

6

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E PODER DE POLÍCIA

Fernando Humberto dos Santos

1. O REGIME JURÍDICO DAS ESTATAIS

Prestar à comunidade serviços que devem satisfazer às necessidades do administrado, sejam primárias ou secundárias, é a primordial atribuição da gestão pública. Algumas são próprias do Estado, como segurança, saúde e higiene públicas. Outros serviços são descentralizados. Os primeiros são considerados essenciais e diretamente prestados pelo Estado, diante de sua importância no contexto social. Para Edimur Ferreira de Faria, os serviços públicos devem ser considerados essenciais ou não essenciais.

Da primeira categoria são os serviços prestados pelo Estado, diretamente, em razão de sua importância no contexto social. São exemplos de serviços indelegáveis: a prestação jurisdicional, a defesa nacional, a segurança interna, a preservação da saúde pública, a fiscalização e outros que dependem do poder de império ou do poder de polícia para que sejam prestados. (*Curso de Direito Administrativo Positivo*, p. 355, 4. Edição, 2001. B. Horizonte: Del Rey).

Para o desenvolvimento objetivo da tese aqui esposada parece-me necessário cuidar da ideia da descentralização dos serviços públicos, pois as obrigações do Estado, diante das modernas relações jurídicas e das crescentes necessidades dos administrados, acarretaram-lhe uma sobrecarga funcional e o gigantismo de suas estruturas, com forte im-

pacto econômico dos custos a combalir a receita, provocar lentidão a afetar a eficiência da prestação. De há muito que se denomina esta circunstância como sendo “a crise administrativa do estado”. Desta forma, justifica-se a descentralização administrativa como a alternativa para, atribuindo competências a outros entes públicos, alcançar melhor e mais efetiva prestação dos serviços em evidente alívio da máquina estatal quanto ao peso e imobilismo incômodos.

O serviço descentralizado consiste na transferência da execução às autarquias, fundações, empresas estatais, privadas, de economia mista ou a particulares. Pode ocorrer por outorga (caso da BHTRANS), ou por delegação, quando realizada através de contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização). O Estado, em todos esses casos, continua com a responsabilidade por determinado serviço e permanece com a sua titularidade. No primeiro caso, e no caso dos convênios, porque não há terceirização, mas transferência de competência junto aos próprios órgãos. No segundo caso porque o delegado assume o dever de prestar o serviço e o faz segundo os parâmetros fixados e alteráveis pelo poder público. A delegação, o que não é o caso aqui tratado, é estipulada por tempo definido e caráter transitório. Apesar de estar sendo prestado por entidade não governamental, mesmo privada, o serviço público estará sempre sujeito ao regime jurídico, regulamentação e controle do poder público.

Autarquia é a própria extensão do Estado com atribuição específica. Empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, de capital exclusivamente público, mas com atuação em área de interesse privado. A sociedade de economia mista é pessoa jurídica igualmente de direito privado. É paraestatal que deve submeter-se ao Estado, na sua administração, por força de seu objeto, sempre de interesse público. Integra a administração indireta, da mesma forma que as demais.

A princípio distingue-se a empresa pública da sociedade de economia mista porque na primeira o capital é exclusivo das entidades governamentais, enquanto na segunda existe a possibilidade de participação de particulares na reunião de recursos para a realização de uma finalidade, quase sempre, econômica. Justifica sua existência a insuficiência de recursos para o estado aplicar num determinado

empreendimento que, direta ou indiretamente, apresenta interesse social. A ele se associam os particulares. Esses motivados pelo lucro.

De economia mista é, sempre, uma *sociedade anônima*, por força do artigo 5º, do Decreto-lei 200, na redação que lhe impôs o Decreto-lei 900/69. Não tem os privilégios das pessoas de direito público, sem isenções fiscais e foro privilegiado. A participação do estado pode ser majoritária ou minoritária, no entanto, mais da metade das ações com direito a voto devem pertencer-lhe, com o objetivo de conservar, para ele, o domínio do destino da empresa. Seu pessoal é regido pela CLT. Não são servidores públicos. Espécie de sociedade regida, então, pelo direito privado, de tal forma que sua personalidade não se confunde com a das pessoas que integram o seu capital. Ensina João Eunápio Borges que:

O objeto da sociedade anônima há de ser sempre de finalidade lucrativa. De natureza civil ou mercantil, mas sempre de fins econômicos ou lucrativos. (*Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 386)

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles:

Como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o estado tem interesse na sua execução, mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento. O Poder Público incentiva e faz realizar, assim, atividades úteis aos seus próprios serviços, ou ao público em geral, nos setores em que sua atuação direta seria *desaconselhável*. Grifei. (*Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo: Malheiros, 21. Edição, p. 332)

Edimur F. de Faria discorda de Hely Lopes Meirelles, quando admite que a sociedade mista possa vir a ser criada para prestação de serviços públicos como atividade não econômica:

Essa posição não é de fácil sustentação, visto que o art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/67, define a empresa mista como entidade des-

tinada à exploração de atividade econômica. A conjugação desse dispositivo com o art. 173, da constituição da República conduz ao entendimento de que a sociedade de economia mista deve ser criada para atuar no campo econômico. (Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 91- 4. Edição – 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte).

Traz consigo boa companhia. Nestas sociedades

(...) se reúnem e se harmonizam os princípios da economia capitalista e individualista – que tem por fim o lucro pessoal – com os da economia coletiva e dirigida – que busca o bem geral – assegurando-se à direção da empresa uma forma nitidamente mercantil (...) (Oscar Saraiva – artigo na Revista Forense n. 100, p. 234).

A Sociedade Anônima guarda características próprias. Regida pelo direito privado, da mesma forma que qualquer outro tipo de sociedade comercial constitui-se em empresa, de tal forma que sua personalidade não se confunde com a das pessoas que integram o seu capital. Esse o princípio da separação do patrimônio da sociedade e dos sócios ou acionistas. Remonta ao período histórico do mercantilismo a ideia desta forma de união do capital de pessoas para construir, armar, equipar e manter um navio para as viagens ultramarinas e o comércio marítimo. Quando se formou, na Holanda do século XVII, ambas as Companhias das Índias houve coleta de capital entre o povo e diante do número elevado de associados, o capital foi dividido em partes, na forma do que hoje conhecemos por ações. Desde então, esta nova forma de personalidade que se desenvolveu com sucesso no mundo econômico permitiu a grande expansão industrial dos fins do século XIX, refletindo-se brilhantemente na economia mundial até os dias de hoje.

A rigor, os tratadistas do direito Comercial referem-se às sociedades de economia mista no universo das S.As. Para Vinícius Gontijo, comercialista de escol:

A necessidade de obtenção do lucro se escancara também para as sociedades de economia mista com a revogação, pela Lei n. 10.303/2001, do art. 242 da LSA, que vedava a declaração da falência destas entidades, quando competia ao agente instituidor aportar os recursos necessários para evitar isso.

É ele ainda que, referindo-se ao artigo 206, b, da Lei das S.A., inciso II, b e citando Roberto Carvalhosa, aprofunda-se na necessidade de que toda S.A. seja lucrativa, sob pena de ser dissolvida.

O conceito de fim social, cuja realização é requisito de continuidade da companhia, traduz-se como capacidade de realização de lucros a serem distribuídos aos acionistas. A apuração de lucros distribuíveis e efetivamente a serem distribuídos aos acionistas é da essência da sociedade anônima. E esse princípio fundamental está reforçado na lei vigente pela distribuição obrigatória de dividendos prevista nos seus arts. 202 a 205. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 62)

E arremata, com propriedade:

A necessidade de obtenção do lucro se escancara também para as sociedades de economia mista com a revogação, pela Lei n. 10.303/2001, do art. 242 da LSA, que vedava a declaração da falência destas entidades, quando competia ao agente instituidor aportar os recursos necessários para evitar isso. Agora, como já se sabia e constata-se com a revogação do art. 242 da LSA, as sociedades de economia mista têm de obter lucro para distribuir aos seus acionistas e, também, para não terem sua falência declarada, cabendo aos administradores da companhia a responsabilização normal se não atenderem aos fins da sociedade e mesmo caberia ao ente que a instituiu na condição de acionista controlador (Vinícius Gontijo)

Para Osmar Brina:

Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas (art. 239, parágrafo único, LSA). A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os mesmos deveres e responsabilidades de acionista controlador, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação (art. 238). (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 497.)

Com efeito, após o advento da Lei 10.303/01 e a revogação expressa do artigo 242, da Lei das S.A., restou extinta a impossibilidade de falência das sociedades de economia mista, bem como de ausência de responsabilidade subsidiária de suas controladoras por suas obrigações.

Art. 10. São revogados o art. 242, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e os arts. 29 e 30, da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Muito antes (por volta de 1970) Rubens Requião já pregava a necessidade de reforma de alguns pontos da Lei das S.A para deixar a Sociedade de Economia Mista mais apropriada a seus fins, diante da nova economia de mercado das últimas décadas (Curso de Direito Comercial – 11. Edição – 1982 – Saraiva – Vol. 2, p. 37). E dizia:

quem considera a sociedade de economia mista uma entidade destinada a atividade de natureza mercantil sob a forma de sociedade anônima é a própria lei de reforma administrativa. (autor e obra citados).

Os Administrativistas, de um modo geral, cuidam da matéria junto às Autarquias, Empresa Pública e Fundações regidas pelo interesse público. Tratam-na, como Hely Lopes Meirelles, somente como instrumento da descentralização administrativa, advertido que está ela, quando exerce atividade econômica condicionada a fazê-la em igualdade de condições com a iniciativa privada.

Mas isto não impede que o Estado trespasse à sociedade de economia mista serviços públicos compatíveis com a natureza da instituição, mesmo que não consubstanciem atividades econômicas, e, neste caso, pode operá-los em condições diversas das da iniciativa privada, pois não haverá qualquer ofensa à ordem econômica e social. (Direito Administrativo Brasileiro – 21. Edição – Malheiros – 1990 – p. 334).

Como já dissemos, linhas atrás, esse entendimento de Hely Lopes Meirelles, por certo, estabelecido antes da Emenda Constitucional 19/98 valeu a crítica de Edimur Ferreira de Faria, para quem não teria personalidade jurídica adequada para tais serviços a sociedade de economia mista, pois o capital privado não se interessaria por participar de um ente que não estivesse voltado para o lucro. E arremata:

O § 1º do art. 173 da lei Maior, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n. 19/98 cristaliza este nosso entendimento ao dispor: 'A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou de comercialização ou de prestação de serviços, dispondo sobre':

O serviço referido no novo texto constitucional não é serviço público, mas atividade econômica ao lado da atividade de produção e comercialização. **Para a prestação de serviços públicos pelo**

Poder Público deve ser criada autarquia ou fundação. (grifei).
(Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 91 – 4. Edição
– 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte).

De outro enfoque, anterior, mesmo, à emenda 19/98, parte da doutrina entende que o próprio caráter misto do capital da sociedade de economia mista, por si só, já pressupõe que esta empresa não pode ser submetida de forma integral ao regime privatístico. Está na própria essência desta empresa o conflito público-privado. Neste passo, a lição de José Cretella Júnior:

Com efeito, os fins visados pelo sócio-Estado são radicalmente opostos aos fins pretendidos pelo sócio-particular. O sócio-Estado objetiva alcançar o interesse público, no mais alto grau. O sócio-particular objetiva o lucro pessoal, se possível a curto prazo. (Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense, 14. edição, 1995, p. 52.)

Por seu turno, José Afonso da Silva demonstra que a liberdade de iniciativa, na ordem econômica constitucional, está delimitada pelo regramento estabelecido pelo Poder Público:

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores de empresa privada. É claro que (...) numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público. (Curso de Direito Constitucional Positivo 5. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 550)

2. A DOCTRINA BRASILEIRA E O PODER DE POLÍCIA

Segundo Cretella Júnior, é um “conjunto de poderes coercitivos exercidos ‘in concreto’ pelo Estado, sobre as atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades.” Mas pode ser entendido também como sendo “o conjunto dos atos de execução dos regulamentos, (...) bem como das leis.”

Para Hely Lopes Meirelles é a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades, direitos individuais, em benefício da coletividade ou do

próprio Estado” (Direito Administrativo Brasileiro, 21. ed., Malheiros ed., SP, p. 115).

Ensina o professor Edimur Ferreira de Faria sobre a competência para o exercício da polícia administrativa:

Inicialmente, é oportuno registrar **que só a Administração direta**, nas três esferas da Administração Pública, e as autarquias têm competência para exercer a polícia administrativa. Hoje, as fundações de direito público, por serem verdadeiras autarquias, parecem ter legitimidade para desempenhar essa função. As demais entidades integrantes da Administração indireta e as concessionárias de serviços públicos não têm legitimidade para exercer a polícia. (Curso de Direito Administrativo Positivo – p. 204 – 4. Edição – 2001. Editora Del Rey – B. Horizonte). grifei.

As sanções de polícia são medidas punitivas que acompanham o poder de polícia, indispensáveis a sua eficiência, em virtude da natureza coercitiva deste, sem as quais não teria sentido a sua existência, porque não se conseguiria o fim público almejado. Assim ensina Álvaro Lazzarini, em Estudos de Direito Administrativo, Ed. RT, 1ª ed., p. 197.

Portanto, sendo o Poder de Polícia uma parcela direta do exercício das autonomias dos entes federativos, integrante da ordem pública, diretamente interventiva nos direitos fundamentais do indivíduo e tendo as bases do interesse público e a supremacia deste sobre o do particular como fundamentos, não pode ser delegado a terceiros, estranhos da autonomia dotada pela Constituição Federal.

Citemos uma vez mais Álvaro Lazzarini:

O Poder de Polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades. (idem, p. 203).

O Poder de Polícia, por sua extensão e amplitude, bem como pelos seus atributos – auto-executoriedade, coercibilidade e discricionariedade – não pode estar nas mãos de pessoas não integrantes da Administração Pública, com interesses diversos, pois, ao menos em tese, não pactuados com os elevados interesses públicos que o legitimam.

Bem por isso é possuidor de limites e os excessos acarretam responsabilidades civis, administrativas ou penais, a quem deles abusar. Nesses limites, dentre outros, encontram-se:

Como todo o ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo em relação aos motivos ou ao objeto:... (Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 3. ed., p. 92).

Se os detentores das ações da Sociedade de Economia Mista que vêm exercendo Poder de Polícia são apenas pessoas jurídicas de direito público ou empresas públicas, nem por isso deixa de ser empresa privada a sociedade mista. É uma S.A. e suas ações podem, muito bem, ser alienadas a particulares, bastando haver autorização legislativa. Nem mesmo se exige que a maioria delas fique nas mãos do município. A maioria do capital votante é que lhe deve ser conservado. Convenhamos que, na onda de privatização existente, uma sociedade mista lucrativa sempre será alvo do interesse e da cobiça da iniciativa privada.

O Desembargador Rogério Medeiros Garcia de Lima, doutor em Direito Público pela UFMG, em artigo há algum tempo publicado no jornal Estado de Minas, adverte sobre o mau emprego do poder de polícia, até mesmo por órgãos próprios da administração direta. Diz ele:

O fundamento do poder de polícia é, portanto, a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Daí já ter decidido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o poder de polícia existe para a “defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado”.

A finalidade da aplicação das multas deveria ser a garantia da segurança do trânsito e a punição pedagógica dos motoristas infratores. Quando, porém, as multas são arrecadadas como atividade empresarial, com fins lucrativos, desvirtua-se o legítimo exercício do poder de polícia. Em vez de visar o interesse público, passa-se a satisfazer o interesse comercial de empresários, consorciados com o Poder Público.

Isso explica o posicionamento insidioso dos radares nas rodovias e vias urbanas. São posicionados sempre nos trechos retilíneos, locais de pouco acidentes. Ficam camuflados nos matagais. Não há intuito de interesse público, ou seja, de impor respeito às re-

gras do Código Nacional de Trânsito, prevenir acidentes e garantir a incolumidade dos cidadãos. Onde há lucro, pode haver corrupção.” Destaquei.

Ora, o poder de polícia, como se sabe, é poder indelegável. Ou o estado o exerce através de órgãos próprios, ou não pode ser exercido, senão em condições especialíssimas e previstas em lei. O que, evidentemente, não é o nosso caso. – E porque não é o nosso caso? Por que a Lei 9.503/97 (CBT) ao mencionar a possibilidade de delegação das atividades previstas no Código (art. 25) somente se refere àquela ocorrida entre os próprios integrantes do sistema ou a outros órgãos administrativos que, mesmo que dele não façam parte, possam exercer o poder de polícia; é o caso, por exemplo, das Polícias Militares, integrantes do sistema de administração direta, porque o exercício do poder de polícia visa atividade própria da administração, serviços públicos fundamentais para a população, como o é o serviço de segurança do trânsito.

Ora, ainda que se admitisse a possibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, a própria natureza do convênio ou do contrato desfiguraria qualquer possibilidade de ser realizada, pois o particular tem objetivo diverso do que a própria eficiência, segurança e bem estar das pessoas, no espaço público urbano ou não. A empresa privada necessita da contraprestação pelo exercício da atividade fiscalizadora e por isso prioriza o lucro.