resultados almejados. Seria possível a rescisão imediata dos contratos? Haveria algum tipo de responsabilidade a ser atribuída à empresa?

A descontinuidade imediata da ação parece-nos legítima, na hipótese em que a impossibilidade de atingimento aos interesses tutelados pela ação de for total, ou seja, a política implementada se mostrar totalmente inútil para atingir os fins visados. Neste caso, por se tratar de ação subsidiária da empresa estatal, não nos parece legítimo que ela continue a investir recursos materiais e humanos em ação que não alcançará os fins legalmente estipulados. Nesta hipótese, caso a administração central entenda que a ação de fomento possui benefícios econômicos e sociais relevantes, ela pode, a depender da situação, assumir a sua implementação.

Como exemplo, podemos citar ação cultural que não se mostre útil para o fortalecimento da marca do Banco do Brasil, tendo esta percepção sido realizada ao longo do primeiro ano de um contrato com duração de dois. À empresa estatal, não parece legítimo continuar com tal ação, pois ela não irá atingir a sua própria finalidade legal. No entanto, caso a administração central entenda que a ação fomentada é de relevância pública, ante seus benefícios e impactos sociais e econômicos, pode ela realizar o fomento diretamente, por exemplo, pelo Ministério da Cultura, arcando com os custos respectivos.

Questão mais complexa envolve o direito dos agentes fomentados a indenizações em virtude do rompimento antecipado dos contratos de fomento. O ponto deve ser enfrentado à luz da boa-fé e da confiança legítima depositadas pelo privado na ação de fomento realizada pela empresa estatal ou pelo Estado.

A realização do fomento por meio de contrato gera para o agente fomentado a confiança legítima de que a sua relação jurídica com a administração pública fomentadora perdurará pelo prazo contratual, de modo que os investimentos por ele realizados na atividade estimulada (contratação de pessoal, aquisição de materiais etc.) têm como referência tal período como necessário para a sua amortização, além da obtenção de lucro pela prestação de tal atividade.



Assim, ao rescindir antecipadamente o contrato, por razões não imputáveis ao agente fomentado, mas sim ante a impossibilidade de atingimento da finalidade pública que motiva a ação de fomento, parece-nos ocorrer a quebra da confiança legítima depositada pelo particular fomentado na administração fomentadora, com o correspondente dever de indenizar o privado pelos prejuízos sofridos com a extinção antecipada da relação jurídica.

Neste caso, estão presentes os requisitos para a caracterização da quebra da confiança legítima mencionados por Jesús Gonzáles PÉREZ<sup>468</sup>, quais sejam: (i) a existência de manifestação da administração suficientemente determinante para gerar no particular a confiança da correção da ação pública e de que suas expectativas são razoáveis; (ii) a existência de sinais externos que, mesmo sem serem vinculantes, orientem o particular para determinada conduta; (iii) a materialização de ato que reconheça ou constitua uma situação jurídica individualizada em cuja perenidade o particular podia confiar; (iv) causa idônea para provocar a confiança legítima do interessado; e (v) que o interessado tenha cumprido os deveres e obrigações que lhe foram impostos no caso.

Tal afirmação não significa transformar a administração em garantidora universal da atividade fomentada ou mesmo retirar da atividade privada fomentada os riscos a ela inerentes, uma vez que não se trata aqui de má gestão empresarial ou de assunção dos riscos inerentes ao negócio privado, mas sim de rescisão contratual antecipada causada pela administração.

Nesta linha, a imputação do dever de indenizar à administração decorre da necessidade de que ela atue com maior responsabilidade tanto no planejamento da ação de fomento, estipulando as metas corretas para o atingimento dos interesses e dos objetivos tutelados pelo ordenamento jurídico, bem como que atue de modo a preservar as relações jurídicas constituídas com os privados de boa-fé, como concretude do art. 422 do Código Civil<sup>469</sup>.

Com efeito, ao se relacionar com os agentes privados para o atingimento de finalidades de interesse coletivo, a administração deve respeitar as suas legítimas expectativas e os seus interesses que decorrem da relação jurídica travada. No caso do fomento, o particular não ingressa na relação jurídica por benemerência ou filantropia, mas

---

<sup>468</sup> **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo.** 5ª ed., 2009, p. 81-85.

<sup>469</sup> “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

observa nela a oportunidade de obter lucro legítimo, decorrente de ação lícita e incitada pela administração (central ou empresa estatal), constituída por normas ou contratos, que geram expectativas legítimas que devem ser respeitadas<sup>470</sup>.

Em tais hipóteses, a responsabilidade deve recair, como regra, sobre a empresa estatal, por ser ela a responsável pelo planejamento e implementação das políticas de fomento, o que inclui a sua (des)continuidade.

No entanto, não podemos desconsiderar a hipótese de a empresa estatal atuar sob influência abusiva do acionista controlador para atingir objetivo deste em detrimento dos objetivos sociais da empresa e dos acionistas minoritários. Nestes casos, a responsabilização deve recair sobre o ente controlador, por abuso na sua posição de acionista majoritário (arts. 116, p.u., e 117, §1º, alínea ‘a’, da Lei das S.A.).

## **2. A empresa estatal como organização e a procedimentalização das ações de fomento.**

21. Os elementos de motivação acima mencionados devem, a nosso ver, ser procedimentalizados internamente à empresa estatal, ante a pluralidade de interesses nela envolvidos, muitas vezes conflitantes (teoria do contrato organização).

Utilizamos tal termo, nesta tese, no sentido da instauração de um procedimento interno à empresa estatal, no qual as motivações e elementos técnicos acima mencionados fiquem expressos e possam ser de conhecimento dos acionistas, em primeiro plano, e do público em geral, em segundo plano – respeitados limites do sigilo comercial empresarial, que veremos mais adiante.

Com efeito, a ideia de procedimentalização das decisões societárias parece ser o melhor caminho para ordenar os interesses conflitantes dentro da sociedade, qualificando as decisões tomadas perante todos os interessados cujos interesses estão em jogo dentro de determinado assunto da empresa. De acordo com Ruy Pereira CAMILO JÚNIOR,

---

<sup>470</sup> A respeito da boa-fé nas políticas de fomento e a ressarcibilidade aos agentes fomentados nas hipóteses de descumprimento de tal dever, cf. Carlos Ari Sunfeld, André Rosilho e João Domingos Liandro. Preços artificiais dos combustíveis e responsabilidade da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 58, abr./jun. 2017, p. 23-36; Fernando Facury Scaff. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. 1990, p. 105-108; Edilson Pereira Nobre Júnior. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. 2002, p. 292-298.

“O direito das sociedades ingressou na era da procedimentalização, reavivando a racionalidade procedimental como mecanismo para a resolução de conflitos. [...] O procedimento organiza e coordena as várias vozes a se manifestarem no diálogo societário; permite construir consensos e documentar divergências. A conversação permite superar perspectivas parciais, colocar-se na posição da contraparte, ampliar as informações para que se construa uma deliberação a partir do maior volume de dados disponíveis”<sup>471</sup>.

Nesta linha, parece-nos que o aprimoramento das ações de fomento pelas empresas estatais depende da efetiva procedimentalização, enquanto ferramenta especial para a motivação qualificada das decisões a respeito dos caminhos a seguir no âmbito da manifestação da função social da empresa estatal, o que demanda a ponderação dos interesses e a participação efetiva dos acionistas minoritários<sup>472</sup>.

22. Dentro de estruturas sociais de pulverização do controle acionário, como o caso das sociedades de economia mistas nacionais, especialmente aquelas estudadas na Parte II, a implementação de procedimentos para deliberações acionárias apresenta desafios relacionados à quantidade imensa de acionistas minoritários que podem querer influir na decisão social, além dos diversos interessados em tais deliberações.

Assim, entendemos que a abordagem da procedimentalização deve ser realista, considerando que, diante da ausência de imposição legal para tanto na Lei das Estatais, a demasiada complexidade de tal procedimento poderá gerar o efeito reverso do por nós pretendido: a sua ausência, com a continuidade das decisões a respeito da implementação, acompanhamento e continuidade do fomento administrativo sendo tomadas de forma unilateral e pouco transparente pelas empresas estatais. Qual caminho a seguir?

---

<sup>471</sup> **Direito societário e regulação econômica...**, cit., p. 207.

<sup>472</sup> O respeito aos direitos dos acionistas minoritários representa, no fundo, respeito à própria opção feita pela empresa estatal ao decidir pela constituição de sociedade de economia mista para a exploração de determinada atividade econômica, como pontua Rafael Wallbach SCHWIND: “Noutras palavras, o Estado tem à sua disposição diversas possibilidades de arranjos societários. Se a consecução dos interesses públicos que justificam a constituição da empresa fosse absolutamente incompatível com os interesses egoísticos de eventuais acionistas privados, o Estado poderia criar uma empresa pública. Entretanto, se o Estado optou pela constituição de uma sociedade de economia mista, partiu do juízo de que a observância de certos interesses dos sócios privados não inviabilizará o atingimento das finalidades públicas pretendidas. Evidentemente, isto não significa a impossibilidade de se tomar decisões empresariais que sejam contrárias aos interesses pessoais dos sócios privados. Entretanto, os interesses dos acionistas privados de uma sociedade de economia mista devem ser ponderados na condução dos negócios da empresa”. (**O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. 2017, p. 120-121).

23. Nesta linha, propomos que haja a instauração de procedimento no qual a empresa estatal apresenta uma proposta de atuação fomentadora e abre prazo para que os acionistas possam opinar a respeito dela, com o oferecimento de subsídios para o seu aprimoramento, a sugestão de métricas qualitativas a serem observadas para a aferição dos benefícios oriundos de tais ações, a análise da adequação da ação proposta ao planejamento estratégico da empresa, as melhores práticas das empresas privadas concorrentes da empresa estatal em tal domínio etc.

Não se trata de um processo “em sentido forte”, com contraditório, ampla defesa, recursos, fase de instrução etc., uma vez que nos parece que o tipo de procedimento aqui sugerido deve ser menos rígido, tanto em virtude dos direitos envolvidos – não estamos a tratar de direitos fundamentais como aqueles de índole processual –, quanto da natureza dos interesses envolvidos.

A intenção é a que haja um procedimento que obrigue os administradores da empresa estatal a motivar as ações de fomento propostas, com base nos critérios materiais aqui propostos, como meio de qualificar e aprimorar as ações realizadas, sem perder de vista a efetiva participação (ainda que dentro de certos limites) dos acionistas minoritários. Ademais, tal procedimento, ao incluir a expertise privada na influência da ação da empresa estatal resgata o grande desiderato de oxigenação da ação pública mencionada por Carlos Ari Sundfeld<sup>473</sup>.

24. Tal procedimento também parece necessário no âmbito das empresas públicas, que, apesar de não terem acionistas privados como sócios, devem ter suas ações pautadas pelo respeito aos valores públicos tutelados, o que demanda que os administradores também motivem as ações da função social da entidade, o que faz incidir o dever de procedimentalizar as ações de fomento administrativo, como medida apta a justificar perante toda a coletividade as ações de fomento realizadas.

25. Em ambos os casos – sociedade de economia mista e empresas públicas – parece-nos que a publicidade ampla do procedimento para toda a coletividade pode ser diferida para depois da implementação ou mesmo após a conclusão da ação e fomento, com vistas a preservar questões de sigilo comercial ou empresarial, especialmente nas hipóteses nas quais as empresas estatais concorram no mercado com empresas privadas, sendo tais

---

<sup>473</sup> A participação privada nas empresas estatais. In \_\_\_\_\_. **Direito administrativo econômico**. 1ª ed., 2ª tir., 2002, p. 275-277.

iniciativas importantes para o fortalecimento empresarial da entidade frente ao mercado. A tal ponto retornaremos a seguir.

### **3. A maior transparência na justificativa, acompanhamento e continuidade das ações de fomento administrativo.**

26. O terceiro pilar que entendemos necessário para aprimorar as ações de fomento das estatais trata da transparência das questões que demandam ônus argumentativo, conforme expusemos no item 3.1. acima. O tema demanda reflexões, uma vez que a publicidade pode levar prejuízos de ordem comercial às empresas estatais que concorrem no mercado.

Neste passo, a Lei das Estatais<sup>474</sup> e a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527/11<sup>475</sup>) asseguram a possibilidade de resguardo temporário do sigilo de informações, nas hipóteses em que houver necessidade de assegurar às empresas estatais que competem no mercado condições de concorrência idênticas à das empresas privadas. O critério legal, portanto, é o da competitividade no mercado, com a finalidade de assegurar a identidade de condições de concorrência<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> Artigo 86, §§ 4º e 5º: “§4º As informações que sejam revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial serão assim identificadas, respondendo o servidor administrativa, civil e penalmente pelos danos causados à empresa pública ou à sociedade de economia mista e a seus acionistas em razão de eventual divulgação indevida. §5º Os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento”.

<sup>475</sup> Art. 22: “**Art. 22.** O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público”.

<sup>476</sup> Neste passo, os artigos 5º e 6º do Decreto n. 7.724/12, que regulamenta a LAI, determinam: “**Art. 5º** Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. **§1º** A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários. **§2º** Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos. **Art. 6º** O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica: **I** - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; e **II** - às informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma do §1º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011”.

Às empresas que concorrem no mercado, é assegurado o sigilo das informações que se revelem sensíveis do ponto de vista concorrencial com empresas privadas. Às empresas que atuam de modo exclusivo em seus mercados, inexistem informações a serem resguardadas pelo sigilo, salvo aquelas previstas no art. 6º, inciso I, do Decreto n. 7.724/12, afora o sigilo comercial<sup>477</sup>.

Para os estritos limites desta tese<sup>478</sup>, interessa-nos a constatação de que, de acordo com a legislação em vigor, é possível que informações a respeito de ações de fomento por empresas estatais sejam consideradas sensíveis para a finalidade de concorrência com empresas privadas, o que autorizaria a decretação de seu sigilo.

27. No entanto, a eventual decretação de sigilo a respeito das ações de fomento não nos parece influir nas propostas realizadas nos itens acima, além de ser a transparência um dos vetores a ser fortalecido para o aprimoramento das ações de fomento por empresas estatais.

No que diz respeito à motivação qualificada e à procedimentalização, elas não são afetadas pelo eventual sigilo das políticas de fomento, tendo em vista que a decretação de sigilo é temporária, não havendo autorização legal para que ela seja permanente. Assim, o artigo 24, §1º, da LAI confere prazos de sigilo que variam de 5 (cinco) a 25 (vinte e cinco) anos, a depender do grau de sigilo da informação<sup>479</sup>, de modo que em algum momento a informação deixará de ser sigilosa.

Além disso, o sigilo da informação não significa que a política de fomento possa ser mal planejada e executada, bem como se pautar apenas por métricas quantitativas.

---

<sup>477</sup> Na linha de Alexandre Santos de ARAGÃO, é possível afirmar que: “Aqui aplicável a lógica de que o princípio da publicidade incide plenamente sobre elas [empresas estatais], salvo quando prejudicar a sua atuação concorrencial no mercado [...] os argumentos de sigilo comercial para o afastamento da LAI só são cogitáveis para as estatais que atuam em concorrência com os agentes privados, sejam prestadoras de serviços públicos, monopólios públicos ou exploradoras de atividades econômicas na forma do art. 173, *caput*, da CF. As estatais que atuam em regime de exclusividade não estão sujeitas às normas da CVM citadas pelo mencionado Decreto ou à proteção de sigilo comercial, já que a regra se refere claramente apenas às que atuam em concorrência. Já as demais hipóteses de sigilo referidas no inciso I do art. 6º do Decreto, fora o sigilo comercial, se aplicam não apenas às estatais que atuam sem concorrência, mas mesmo a toda a Administração Pública”. (**Empresas estatais...**, cit., p. 195 e 197).

<sup>478</sup> Para análise a respeito do regime de informação aplicável às companhias abertas, cf. André Grünspun Pitta. **O regime de informação das companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Para análise do conflito entre sigilo informacional e dever de publicidade nas empresas estatais e a atuação da CGU neste tema, cf. Vítor Monteiro e Fábio Gomes dos Santos. Lei de acesso à informação e sigilo nas atividades de empresas estatais. In Alexandro Jorge Carneiro da Cunha Filho; André Tito da Motta Oliveira; Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind. **Direito, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 617-637.

<sup>479</sup> Cf. Vítor Monteiro e Fábio Gomes dos Santos. Ob. cit., p. 624.

Ainda que a publicidade dos processos seja diferida no tempo, o planejamento de sua implementação nos termos expostos acima deve ser realizado.

Em terceiro lugar, o processo não nos parece que possa ser sigiloso em relação aos acionistas minoritários das sociedades de economia mista. Não parece haver autorização legal, seja na LAI, seja na Lei das Estatais, seja na Lei das S.A., para que os administradores da companhia mista decretem sigilo sobre tal tipo de processo, inviabilizando que os acionistas minoritários possam ter acesso ao quanto discutido em tal expediente.

Por fim, parece-nos necessário que a eventual alegação de sigilo comercial de empresa estatal a respeito de ações de fomento seja analisada de acordo com o seu estágio. Com efeito, se considerarmos que tais políticas podem ser divididas nas fases de concepção, planejamento, implementação, acompanhamento, aferição dos resultados e continuidade / encerramento, é possível que o grau de sensibilidade da informação para a tutela da concorrência da empresa estatal seja variável, de acordo com a fase, bem como a dinâmica do mercado respectivo.

Tal análise e caracterização é mais técnica (estudos de mercado) que jurídica, mas acaba por influenciar a configuração jurídica da transparência das informações que constituíram a política de fomento.

Assim, parece-nos possível afirmar que, mesmo diante do sigilo legalmente imposto para determinadas atividades, a procedimentalização e a motivação qualificada são requisitos para a validade das ações de fomento, sendo a transparência um dos elementos que permitirá o controle de tal atividade<sup>480</sup>, seja do ponto de vista interno à empresa estatal, em relação aos acionistas minoritários – no caso de sociedades de economia mista –, seja do ponto de vista externo, perante toda a coletividade.

---

<sup>480</sup> Controle no sentido de verificação ou fiscalização de atividade desenvolvida, não no sentido de dominação e determinação de conduta. A respeito das duas acepções do termo controle, cf. Fábio Konder Comparato. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3ª ed., 1983, p. 11 a 16.

## CONCLUSÕES DA TESE

A presente tese teve como objetivo analisar as ações de fomento realizadas pelas empresas estatais brasileiras, com foco naquelas que não possuem por finalidade social principal fomentar atividades privadas.

Partimos da **hipótese** de que as empresas estatais podem implementar ou ser utilizadas como instrumentos para a implementação de medidas de fomento a atividades privadas que possuam externalidades positivas para a coletividade, sem que isto represente, obrigatoriamente, desvirtuamento de suas funções econômicas típicas.

Para testar a hipótese, buscamos analisar a prática das ações de fomento pelas empresas estatais, com a finalidade de apurar: **(i)** como elas se enquadram nos respectivos mercados, com vistas a compreender se se trata de prática comum a tais mercados ou se poderia haver desvirtuamento da utilização de empresas estatais em tais ações; **(ii)** o grau de influência da administração central em tais ações, como meio de impor às empresas estatais os valores e objetivos do acionista controlador; **(iii)** se as ações de fomento realizadas atenderam a objetivos públicos constitucional ou legalmente tutelados; e **(iv)** o grau de planejamento das ações implementadas, uma vez que as consideramos como meios de realização de políticas públicas.

Após analisarmos as políticas de fomento implementadas pelas, parece-nos possível afirmar a **tese** e concluir que, da forma como colocado na Lei n. 13.303/16 e implementada pelas empresas estatais estudadas, não há incongruência entre a função econômica das estatais e suas ações de fomento, enquanto reflexo da função social da empresa. Neste passo, a hipótese inicial de pesquisa foi confirmada.

Com efeito, considerando as ações realizadas pelas empresas estatais, cotejando-as com o mercado nos quais inseridas, parece possível afirmar que as ações de fomento realizadas pelas empresas estatais representam, no atual estágio do capitalismo, elementos de gestão empresarial realizada por empresas privadas, como forma de aumentar a sua competitividade frente aos concorrentes.

Nesta linha, a elas servem como ações aptas a fortalecer a imagem empresarial perante a sociedade, além de fortalecer o mercado interno, o que pode levar ao aumento da presença e da importância da empresa estatal no mercado, com sua valorização. Assim,



parece possível afirmar que tais ações podem contribuir para o incremento da função econômica de tais entidades.

Mesmo no caso de políticas de fomento voltadas ao desenvolvimento nacional, parece-nos possível afirmar que elas não possuem o condão de retirar as empresas estatais de suas funções de mercado, uma vez que, além de vinculadas ao seu objeto social em sentido estrito. O ponto central, aqui, parece estar na forma como a Eletrobrás foi envolvida em política pública de maior amplitude, com o concurso de demais entes públicos, sendo os seus custos repassados para os consumidores da energia elétrica, sem que a empresa tenha tido custos a maior em tal caso.

Dentro, então, da fotografia tirada nesta tese a respeito das ações de fomento, parece-nos que as políticas levadas a efeito têm servido para concretizar valores públicos por meio da reunião de agentes e recursos públicos e privados na consecução de finalidades públicas, o que torna as ações de fomento de políticas públicas e, como consequência, as obriga a um melhor planejamento e acompanhamento das ações, considerando as finalidades expostas no art. 27 da Lei das Estatais.

Neste passo, parece-nos que o fomento implementado por empresas estatais representa a dupla função que marca estas entidades. De um lado, serve como instrumento de mercado, utilizado por outras empresas privadas – muitas vezes concorrentes das empresas estatais – para o aprimoramento de suas ações empresariais e expandir o mercado em que atuam. De outro, serve como meio de implementar políticas públicas para concretizar valores e objetivos constitucional e legalmente tutelados.

No entanto, diversamente do que ocorre com as políticas públicas implementadas pela administração ou que representam o relevante interesse coletivo ou o motivo de segurança nacional que dão ensejo à criação das empresas estatais, o que justifica a realização de políticas de fomento pelas empresas estatais é o seu aspecto empresarial, ou seja, os seus efeitos benéficos também para a atividade empresarial desenvolvida pela entidade.

Neste passo, o dilema que serve de título a esta tese (função econômica x objetivos subsidiários) nos parece dever ser considerado em termos, uma vez que, ao menos nos casos estudados, a função subsidiária é instrumento empresarial para o alcance da função econômica, sendo ela compatível com as ações do mesmo gênero utilizadas pelas empresas privadas no mercado.

No entanto, para que haja a compatibilidade entre as duas funções, parece-nos necessário que a função fomentadora seja aprimorada, no sentido de garantir a racionalidade de mercado para tal ação, o que se dará pela melhoria da autonomia da empresa estatal em relação à administração central, bem como pelo

Justamente por esta razão legitimadora, que propusemos o aprimoramento das ações de fomento por empresas estatais, baseados em dois vetores: (i) a maior autonomia da empresa estatal; e (ii) a melhoria qualitativa das ações de fomento, por meio do reforço à motivação dessas ações e de sua aderência ao plano de negócios da empresa estatal. Afinal, a legitimidade de tais ações não está apenas nos valores constitucionais e legais que ela implementa, mas também nos efeitos empresariais positivos que elas trazem às empresas estatais.

## BIBLIOGRAFIA

### Livros e Artigos.

ALCÁZAR, Mariano Baena de. Sobre el concepto de fomento. **Revista de Administración Pública**, nº 54, 1967, p. 83-84.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. Lei das Estatais: espectro de incidência e regras de governança. *In* FILHO, Marçal Justen (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59-70.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In* NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto de (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43-66.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira; SILVA, Raphael Bernardes da Silva. Ordem econômica, Lei Antitruste e a exclusividade dos bancos oficiais na gestão das disponibilidades de caixa da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 40, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83501>>. Acesso em: 22 out. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERCOVICZ, Grégory; DEGORRE, Arnaud; BARADUC, Cyril; LANG, Armand. **L'économie des risques dans les projets publics**. Paris: L'Harmattan, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. A análise funcional do direito: tendências e problemas. *In* \_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007, p. 81-113.

\_\_\_\_\_. Em direção a uma teoria funcionalista do direito *In* \_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007, p. 53-79.

BOURDIEU, Pierre. **Les structures sociales de l'économie**. Paris: Éditions du Seuil (col. Liber), 2000.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Setor elétrico brasileiro: visão crítica da geração de energia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRITO, Fabiano Ricardo Luz de. Contratos de compra e venda de energia elétrica. *In* VIVIAN, Alexei Marconi; MARLETTI, Pedro Pontual (coords.). **Direito e geração de energia elétrica**. 2017, p. 77-99.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2006.

CAILLOSE, Jacques. **La constitution imaginaire de l'administration**. Paris: PUF, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes estatais: o lucro é incompatível com a missão social?. *In* SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 256-269.

CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri: Manole, 2018.

\_\_\_\_\_. Liberdades de precificação e de pactuação. *In* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111-124.

CARDOSO, André Guskow. Governança corporativa, transparência e *compliance* nas empresas estatais: o regime instituído pela Lei 13.303/2016. *In* FILHO, Marçal Justen (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-119.

CARTIER-BRESSON, Anémone. **L'État actionnaire**. Paris: LGDJ, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, v. 732, out./96, p. 33-46.

\_\_\_\_\_. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In* MARQUES, Eduardo; FARIA Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 181-200.

\_\_\_\_\_.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Mello; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, jan./abr. 2019, p. 2-23.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Governança pública – um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DE NEGRI, João Alberto (coord.). **Poder de compra da Petrobras: impactos econômicos nos seus fornecedores**. Rio de Janeiro: IPEA, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

DINIZ, Tiago Barbosa. Expansão da indústria de geração eólica no Brasil: uma análise à luz da nova economia das instituições. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 50, jan./jun. 2018, Rio de Janeiro: IPEA, p. 233-255.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. A exploração da imagem empresarial como instrumento regulatório: entre o constrangimento público e o fomento reputacional. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 60, out./dez. 2017, p. 203-222.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2009.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Direito na economia globalizada**. 1ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiros, 2004.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário: das sociedades estatais para as sociedades privadas com participação minoritária do Estado**. São Paulo: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145-182.

FONTE, Felipe de Melo. Supervisão ministerial e controle societário de empresas estatais: três *standards* para um modelo de complementariedade e limitação. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 183-211.

FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4ª ed., 2019.

\_\_\_\_\_. Interpretação dos negócios empresariais e a Constituição Federal. Livre-iniciativa e livre concorrência. In NUSDEO, Fábio (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 131-154.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. O abuso de poder de controle na Lei das Estatais. In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto de (coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 107-140.

\_\_\_\_\_. Regime societário das empresas públicas e sociedades de economia mista. In DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (coords.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 113-165.

FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico dos Contratos de Patrocínio celebrados pelo Poder Público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97670>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto pubblico dell'economia**. Bologna: Il Mulino, 1985.

GOMES, Orlando Manuel da Costa. A economia como objeto complexo. In FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia A. M.; TÓVOLI, Marina H. (eds.). **Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, p. 187-210.

GLINIASTY, Jeanne de. **Les théories jurisprudentielles en droit administratif**. Paris: LGDJ, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 55, jul./set. 1984, p. 35-59.

GUGLIELMI, Gilles J. **La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française: de la Révolution à l'Arrêt Cadot (1789-1889)**. Paris: LGDJ, 1991.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Lei nº 13.303/2016 e a nova empresa estatal – Prefácio. *In* \_\_\_\_\_; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21-38.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. A Lei Rouanet e a importância da definição do conceito de cultura. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, n. 9, mar./ago. 2016, p. 109-130.

IRTI, Natalino. Il carattere politico-giuridico del mercato. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 1, gennaio/marzo 2004, p. 1-10.

ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. *In* JUSTEN FILHO, Marçal; e SILVA, Marco Aurélio de Barcelos. **Direito da infraestrutura: estudos e temas relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337-353.

ISSA, Rafael Hamze; TAFUR, Diego Jacome Valois. Governança corporativa nas empresas estatais. *In* CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; e VENTURINI, Otavio. **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 625-643.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. The three dimensions of administrative law. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 75, jan./mar. 2019, p. 21-38.



JURKSAITIS, Guilherme Jardim; CARVALHO, André Castro. Doações de empresas a prefeituras: o caso do município de São Paulo e a experiência internacional. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, n. 56, jan./mar. 2017, p. 127-131.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Carolina Coeli Simões. O lucro nas sociedades de economia mista. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 99-129.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. *In* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 65-99.

MARCHAND, Jennifer. **Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques**. Paris: LGDJ, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In* SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

\_\_\_\_\_. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *In* OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (coords.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 575-604.

\_\_\_\_\_. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. *In* WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330-351.

\_\_\_\_\_.; **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

\_\_\_\_\_.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Empresas estatais e parcerias institucionais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 272, mai./ago. 2016, p. 59-92.

\_\_\_\_\_.; ZAGO, Marina Fontão. Limites da atuação do acionista controlador nas empresas estatais: entre a busca do resultado econômico e a consagração de suas finalidades públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 49, jan./mar. 2015, p. 79-94.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. Fomento. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4., p. 405-508.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, n. 269, 2015, p. 255-278.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. São Paulo: Protfolio Penguin, 2014.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

MONTEIRO, Vítor; SANTOS, Fábio Gomes dos. Lei de acesso à informação e sigilo nas atividades de empresas estatais. *In* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; MOTTA OLIVEIRA, André Tito da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 617-637.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia RDPE**. n. 6, ano 2 Abril / Junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12767>>. Acesso em: 6 mar. 2018

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOTTA, Paulo Roberto. Controle governamental das empresas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 16, out./dez. 1982, p. 71-83.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. São Paulo: Portfolio Penguin, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. **Interações Políticas e a ação da Administração Pública**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

NOBRE, Marcos et alii. **O que é pesquisa em Direito?**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Weder. **Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento, finanças públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico : modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Bogotá : Universidad Externado de Colombia / Madrid : Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 4. ed. Brasília: MH Comunicação, 1994.

PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5ª ed., Madri: Editorial Civitas, 2009.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 32, 1953, p. 1-15.

PINTO, Henrique Motta. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Departamento de Direito do Estado, PUC-SP, São Paulo-SP, 2010. 200f.

\_\_\_\_\_. O ocaso da dicotomia entre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica. *In* CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 639-656.

\_\_\_\_\_.; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresas estatais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. O interesse público na sociedade de economia mista. *In* Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 403-423.

\_\_\_\_\_. O novo mercado da Bovespa e o compromisso da sociedade de economia mista com práticas de boa governança corporativa. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 128, p. 54-60, 2002.

PITTA, André Grünspun. **O regime de informação das companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo, **Revista de Estudios Políticos**, n. 48, p. 41-54. Madrid: 1949.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. *In* SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito e economia na regulação setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-32.

PRANDINO, Diego. **O contrato de patrocínio ativo na Administração Pública: fundamentos, regime jurídico e controle da atividade patrocinadora do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Instrumentos para gestão e controle das empresas estatais: plano de negócios e estratégia de longo prazo. *In* FILHO, Marçal Justen (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 217-229.

RESENDE, Augusto César L.; GABARDO, Emerson. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 53, jul./set. 2013, versão eletrônica. Acesso em 12.11.2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 132, out./dez. 2003, p. 7-24.

\_\_\_\_\_. **O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5ª ed., 2019.

SANTOS NETO, Otacílio. A intervenção direta do Estado no domínio econômico: limites constitucionais à atuação no mercado das empresas públicas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97663>>. Acesso em: 22 out. 2019.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_.; ATHIAS, Daniel Tobias. A competência do CADE para apreciar vantagens tributárias concedidas ao arremio da concorrência. *In* Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 177-198.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Bancos estatais ou Estado banqueiro?. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 265-297.

\_\_\_\_\_. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_.; GALDINO, Guilherme. Tratamento favorecido a pequenas empresas: entre nacionalidade, livre concorrência e uniformidade. *In* Fábio Nusdeo (coord.). **A ordem econômica constitucional**. 2019, p. 293-329.

SILVA, Danilo Tavares da. **Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. Financiamento cultural no Brasil contemporâneo. **Texto para Discussão**, IPEA, 2017.

SILVA, Luiz Augusto da. Um estado empresário-regulador? Poder econômico, parcerias e competências regulatórias das empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 61, jan./mar. 2018, p. 147-169.

SILVA, Mauro Santos. Governança corporativa de estatais: notas sobre o novo modelo adotado no Brasil (Lei nº 13.303/2016). **Boletim de Análise Político-Institucional: Empresas Estatais / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, n. 15, jul./dez., Brasília: IPEA, 2018, p. 61-71.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico** (org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 264-285.

\_\_\_\_\_.; Conversando sobre direito administrativo. *In* \_\_\_\_\_. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 25-54.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo ordenador**, São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo plural. *In* \_\_\_\_\_. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 153-178.

\_\_\_\_\_.; ROSILHO, André; LIANDRO, João Domingos. Preços artificiais dos combustíveis e responsabilidade da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, n. 58, abr./jun. 2017, p. 23-36.

\_\_\_\_\_. ; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A superação da condição de empresa estatal dependente. OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (coords.). **Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 793-829.

SUNSTEIN, Cass. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2014.

TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa: os paradigmas do novo contexto empresarial**. São Paulo: Atlas, 2019.

TÁCITO, Caio. As empresas estatais no direito brasileiro. \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Público**, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 679-690.

THALER, Richard H. Indo a público. *In* \_\_\_\_\_. **Misbehaving**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 335-340.

\_\_\_\_\_. ; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

TONIN, Mayara Gasparoto. Função social das empresas estatais. *In* FILHO, Marçal Justen (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 265-282.

\_\_\_\_\_. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TREBAT, Thomas J. **Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. **A qualidade da regulação no Brasil: análise a partir de indicadores de qualidade**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015.

WALD, Arnaldo. Parecer. In CARVALHOSA, Modesto; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros; WLAD, Arnaldo (orgs.). **A responsabilidade civil da empresa: contribuição à modernização e moralização do mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 81-171.

WATT NETO, Artur. **Petróleo, gás natural e biocombustíveis**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?**. Brasília: ENAP, 2018.

## II. NOTÍCIAS E MATÉRIAS DE JORNAIS E REVISTAS.

Agência Brasil. Com queda da Selic, BB e Caixa anunciam redução de taxas de juros. Revista Exame, matéria de 11.12.2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/com-queda-da-selic-bb-e-caixa-anunciam-reducao-de-taxas-de-juros/>, acesso em 11.12.2019.

GUIMARÃES, Marina. Petrobrás renova patrocínio do River Plate. **Exame**, 10.10.2010. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/petrobras-renova-patrocínio-river-plate-584860/>, acesso em 25.10.2019.



MACHADO, Juliana; e NEIRA, Ana Carolina. Investidor entra em alerta com Petrobras. **Valor Econômico**. Disponível em <https://www.valor.com.br/financas/6211431/investidor-entra-em-alerta-com-petrobras>, publicada em 15.04.2019, acesso em 11.09.2019.

MOURA, Renata. **A cronologia da crise do diesel, do controle de preços de Dilma à greve dos caminhoneiros**. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44239437>, publicada em 24.05.2018, acesso em 11.09.2019.

PAPP, Anna Carolina; PEREIRA, René. Bolsa família evita o colapso de cidades. **O Estado de São Paulo**, publicado em 05.02.2017. Disponível em disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bolsa-familia-evita-o-colapso-de-cidades,70001653194>, acesso em 26.12.2018.

PASSARELLI, Hugo. Doria lança pacotes de incentivos para montadoras em SP. **Valor Econômico**, publicado em 08.03.2019 <<https://www.valor.com.br/brasil/6150591/doria-lanca-pacote-de-incentivos-para-montadoras-em-sp>>, acesso em 19.03.2019.

ROMERO, Cristiano; OLMOS, Marli. SP dará desconto gradual de ICMS para montadoras. **Valor Econômico**, publicado em 19.03.2019, disponível em <<https://www.valor.com.br/empresas/6167297/sp-dara-desconto-gradual-de-icms-para-montadoras>>, acesso em 19.03.2019.

### **III. SÍTIOS ELETRÔNICOS E DOCUMENTOS INSTITUCIONAIS.**

#### **Agência Nacional de Energia Elétrica**

Nota Técnica nº 0043/2010-SRD/ANEEL, de 08.09.2010. Disponível em: [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf). Acesso em 17.09.2019.

Mariz de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.cfm>, acesso em 17.09.2019.

#### **Agência Nacional do Petróleo**

Boletim mensal da produção de petróleo e gás natural. Disponível em <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2395-boletim-mensal-da-producao-de-petroleo-e-gas-natural>, acesso em 02.11.2019.

### **[B]<sup>3</sup> - Bolsa, Brasil, Balcão**

Índice de sustentabilidade empresarial. Disponível em [http://www.b3.com.br/pt\\_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm](http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm), acesso em 20.10.2019.

Programa Destaques de Governança em Estatais. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/regulamento-ig-sest-4ociclo-versao-final.pdf>, último acesso em 10.01.2020.

### **Banco do Brasil**

DRS – Desenvolvimento Regional Sustentável. Disponível em <https://www45.bb.com.br/docs/ri/ra2010/port/ra/32.htm>, acesso em 02.11.2019.

Centro Cultural Banco do Brasil. Disponível em <http://culturabancodobrasil.com.br/sobre-o-ccb/>, acesso em 11.12.2019.

Demonstrações Contábeis do Exercício de 2016, disponível em <https://ri.bb.com.br/informacoes-financeiras/central-de-resultados/>.

Edital de Patrocínio CCBB 2019-2020. Disponível em <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/cessao-de-espaco-ccb/#/>, acesso em 11.12.2019.

Formulário de Referência de 2019, referente ao ano base de 2018. Disponível em [https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/33bbeb5f-a49b-488c-a096-2d56046a64a9\\_FR%202019.pdf](https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/33bbeb5f-a49b-488c-a096-2d56046a64a9_FR%202019.pdf), acesso em 11.12.2019.

Formulário de Referência de 2018, referente ao ano base de 2017. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/mz-filemanager/5760dff3-15e1-4962-9e81-322a0b3d0bbd/8b85a14b-f8f8-4003-a2e0->

[c969d6baad47\\_Formul%C3%A1rio%20de%20Refer%C3%Aancia%202018.pdf](#), acesso em 11.12.2019.

Programa Banco do Brasil de Patrocínios. Disponível em: <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/sobre-nos/patrocinius#/>, acesso em 11.12.2019.

Relatório Anual de 2014. Disponível em: <https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Relatório Anual de 2015. Disponível em: <https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Relatório Anual de 2016. Disponível em: <https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Relatório Anual de 2017. Disponível em: <https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Relatório Anual de 2018. <https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/sustentabilidade/>. Acesso em: 02 dez. 2019.

## **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES**

Programa de apoio financeiro a investimentos em fontes alternativas de energia elétrica no âmbito do PROINFA. Disponível em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/01\\_Programa%20de%20Apoio%20Financeiro%20do%20BNDES%20a%20Investimentos%20do%20PROINFA.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/01_Programa%20de%20Apoio%20Financeiro%20do%20BNDES%20a%20Investimentos%20do%20PROINFA.pdf) , acesso em 16.10.2019.

## **Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás**

Contratos e termos aditivos celebrados no PROINFA. Disponível em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/Extratos%20dos%20Contratos%20e%20Termos%20Aditivos%20Celebrados%20-%20Atualizado%20em%202007\\_2015.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/Extratos%20dos%20Contratos%20e%20Termos%20Aditivos%20Celebrados%20-%20Atualizado%20em%202007_2015.pdf) , acesso em 17.09.2019.

Contrato PROINFA Energia Eólica. Disponível em <https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/eol.pdf> , acesso em 17.09.2019.

Programa Anual do PROINFA – PAP 2019. Disponível em [https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/PAP\\_2019.pdf](https://eletrobras.com/pt/AreasdeAtuacao/programas/proinfa/PAP_2019.pdf) , acesso em 11.07.2019.

### **Comitê Interministerial Sobre Mudança do Clima**

Plano Nacional Sobre Mudança do Clima– PNMC. Disponível em Disponível em [https://www.mma.gov.br/estruturas/smcq\\_climaticas/arquivos/sumrio\\_executivo\\_pnmc.pdf](https://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/arquivos/sumrio_executivo_pnmc.pdf), acesso em 17.09.2019.

### **Fundação Getúlio Vargas**

Dicionário CPDOC. Verbetes Eletrobrás. Disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/eletrobras-centrais-elasticas-brasileiras-s-a>, acesso em 20.10.2019.

### **Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás**

Presença global. Disponível em <http://www.petrobras.com.br/pt/presenca-global/> , acesso em 02.11.2019.

Regulamento de Seleção Pública do Programa Petrobrás Socioambiental de 2018. Disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/REGULAMENTO-SELECAO-PUBLICA-2018.pdf> , acesso em 01.11.2019.

Relatório Anual 2016: Sustentabilidade. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/resultados-e-comunicados/relatorios-aneais/2016>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Relatório de Sustentabilidade da Petrobrás do ano de 2013. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/ptb/8717/RelatoriodeSustentabilidade2013Portugues.pdf> , acesso em 01.11.2019.

Resultado Seleção Pública Comunidades 2014 – Regional SP/Sul, disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/Resultado-Programa-Petrobras-Socio-Ambiental.pdf>, acesso em 01.11.2019.

Roteiro para a elaboração de projetos do Programa Petrobrás Socioambiental. Disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/files/pdf/Roteiro-elaboracao.pdf> , acesso em 13.11.2019.

Seleção Pública. Disponível em <http://sites.petrobras.com.br/socioambiental/selecoes-publicas/selecao-2018/> , acesso em 01.11.2019.

### **Royal Dutch Shell - SHELL**

Sustainability Report 2017, disponível em [https://www.shell.com.br/promos/sustainability-pdf/\\_jcr\\_content.stream/1527902724105/9ccd070aa9fb1782c05efb9d3c564a9a23f1cd4e/shell-sustainability-report-2017.pdf](https://www.shell.com.br/promos/sustainability-pdf/_jcr_content.stream/1527902724105/9ccd070aa9fb1782c05efb9d3c564a9a23f1cd4e/shell-sustainability-report-2017.pdf)

### **Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais –SEST**

Apresentação do 4º Ciclo do IG-SEST. Disponível em [http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/apresentacoes/apresentacao-igsest\\_4ciclo\\_fernando-soares.pdf](http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/apresentacoes/apresentacao-igsest_4ciclo_fernando-soares.pdf) , último acesso em 10.01.2020.

Regulamento do Indicador de Governança Corporativa – IG-SEST. Disponível em: em <http://www.planejamento.gov.br/empresas-estatais-igsest/regulamento-ig-sest-4ociclo-versao-final.pdf> , último acesso em 10.01.2020.