

Pareceres

PRIVATIZAÇÃO PARCIAL DA CEMIG — ACORDO DE ACIONISTAS — IMPOSSIBILIDADE DE O CONTROLE SOCIETÁRIO SER COMPARTILHADO ENTRE O ESTADO DE MINAS GERAIS E O ACIONISTA ESTRANGEIRO MINORITÁRIO

LUCIA VALLE FIGUEIREDO

Consulta

Relata-nos a Sra. Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais que o Poder Executivo Estadual foi autorizado pela Lei 11.968/95 a alienar ações da Companhia Energética de Minas Gerais — CEMIG, desde que mantivesse participação majoritária no capital votante da citada companhia.

Esclarece, ainda, que a CEMIG, resultante da mudança de denominação de “Centrais Elétricas de Minas Gerais — CEMIG”, pela Lei 8.655/84, é sociedade de economia mista, que tem o Estado de Minas Gerais como acionista controlador, por ter participação majoritária, desde sua criação pela Lei 828, de 14 de dezembro de 1951.

Nesta ocasião (Lei 8.655/84), seu objeto social foi ampliado, conforme os termos do art. 2º, que transcrevemos:

“Art. 2º. A CEMIG passará a desenvolver atividade nos diferentes campos da energia, em qualquer de suas fontes, com vistas à exploração econômica, construindo e operando, dentre outros, sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

“§ 1º. O prazo de duração da sociedade é indeterminado.

“§ 2º. O Estado deterá sempre a maioria das ações com direito a voto” (grifamos).

Ainda, nos termos do parágrafo único do art. 6º da mesma Lei, a CEMIG, como concessionária da União, deveria respeitar a regulamentação federal no tocante aos serviços e contratos, que alcançasse a empresa.

Diz, ainda, que o Estado, nos termos da autorização legislativa, transferiu para a MGI-Participações S/A 32,94% do capital votante da CEMIG, permanecendo ainda com a maioria das ações ordinárias.

A autorização legislativa está nos seguintes termos (Lei 11.968/95):

“Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a alienar ações preferenciais e ordinárias de propriedade do Estado que integram o capital social da Companhia Energética de Minas Gerais — CEMIG — e do Banco do Estado de Minas Gerais S/A — BEMGE.

“§ 1º. Excluem-se da alienação de que trata este artigo as ações que asseguram a participação majoritária do Estado do capital votante da CEMIG e do BEMGE.

“§ 2º. Os recursos obtidos com a venda das ações serão destinados ao pagamen-

to da dívida pública e à execução de programas sociais previstos no Plano Plurianual de Ação Governamental."

A MGI de fato emitiu debêntures, que tiveram como garantia a participação acionária na CEMIG e foram integralmente subscritas pelo BNDES.

A MGI e o BNDES colocaram à venda, em leilão, as debêntures, "facultando" ao adquirente a transformação das debêntures da MGI em ações da CEMIG e, simultaneamente, a possibilidade de celebrar "Acordo de Acionistas" com o Estado de Minas Gerais, como previsto no art. 118 da Lei das S/A (Lei 6.404, de 15.12.1976).

Embora o Estado tenha mantido a maioria do capital votante, todavia transferiu indiretamente, por meio do dito "Acordo de Acionistas" parcela do controle, existindo, inclusive, direito de veto por parte dos "acordantes".

Alegou-se, ainda, em contestação na ação popular, instaurada com o objetivo de anular referido leilão e impedir a assinatura do Acordo de Acionistas (previsto no edital de leilão), segundo a Sra. Procuradora-Geral, "direito discricionário", pois o dito acordo trataria de questões pertinentes à gestão da companhia.

Em seguida formulou os seguintes quesitos:

1. Em face do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, e, portanto, às sociedades de economia mista com capital majoritário do Estado, se não for expressamente permitida a celebração do Acordo de Acionistas, é esse válido?

2. Qual a finalidade do "Acordo de Acionistas"?

3. A gestão compartilhada faz com que, efetivamente, o acionista controlador, que deve ser o Estado de Minas Gerais, perca os poderes reais de mando?

4. É possível prever-se, sendo o Estado o acionista majoritário, a arbitragem, afastando-se assim o Poder Judiciário, como expressa na cláusula 15.2 do mencionado "Acordo"?

5. Poderia ser invocada a boa-fé, princípio geral de direito, e, também princípio do direito administrativo pela empresa estrangeira, compradora das ações, boa-fé essa, de tal maneira forte, que impossibilitasse a anulação do contrato administrativo? Ou, então, que ensejasse a convalidação de contrato viciado?

Parecer

A análise da consulta feita leva à necessidade de se colocarem as diferenças dos regimes jurídicos de direito público e de direito privado, como, também, ao exame do regime das empresas estatais como administração indireta do Estado.

Deveras, deve acentuar-se o regime dessas empresas, que não se parifica ao regime de direito privado.

Note-se, todavia, que o exame será procedido, obviamente, sem levar em consideração a Emenda Constitucional 19, de junho de 1998, bastante posterior aos fatos trazidos à consideração.

Assim, devemos, inicialmente, ainda que sumariamente, trazer a contexto os traços essenciais dos dois regimes jurídicos: o de direito público e o de direito privado.

Regime de Direito Público e de Direito Privado

1. Desde o direito romano é feita a distinção entre direito público e direito privado. Embora tal divisão venha se esmaecendo, temos de reconhecer que os princípios informativos do chamado "direito público" são diferentes dos que norteiam o "direito privado".

Podemos dizer que o direito é uno, mas não podemos, de igual modo, afirmar que, quando o Estado está em campo (e obviamente estamos a falar de um Estado de Direito), não proceda diferentemente da atuação dos entes privados.

A aquisição da personalidade jurídica, na verdade, transforma as pessoas em centro de imputação e, assim entendido, quando este centro de imputação se coloca

na relação jurídica direito-dever, ou seja, no exercício de função, e, em que uma das pontas do binômio está o Estado, determinados princípios afloram e, com estes, um conjunto de regras com características próprias. Em suma, a relação fundamenta-se em princípios diferentes.

2. Portanto, ter personalidade de direito público equivale, sem dúvida, a sujeitar-se à imputação do regime de direito público, cujos pontos nucleares estão na supremacia do interesse público e em sua indisponibilidade.

Se existem regimes jurídicos diversos, podemos dizer que a distinção formal entre direito público e privado é, pelo menos, útil, no sentido de que o intérprete, ao decodificar determinados conceitos, terá, evidentemente, de alargar ou estreitar sua “moldura”, atendendo aos princípios basilares de um ou de outro regime, na análise dos institutos jurídicos.

O regime jurídico a que se submetem as pessoas de direito público, e que correspondem ao regime jurídico-administrativo, tem, em síntese, as peculiaridades que apontaremos a seguir, trazendo à evidência os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público.

Princípio da legalidade

3. A Administração somente pode fazer o expressamente autorizado por lei, e, diríamos nós, na verdade, no ordenamento jurídico. A Administração deve agir absolutamente coarctada pelos termos da lei, ou seja, agir sempre *secundum legem*, jamais *praeter legem*.

De seu turno, os particulares podem fazer tudo o que a norma não proibir. Tal distinção será fundamental para o entendimento do tema a enfrentar, tal seja a possibilidade de pactuar o “Acordo de Acionistas”, que, sem dúvida, constituiu-se em negócio jurídico, sem expressa autorização legal, se é que ela poderia existir.

Supremacia do interesse público

4. De logo, cabe-nos explicitar que, embora haja conceitos indeterminados, todavia, detêm eles núcleo mínimo de compreensão, sendo que sua conotação e denotação deverão ser extraídas das normas e dos princípios informadores do sistema.

Destarte, seu conteúdo será dado à luz do instituto que se examina, no caso concreto, em face do ordenamento jurídico.

“Interesse público”, infelizmente, é um desses conceitos, ou termos, como preferem alguns, que são tratados como se fossem despidos de qualquer conteúdo e passíveis de receber aquele que se lhes queira emprestar.

Não se pode desconhecer que o sistema nos dá possibilidade de extrair os pontos nodulares necessários a confinar esse conceito.

Portanto, o “interesse público”, que deve estar em jogo, é aquele que a lei, ou melhor dizendo, as normas legais, demarcaram para que fosse perseguido pelas pessoas de direito público.

Note-se e remarque-se: *as pessoas de direito público não têm vontade — como os particulares — mas, sim, competências a implementar.*

Indisponibilidade do interesse público

5. O corolário lógico do princípio da supremacia do interesse público é o da indisponibilidade desse interesse.

O administrador, a quem compete velar pelo interesse público, está, ao mesmo tempo, rigorosamente adstrito à regra de competência. É o poder-dever, como diz Renato Alessi.

De conseguinte, o administrador deve agir não apenas conforme à norma, mas numa “aderência capilar”¹ à determinação normativa.

1. Cf. Renato Alessi, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, p. 47.

O ente público sem competência política, à diferença do privado, é constituído por lei e, também, por lei é desfeito. O mesmo acontece com as empresas estatais e fundações públicas.

Esta é a primeira distinção básica entre as pessoas ditas de direito público e as de direito privado.

6. Acentuando as características das pessoas privadas, Celso Antônio Bandeira de Mello,² em primoroso trabalho dá os traços tipificadores: a) origem na vontade do particular; b) fim geralmente lucrativo; c) finalidade de interesse particular; d) liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins; e) liberdade de se extinguir; f) sujeição ao controle negativo do Estado ou a simples fiscalização; g) ausência de prerrogativas autoritárias.

De outra parte, ainda consoante o mesmo autor, caracterizam as pessoas públicas: a) origem na vontade do Estado; b) fins não lucrativos; c) finalidade de interesse coletivo; d) ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos; e) impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; f) sujeição a controle positivo do Estado; g) prerrogativas especiais para satisfação dos interesses públicos.

Não seria demais afirmar que o ente público também pode praticar atos de direito privado, quando a isso estiver expressamente autorizado por norma de direito público, portanto, tais atos não de sofrer, por esse fato, também o influxo do regime de direito público.

7. Deve-se enfatizar que o Estado só faz aquilo que a lei lhe permite, em oposição ao particular, que faz tudo aquilo que a lei não lhe proíbe.

A atividade administrativa é desenvolvida de maneira direta ou indireta, isto quer dizer, ou temos somente um centro investi-

do de poderes, que apenas os desconcentra, ou seja, transfere funções dentro da mesma estrutura, ou temos pessoas distintas do centro, que desenvolverão também atividade administrativa.

Portanto, a Administração atuará diretamente por meio de seus órgãos e agentes, apenas desconcentrando o plexo de competências que são, por lei, atribuídas, ou determinadas competências, também, por lei, podem ser a ela negadas e cometidas a outros centros dotados de personalidade própria, quando, então, atuará indiretamente.

Nesse último caso, esses entes estatais, a quem também incumbirá a satisfação do interesse público, agirão em nome próprio, sob a tutela do Estado. O regime jurídico, a que se irão submeter, dependerá, efetivamente, da lei que os criar ou autorizar sua criação.

De toda maneira, se tais entes agem apartados do centro e com personalidade própria, portanto, como "centros" de imputação, podemos dizer que também praticam função administrativa,³ em seu sentido mais amplo.

E, especificamente com relação às empresas estatais, durante anos foram elas fonte de perplexidade.

Jean Denis Brédin,⁴ estudando as empresas públicas e verificando a dificuldade de enquadrá-las adequadamente em determinado regime jurídico, fez a seguinte aver-

3. Conceituamos função administrativa, como segue: "A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário" (Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 3ª ed., revista e atualizada, 1988, pp. 31-32).

4. Cf. Jean Denis Brédin, *L'Entreprise Semi Publique y Publique et de Droit Privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, pp. 129 e 5.

2. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Personalidade de Direito Público", *RDP* 1/115-144.

bação: "Nos confins do direito privado e do direito público, nesta zona movediça, indefinível".

E é nessa zona movediça que teremos de examinar a consulta.

Regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista

8. A importância de examinarmos, pelo menos, alguns traços do regime das empresas públicas e sociedades de economia mista, prende-se ao fato de que o suporte da classificação dessas entidades, sob o prisma de sua personalidade jurídica, ou seja, sua *forma de direito privado*, traz enormes repercussões jurídicas.

Por isso mesmo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao tratar das empresas estatais, coloca, de maneira escorreita, que as pessoas jurídicas de direito privado, criadas pelo Estado, apresentam diferenças em relação às outras pessoas de direito privado, surgidas da vontade de particulares.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são autorizadas por lei para se constituírem e se extinguírem.

Um de seus traços característicos é que devem, necessariamente, *perseguir o próprio escopo*: isto é, criadas pelo Estado para determinado fim, encontram-se coarctadas pela finalidade definida pela lei criadora.

O fenômeno é explicável. O Estado, por meio de seus entes políticos, pode autorizar a criação de sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias ou fundações, enfim de qualquer outro ente, apenas para a consecução de finalidades com características públicas.

Se não, vejamos. O texto constitucional, da Emenda 1, de 1969, já era bastante claro, ao fixar, no art. 170, que "às empresas privadas compete, *preferencialmente*, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas" (grifamos).

Demais disso, o § 1º do supra-referido artigo, reforçando a definição do *caput*, estabelecia que: "Apenas em caráter suple-

mentar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará a atividade econômica".

A Constituição de 1988, sob a égide da qual foi autorizada a venda das ações em questão, *desde que o Estado se conservasse majoritário*, não inovou grandemente sob esse aspecto, pois afirmou que:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

"§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

"§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

"§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

"§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

"§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular" (redação sem a Emenda 19/98).

Todavia, a mudança foi razoavelmente grande, nesta Constituição de 1988, ao se inserirem as empresas públicas e sociedades de economia mista no capítulo da Administração Pública, submetendo-se-as aos mesmos princípios imperativos a essa.

São eles, antes da Emenda 19/98, que a eles acrescentou o princípio da *eficiên-*

cia: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, princípio da licitação, da acessibilidade de cargos públicos e, ainda outros, embora não explícitos nesse art. 37, e de grande importância, como, por exemplo, motivação, razoabilidade, legitimidade, economicidade etc.

É verdade que, durante bom tempo, discutiu-se a possibilidade de Estados e Municípios criar empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda se não fossem exclusivamente prestadoras de serviços públicos.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como as autarquias municipais e estaduais, devem ser criadas *por lei*, não porque seja esse o padrão referencial federal, definido pelo Decreto-lei 200/67, mas sim porque as competências a elas atribuídas são, originariamente, do Município e do Estado.

9. Isso porque tais serviços são cometidos a esses entes estatais por lei, uma vez que ao Executivo cabe, apenas, sua fiel execução (art. 84, IV, da Emenda 1, de 1969, e art. 84, IV, da Constituição de 1988).

Tudo aquilo que por lei, inicialmente, é atribuído, somente por lei poderá ser concedido ou transferido.

Assim, é o ente político que, por lei, constitui ou autoriza a criação de outro ente administrativo, retirando do centro, isto é, descentralizando, competências que, originariamente, eram detidas por ele.

10. Se de uma parte, cabe ao Estado, como uma de suas funções essenciais, a organização e prestação dos serviços públicos, é irretorquivelmente competência da iniciativa privada a exploração da atividade econômica com objetivo de lucro. Por isso mesmo, a interferência na ordem econômica somente encontraria guarida diante daqueles pressupostos constitucionais já citados (art. 173 da CF).

Por definição, aquele que empreende atividade econômica assim o faz com o fito inequívoco de lucro. O lucro não é proibido ao Estado, quando o serviço não é es-

sencialmente público, porque possível de ser prestado mediante concessão ou permissão.

Claro é, entretanto, que essencialmente para prestação de serviço público, não haveria restrições.

II. Entretanto, a criação de entes descentralizados é feita de tal sorte, que estes não se separam completamente do centro, como se estivessem ainda unidos por um cordão umbilical representado pelos controles exercidos pelo "centro" de controles internos, feitos por meio de tutela *a priori* e *a posteriori*, e controles externos, executados pelos Tribunais de Contas, como auxiliares do Poder Legislativo — nos termos do art. 70, parágrafo único, do Texto Constitucional.

Convém enfatizar que, a nosso ver, só há sociedade de economia mista (*de interesse para o Direito Administrativo*), quando o Estado participa da sociedade, utilizando-se de prerrogativas especiais, *interferindo na gestão dessa sociedade e alocando recursos não apenas na qualidade de sócio, mas na de interessado pelo seu destino*.⁵

Assim, embora a mera conjugação de capitais públicos e privados, numa acepção

5. Neste mesmo sentido encontram-se as opiniões de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, A. B. Cotrim Neto, Eros Grau, José Cretella Jr. e Waldemar Ferreira, dentre outros. Essas opiniões podem ser colhidas nas seguintes obras dos autores, respectivamente: *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 687 pp. e v. 2, 586 pp.; *Prestação de Serviço Público e Administração Indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1973, 189 pp.; *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 333; "Teoria da empresa pública de sentido estrito", *RDA* 111/21-56; "Considerações a propósito das sociedades de economia mista", *RDP* 17/113-132; *A Sociedade de Economia Mista*, Max Limonad, 1956.

Aliás é praticamente coesa a doutrina brasileira no entendimento de que, se não houver traços peculiares, distintos dos traços comuns das sociedades por ações, não há sociedade de economia mista. Haverá, isto sim, mera conjugação de capitais públicos e particulares.

ao pé da letra, pudesse, aparentemente, constituir sociedade de economia mista, não seria dela que tratamos, porém, sim, de sociedade que é prestadora de serviço público, criada para esse fim específico⁶ e, posteriormente, concessionária da União.

O problema da fiscalização dessas entidades governamentais

12. Por um lado, submetem-se esses entes estatais ao controle do Executivo da entidade que detém exclusiva (se empresa pública) ou majoritariamente o capital e, por outro, a fiscalização do Tribunal de Contas da respectiva entidade política.

É acentuada a interferência do setor público nesses elementos instrumentais de sua política de descentralização.

A classificação dessas entidades no direito privado deu a elas uma etiqueta, cujo conteúdo não está, na verdade, em exata correspondência com o regime jurídico-positivo em que vivem, pelo menos, no que concerne ao que conhecemos por regime de direito privado.

O fato de serem submetidos a uma fiscalização interna do Estado aparta esses entes da sujeição exclusiva a um regime de direito privado, pois, consoante observamos, uma grande margem de liberdade seria imanente a esse regime.

A par disso, a fiscalização do Tribunal de Contas, a que se devem submeter, ainda que colocada nos seus justos contornos, também constitui outro traço indica-

dor da discrepância do regime de direito privado dessas entidades.

Waldemar Ferreira, ao se referir às sociedades de economia mista, averbou: "Interferindo nela o poder público como acionista, e acionista preponderante, ao lado dos acionistas comuns, pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, ela é, só quanto à forma, sociedade anônima (...)".

E mais adiante: "(...) O legislador pode dizer que uma pessoa é de direito privado mas, se, ao depois a regulamenta seguindo os princípios de direito público aquela declaração não terá efeito prático".⁷

Interessa assinalar que é competência da União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, b, da CF) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

E o art. 175 do Texto Constitucional dispõe: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

13. Foi importante colocar os traços essenciais do direito público para que se possa, ao consultar a Lei das S/A, procurar os limites de interferência do direito administrativo e verificar as possibilidades de aplicação do direito privado nas sociedades de economia mista.

As sociedades de economia mista estão previstas na Lei das S/A em seu Capítulo XIX (arts. 235 a 242).

Dispõe o art. 235: "Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. § 1º. As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários" (grifamos).

7. Waldemar Martins Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista*, pp. 65 e 66.

6. Nesse mesmo teor, encontramos os seguintes acórdãos:

Supremo Tribunal Federal: RE 91.035, j. 26.6.1979.

"Ementa: *Sociedade de economia mista*. Com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do poder público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista. Legislação Federal — Decreto-lei 200/67, art. 5º, I e III; Decreto-lei 900/69, art. 5º, I. Obs.: votação unânime. Resultado: conhecido e provido. Veja RE 79.840-RJ, RTJ 75/208, j. 10.10.1979, DJ 15.10.1979, ement. v. 1.148-02/1.045, RTJ 96-3/1.323, rel. Soares Muñoz. No mesmo sentido: acórdão 95.554, rel. Rafael Mayer, v.u. Resultado conhecido e provido.

Dispõe o art. 242: "Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde subsidiariamente, pelas suas obrigações".

O art. 237, coerentemente com o Texto Constitucional e com o fato de que essas sociedades estão sob forte influxo do direito público, afirma: "Art. 237. A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição" (grifamos).

Interessa-nos, sobretudo, o art. 238 que se refere ao acionista controlador. Tragase-o a contexto: "Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117) mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação" (grifamos).

Veja-se que o próprio dispositivo da Lei abre exceção ao acionista controlador, deixando claro que, em hipótese de conflito com os interesses dos sócios, o controlador orientaria a companhia para os fins que justificariam sua criação.

Argumentando que a redação do dispositivo havia sido infeliz por força do "poderá", entendendo que o Estado estará sempre coarctado à finalidade que lhe teria feito criar a sociedade, Modesto Carvalhosa⁸ resolve dar uma interpretação razoável do artigo da maneira que segue:

"Não obstante a infelicidade do legislador de 1976, ao tentar legislar sobre matéria de direito público na esfera privada, cabe à doutrina dar uma interpretação razoável ao artigo. Assim, entendemos que o Estado, ao operar a sociedade de economia mista, deve visar ao *interesse público pri-*

mário, qual seja, o *interesse da coletividade*, e não ao *interesse público secundário*, qual seja, o dos aparelhos estatais. Essa fundamental classificação, trazida por Alessi, é que pode dar sobrevida ao artigo ora comentado. Assim, o serviço público (o qual inclui a administração indireta e nela as sociedades de economia mista — Decreto-lei n. 200, de 1967, art. 4º) deve atender ao princípio da supremacia do interesse público. E, para que se entenda o sentido do interesse público, é necessário que se faça a distinção entre interesse público *primário* e *secundário*. O primeiro, como já dito, representa o interesse da coletividade; o segundo, o do aparelho estatal. Deve preponderar sempre o interesse *público primário* na atividade operacional das sociedades de economia mista".⁹

"(...)

"Como referido, o conceito fundamental, para se entender a função da sociedade de economia mista e sua forma capitalista, com a participação de acionistas privados minoritários, é de que ela precipuamente deve atender ao *interesse público primário*, não ao *interesse público secundário* ou à *finalidade de lucro*. Por outro lado, para que se concilie a atividade econômica com a finalidade pública, deve-se distinguir *atividade-fim* da *atividade-meio*. Assim, a atividade-fim visa à prestação de serviços no campo do interesse público primário. E a atividade-meio será a prestação de serviço de natureza econômica, que se faz através de meios empresariais que gerem *excedentes de capital*, ou seja, lucros. Esse excedente é pressuposto da eficiência dos agentes públicos que administram capitais mistos (públicos e privados). Desse modo, a lucratividade da sociedade de economia mista constitui *meio* necessário para a consecução de seu fim, que é o de prestação de serviço público do interesse público primário."

As sociedades de economia mista não se sujeitam à falência, embora seus bens

8. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, Saraiva, 1998, pp. 386-387.

9. Traz o autor à colação a Renato Alessi, in *Principi*, cit., v. 1, pp. 226 e ss.

sejam penhoráveis e executáveis, respondendo a pessoa jurídica que a controla subsidiariamente pelas suas obrigações.

14. Nesse contexto de diferenças essenciais entre a sociedade privada e a de forma privada, porém de economia mista, deve ser colocado o “Acordo de Acionistas” pactuado.

Ou seja, a possibilidade de em sociedade de economia mista celebrar-se tal acordo, não autorizado por lei, que vai, sem dúvida alguma, alterar substancialmente o controle da empresa.

O “Acordo de Acionistas” está contemplado no art. 118 da Lei das S/A da seguinte forma:

“Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

“§ 1º. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

“§ 2º. Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (art. 115) ou do poder de controle (arts. 116 e 117).

“§ 3º. Nas condições previstas do acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas. (grifamos)

“§ 4º. As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

“§ 5º. No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembléia geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.”

Inicialmente devemos verificar o que a doutrina diz a respeito do acordo de acio-

nistas, tal seja, a que figura jurídica corresponde.

15. Waldirio Bulgarelli, que trouxe breve histórico dos acordos de acionistas,¹⁰ averba que tais acordos vão incidir sobre a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício de direito de voto.

Chama a esses acordos de contratos parassociais e traz a pêlo a doutrina italiana que considera tais contratos como acessórios à relação social.

Colaciona, ainda, o autor, outros doutrinadores, no que tange ao entendimento dessa figura jurídica.

Assim diz: “Egberto Lacerda Teixeira e José Tavares Guerreiro após definirem os acordos de acionistas ‘como ajustes parassociais, ou seja, celebrados sem a intervenção da sociedade e alheios a seus atos constitutivos e alterações posteriores, mediante os quais os acionistas livremente convencionam cláusulas relativas à compra e venda de suas ações, à preferência para adquiri-las ou ao exercício do direito de voto’, e insistindo sobre o caráter convencional dos acordos, distinguem os acordos unilaterais dos plurilaterais. ‘Os acordos unilaterais implicam em obrigações determinadas a apenas uma das partes contratantes, não se comprometendo as demais a qualquer prestação relativa ao exercício de seus direitos sociais. Já os acordos plurilaterais resultam em obrigações para todas as partes intervenientes’”.

Fábio Konder Comparato¹¹ averbou, em sua tese específica sobre o poder de controle na sociedade anônima: “(...) Parece-nos, pois, que as convenções de voto não podem ser tratadas como um negócio jurídico *sui generis*, mas devem submeter-se às normas comuns de validade de todo negócio jurídico privado, em particular no que se refere à causa, enquanto elemento

10. RDM 40/88.

11. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. RT, s/d, pp. 194-195.

objetivo, e aos motivos dos convenientes. A doutrina comercialista transviou-se nesse particular, do roteiro seguro dos princípios da teoria geral do direito"¹² (grifamos).

"(...) "

"Restaria, para medir a utilidade de tais pactos na organização do poder de controle, determinar o grau de sua eficácia. Tem-se sustentado, em nosso Direito, a inexistência de execução judicial específica de tais estipulações, com a admissibilidade, não obstante, da ação de preceito comunitário"¹³. "Em nosso entender, uma vez admitida a validade, em princípio, das convenções de voto, nada obsta à execução forçada específica de suas estipulações, como autênticas obrigações da fazer (Código de Processo Civil, arts. 632 e ss.); mas a utilidade prática desse remédio judicial é muito relativa".

"Mas importante se nos afigura o reconhecimento legal da eficácia desses acordos perante a sociedade."

Todas as transcrições que fizemos tem o claro objetivo de examinar o regime jurídico do "Acordo de Acionistas" para verificar se possível é à pessoa estatal, com capital majoritário em sociedade de economia mista, e, assim devendo permanecer por força da Lei autorizada e da própria Constituição do Estado de Minas Gerais,¹⁴ celebrar tal ajuste.

16. Portanto, é possível verificar não dispor o Estado federado de qualquer par-

cela de vontade, mas de estar, como já exposto acima, atrelado à lei, e, obviamente, em primeiro lugar, à Constituição da República e a sua própria Constituição.

Como poderia, dessa forma, o Estado de Minas Gerais pactuar, como se tivesse vontade livre, uma das características dos negócios de direito privado, "Acordo de Acionistas", nivelando-se a qualquer pessoa privada, e, por via indireta, compartilhar o controle da sociedade que deve ser seu?

Em um dos "considerando" do referido acordo encontra-se: "Considerando-se que um dos pressupostos para a cessão em bloco de percentual acima mencionado de participação acionária do Estado no capital social da Companhia foi a celebração, entre o Estado e o adquirente do referido bloco, de um Acordo de Acionistas relativo ao exercício do direito de voto e aos princípios gerais de condução dos negócios da Companhia, cujo teor corresponde ao do presente instrumento" (grifamos).

Particularmente deve-se notar as cláusulas 3.2, "a" e "b", 4.2.1, 14.1, 15.2 para verificar o aduzido até agora:

"3.2 Nas assembleias gerais da Companhia, o Estado exercerá os direitos e terá os deveres atribuídos pela Lei de Sociedades por Ações ao acionista controlador. Não obstante, as Partes votarão em bloco quando a Assembleia Geral deliberar sobre:

"a) alterações do Estatuto no tocante a objeto social, capital social e ações (incluindo a emissão de novas ações sem direito de preferência), competência, composição e funcionamento dos órgãos da Companhia (Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal), apuração de resultados (incluindo reservas, fixação e distribuição de dividendos), e

"b) emissão de debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, criação de partes beneficiárias, resgate e amortização de ações, fusão, cisão, incorporação, dissolução ou liquidação da Compa-

12. Cf. chama o autor à colação a Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 15ª ed., Pádua, ns. 73 e 74; F. Santoro-Passarelli, ob. cit., pp. 99 e ss. e 150 e ss.

13. Remete o autor a Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., 1, § 5.323.

14. "Art. 14. A Administração pública direta é a que compete à órgão de qualquer dos Poderes do Estado. § 1º. A administração pública indireta é a que compete: (...) II — a sociedade de economia mista; (...) § 4º. Dependente de lei, em cada caso: (...) II — a autorização para instituir e extinguir sociedade de economia mista e empresa pública e para alienar ações que garantam, nestas entidades, o controle pelo Estado" (grifamos).

nhia (incluindo a eleição do liquidante e aprovação de suas contas), e distribuição em percentual diverso do obrigatório previsto no Estatuto" (grifamos).

"4.2.1 Cada Parte indicará à outra, com antecedência de 48 (quarenta e oito) horas da realização da assembléia, as pessoas por elas escolhidas, obrigando-se ambas a votar em bloco nas pessoas assim indicadas, cujos nomes não poderão ser recusados salvo na hipótese de desatendimento a prescrições legais.

"(...)

"Décima quarta vigência

"14.1 Este acordo vigorará *pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos*, a partir da data de sua assinatura" (grifamos).

"(...)

"15.2 As partes procurarão resolver amigavelmente suas diferenças relativas ao presente Acordo, dentro do espírito de boa-fé que as inspira. Não sendo possível, no entanto, a solução amigável das controvérsias que porventura surgirem na interpretação ou aplicação deste instrumento, serão elas *definitivamente resolvidas por meio de arbitragem, segundo as Regras sobre Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, por três árbitros nomeados de conformidade com as referidas regras*. A arbitragem terá lugar na cidade de Belo Horizonte, e será conduzida no idioma português" (grifamos).

17. Na verdade, estes "acordos de acionistas", como negócios jurídicos que são e não sujeitos ao direito comercial, submetem-se à autonomia da vontade (aliás é isso mesmo que consta do parecer do ilustre Dr. Arnoldo Wald, que nos foi dado a examinar, item 36 do parecer.

E, dissertando acerca do direito de voto ou de veto, averba ainda o mesmo ilustre autor:

"(...) 41. *A contrario sensu*, mesmo celebrando com o acionista controlador o acordo, o signatário de uma convenção de acionistas poderá não estar, de fato, no co-

mando da sociedade em relação à qual o controle é exercido pela via de acordo de acionistas. O fato pode ocorrer porque, muito embora represente uma forma de organização do controle societário, as cláusulas contratuais do acordo de acionistas podem simplesmente estabelecer uma forma de conciliar os interesses do acionista controlador e dos sócios minoritários, atribuindo a estes o direito de voto ou de veto, em relação a certas matérias, especificamente previstas no instrumento contratual, mas não chegam a conferir a estes acionistas contratantes o comando efetivo da sociedade, que se configura, de fato, através da titularidade permanente de direitos de voto, capaz de determinar a condução das principais deliberações sociais e de eleger a maioria dos administradores.

"(...)

"44. As disposições do acordo de acionistas abrangem, na sua essência, matérias cuja aprovação possa vir a acarretar profunda mudança na estrutura de capital da companhia e nas normas relativas à distribuição de dividendos, além daquelas que resultem em reorganização societária (fusão, incorporação e cisão). Referem-se, assim, à estrutura da sociedade e aos direitos mínimos assegurados aos minoritários.

"(...)

"46. Vê-se, assim, que o instrumento contratual de avença entre os dois maiores acionistas da CEMIG tem por finalidade, tão-somente, *garantir ao acionista não controlador a possibilidade de interferir nas decisões da maior relevância social e que tenham o condão de afetar diretamente a sua parcela de patrimônio na sociedade, mantida a prevalência da vontade do acionista controlador nas decisões conjunturais que não afetem nem a estrutura societária nem os direitos essenciais dos minoritários*" (grifamos).

"(...)

"48. As propostas referentes a tais matérias, caso não obtido o consenso em reunião prévia dos acionistas acordantes,

deverão ser rejeitadas, ou seja, é assegurada a manutenção do estatuto vigente do *status quo*, no que tange aos aspectos de estrutura societária e de capital, permanecendo inalterados os direitos dos acionistas à participação no lucro previstos estatutariamente.”

Respondendo especificamente aos quesitos, o Dr. Arnaldo Wald, ao responder ao terceiro quesito, reproduziu juntamente com a resposta, averbou:

“(…)”

“(C) Terceiro quesito:

“As normas que requerem quórum qualificado para aprovação de certas matérias pelo Conselho de Administração e pela Diretoria da CEMIG, constantes do novo Estatuto Social, acarretam a perda de controle da CEMIG pelo Estado?” (grifos do original).

“Resposta ao terceiro quesito:

“Dentro do mesmo enfoque trazido na resposta aos quesitos anteriores, cabe afirmar que as disposições referentes à previsão de *quorum* qualificado para determinadas deliberações do Conselho de Administração e da Diretoria não interferem, propriamente, com a posição de controle societário ocupada pelo Estado de Minas Gerais, mas apenas restringem, validamente, o exercício ilimitado do comando empresarial, através dos conselheiros eleitos pelo controlador, sempre que a matéria objeto de decisão apresente grande relevância no tocante à capitalização da companhia e à sua integridade societária ou ameace o direito dos acionistas aos dividendos, alterando substancialmente a estrutura estatutária existente no momento do ingresso do acionista acordante no quadro de acionistas da CEMIG” (grifamos).

Como já enfatizado no início deste parecer, cumpre apenas lembrar que o Estado de Minas Gerais, representado pelo Chefe do Executivo Estadual, deve ser o acionista controlador de direito e de fato, porque não tem disponibilidade para transacionar.

O negócio jurídico, que é o “Acordo de Acionistas” presume *vontade livre* para pactuar, para provocar determinado efeito jurídico. Ainda mais, neste Acordo examinado, de efeitos plurilaterais.

Na verdade o “Acordo de Acionistas” visa a controle societário compartilhado, que é obtido por via transversa, já que a lei não autorizou, como aliás, parece-nos, não poderia ter autorizado.

E não poderia ter autorizado transação para quem não tem vontade, mas, sim, competência.

18. Além do controle compartilhado, na cláusula 14.1, já citada, há previsão de arbitragem para dirimir os litígios que porventura aconteçam.

Ora, a própria lei de arbitragem, Lei 9.307, de 23.9.1996, afirma em seu art. 1º que se destina “a litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O patrimônio do Estado não é disponível, portanto, não seria suscetível de submissão à arbitragem, no que tange às controvérsias surgidas na interpretação do dito acordo (cláusula 15.2, portanto controvérsias do “Acordo de Acionistas”) entre o Estado de Minas Gerais e a Southern Electric Brasil Participações Ltda.

Não desconhecemos que a Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei 8.997/95, em seu art. 23, XV, está a sugerir a arbitragem. Todavia, tal assunto tem sido objeto de estudos de juristas, para, inclusive, poder-se chegar à conclusão dos limites dessa possibilidade.

Marçal Justen Filho, em seu livro *Concessão de serviços públicos*,¹⁵ afirma: “A questão de foro não desperta maiores indagações. Mas o contrato poderá determinar solução amigável de conflitos ou desavenças. A regra remete à matéria da arbitragem. Seria até ideal que os conflitos entre as partes fossem objeto de composição se-

15. Marçal Justen Filho, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 272-273.

gundo a via de arbitragem. *É necessário ressaltar a natureza indisponível do interesse público, assim como a auto-executoriedade dos atos administrativos. Isso provoca dificuldades na adoção da arbitragem*" (grifamos).

Foi o autor cauteloso na medida em que lançou seu livro após a edição da Lei.

Nós, todavia, sem tal cautela, mas esforçados nos princípios do direito administrativo, ainda em plena vigência para as empresas estatais — pelo menos no que tange ao momento em que foi feito o "Acordo de Acionistas" — continuamos intransigentemente a dizer de sua inaplicabilidade quando em um dos pólos do litúgio estiver a figura do Estado e não de serviço já privatizado, o que seria diverso, ao que nos parece.¹⁶

O "Acordo de Acionistas" celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a Southern Electric Brasil Participações Ltda. não é negócio jurídico, contrato acessório ou ajuste parassocial, adote-se a nomenclatura que se queira, que poderia ter sido celebrado validamente, porque modifica, por *via transversa* o controle societário, desnaturando a sociedade de economia mista e desrespeitando a Lei 11.968/95.

Aliás, como assinalado, ao que entendemos, a submissão à arbitragem também estaria a extrapolar por falta de disponibilidade.

19. Quanto ao princípio da boa-fé:

O princípio da boa-fé, já o dissemos em alguns trabalhos, e, especialmente em nosso *Curso de Direito Administrativo*,¹⁷ é

16. Não ignoramos a existência de divergência entre os autores. Entendemos, todavia, que a arbitragem não poderá ser utilizada entre o Estado de Minas Gerais, pessoa jurídica de competência política, e a empresa privada. A jurisdição deve ser a estatal. Diferente seria se estivéssemos diante de um Tratado Internacional plurilateral, em que se decidiu que a questão seria resolvida por um Tribunal Arbitral.

17. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Malheiros Editores, no prelo, Cap. I.

de particular importância no direito e, também, no direito administrativo.

Já deixamos assentado: "O princípio da boa-fé encontra agasalho expresso no texto constitucional em seu art. 231, § 6º, como também em diversas leis regedoras da atividade administrativa. Exemplos podem ser colacionados nas Leis de Licitações, de Concessões e Permissões de Serviço Público etc., além de em diversas passagens do Código Civil.

"Na verdade, a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa. Não poderá a Administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deveras, não poderá a Administração desrespeitar a boa-fé do administrado, não lhe dar importância, ignorá-la.

"Mesmo no Direito Administrativo colacionam-se exemplos ilustrativos do princípio, quer seja na impossibilidade de a Administração invalidar atos administrativos que gerem direitos, sobretudo quando seus beneficiários estiverem de boa-fé, quer seja na anulação de contratos administrativos, indenizando-se aqueles que de boa-fé trabalharam para a Administração, portanto em pleno respeito, também, à vedação do enriquecimento sem causa, outro princípio geral latente a todo ordenamento jurídico.

"Por estar o princípio da boa-fé em restrita simbiose com o da moralidade, como já dito, há que se trazer a contexto Jesús Gonzales Perez:

"O princípio geral da boa-fé não só tem aplicação no Direito Administrativo, senão que neste âmbito adquire especial relevância. Como disse Guasp, 'todos os campos do Direito estatal são clima propício, como qualquer outro, ao desenvolvimento desta patologia do jurídico'. E é mais, ela não se dá no seio dos principais elementos que conjuga a relação jurídica estatal: a autoridade e o súdito.

"Porque, com efeito, a presença dos valores de lealdade, honestidade e morali-

dade que sua aplicação composta é especialmente necessária no mundo das relações da Administração com os administrados'.

É ainda o autor: "(...) Confiança, legítima confiança de que se vai a impor uma prestação, quando, somente superando dificuldades extraordinárias, poderá ser cumprida. Nem, em um lugar, em que, razoavelmente, não cabia esperar nem antes de que o exijam os interesses públicos, nem quando já não era concebível o exercício da potestade administrativa.

"(...)

"A aplicação do princípio da boa-fé, por outra parte, comportará a confiança da Administração em que o administrado que com ela se relaciona, vai adotar um comportamento leal na fase de constituição das relações, no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações em face da própria Administração e em face de outros administrados. Como disse Sainz Moreno: a boa-fé da administração em face do cidadão consiste na confiança que este não só vai ser desleal com o comportamento honesto da Administração, senão que tampouco vai utilizar a Administração para obter em seu benefício resoluções contrárias à boa-fé de outro cidadão"¹⁸ (tradução nossa).

E ainda, Gonzales Perez, citando Sainz Moreno: "O princípio jurídico da boa-fé — disse Sainz Moreno — protege um bem, o valor ético social da confiança juridicamente válida em face de qualquer lesão objetiva que possa sofrer, haja sido ou não maliciosamente causado o ato é contrário à boa-fé quando produz uma lesão, qualquer que seja a intenção do causador".¹⁹

Por evidente, ao colocarmos o princípio da boa-fé como um dos princípios da Administração Pública, com isso, obviamente, não quisemos dizer que se possa

impor sobre a legalidade, sobre a constitucionalidade e, sobretudo, possa se constituir a boa-fé em presunção *juris et de jure*.

É evidente que, ainda que pudesse ser totalmente existente a boa-fé, seu âmbito de aplicação não se poderá opor a legalidade e a constitucionalidade, *dever primordial da Administração Pública*.

Ainda, do mesmo emérito autor, por nós tantas vezes utilizado, e, quiçá, o melhor monografista que se possa encontrar sobre o tema, verifique-se a seguinte passagem:

"É indubitavelmente que também joga o princípio a respeito da atuação administrativa relacionada ao ato do qual nasceram as relações jurídicas. Pois seu âmbito de aplicação, *que se dará limitado pelo princípio da legalidade*, princípio que se bem não exclui a aplicação do princípio da boa-fé no Direito administrativo, como se assinalou, *comporta indubitáveis limitações*. Se a Administração pública no procedimento para o aperfeiçoamento do ato, incorre em conduta confusa, equívoca ou maliciosa, não poderá certamente beneficiar-se de sua conduta contra o administrado que atuou confiado nela. *Mas, tampouco ver-se-á obrigada à manutenção de atos que, como consequência dela, tenham podido contrair ao ordenamento jurídico; poderá exercer a potestade de revisão de ofício e somente em mínima medida; como veremos o princípio da boa-fé constituirá um limite ao exercício das potestades de revisão*"²⁰ (tradução e destaques nossos).

20. No original: "Es indudable que también juega el principio respecto de la actuación de la Administración pública conducente al acto del nacerán las relaciones jurídicas. Pero su ámbito de aplicación quedará limitado por el principio de legalidad, principio que si bien no excluye la aplicación del principio de la buena fe en Derecho Administrativo, como se señaló, comporta indudables limitaciones. Si la Administración pública, en el procedimiento para el perfeccionamiento del acto, incurre en una conducta confusa, equívoca o maliciosa, no podrá, ciertamente, beneficiarse de su conducta en contra del administrado que actuó confiado en ella.

18. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pp. 41, 53 e 54.

19. *Idem*, ob. cit., p. 43.

É, ainda, o mesmo autor que afirma:

“Certamente, o que trata de burlar uma norma amparando-se em um preceito de cobertura para lograr um resultado contrário ao Ordenamento jurídico, não atua de boa-fé. Mas, a fraude à lei é um conceito técnico perfeitamente delimitado na ciência do direito, que não cabe incluir entre os supostos de infração do princípio geral da boa-fé.

“(…)

“Incorre-se sempre em fraude quando para elidir uma norma realmente aplicável, adotando-se a vestimenta de uma figura jurídica regulada por norma que responde à finalidade distinta, com independência do que seja ou não a conduta que logicamente caberia esperar de um comportamento leal e honesto proveniente das pessoas que conosco se relacionam.

“(…)

“Atenta-se contra a boa-fé ao exercitar um direito nascido ‘com acomodação’²¹ à norma aplicável; incorre-se em fraude à lei ao tentar o nascimento de um direito por meio de uma norma que não é a corretamente aplicável.”²²

Pero tampoco vendrá obligada al mantenimiento de los actos que, como consecuencia de ella, hayan podido nacer contraviniendo el Ordenamiento jurídico: podrá ejercitar la potestad de revisión de oficio y sólo en mínima medida, como veremos, el principio de la buena fe constituirá un límite al ejercicio de las postestades de revisión”.

21. A tradução foi livre, porque o autor utilizou a expressão *arreglo*, e na verdade, já deixara claro em outra passagem do livro, que se atenta contra a boa-fé quando se pratica ato possível, lícito, para certa finalidade, porém a intenção é, por via oblíqua, atingir-se desiderato proibido.

22. No original: “Ciertamente, el que trata de burlar una norma amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado contrario al Ordenamiento jurídico, no actúa de buena fe. Pero el fraude de ley es un concepto técnico, perfectamente delimitado en la Ciencia del Derecho, que no cabe incluir entre supuestos de infracción del principio general de la buena fe. (...) El fraude de ley al margen de todo criterio de reciprocidad. Se incurre en fraude siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regu-

Estas citações do autor foram indispensáveis para clarear nosso pensamento, nascido exatamente da leitura deste livro, de Sainz Moreno e de Wieacker.

Óbvio que se a boa-fé é importante, mesmo quando sem sombra de qualquer dúvida existente, não será por si só hábil a convalidar situações impossíveis de serem praticadas novamente sem vício.

É de estranhar o fato que estivesse de boa-fé o contratante estrangeiro, quando verdadeiro tumulto se fazia contra essa privatização e, inclusive, ações eram interpostas com várias liminares sendo concedidas.

De outro lado, dada à potência do Grupo comprador, por óbvio, deve ter sido — e certamente foi — bem assessorado por advogados brasileiros, portanto profundos conhecedores da legislação brasileira e, sobretudo das Constituições brasileira e mineira.

Ora, a alegação de boa-fé, de ignorância que o contrato estava a massacrar a Constituição de Minas Gerais, não me parece viável. E, ainda que assim fosse, como já salientado, não seria hábil a provocar uma convalidação, porque não surgiu de vício formal, mas de situação agressiva à ordem jurídica, aos princípios da constitucionalidade e da legalidade.

Ao falarmos sobre o princípio da boa-fé no direito administrativo, realmente quisemos mostrar sua aplicabilidade também ao direito público, que o ordenamento jurídico administrativo pode acolhê-lo, desde que, por tal fato, não se derogue a Constituição do Estado, não se derogue outros princípios especialmente caros ao direito público.

lada por norma que responde a finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan. Se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho nacido con arreglo a la norma aplicable; se incurre en fraude de ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable”.

Todavia, não é disso que se trata na alienação das ações da CEMIG, passando-se o controle da Companhia, por forma dissimulada, ousaríamos dizer, formulando-se negócio diverso (*acordo de acionistas*) para conseguir fim não confortado pelo ordenamento jurídico pátrio, e, sobretudo, do Estado de Minas Gerais, *o controle acionário da companhia*.

Deveras, a única finalidade de se ter maioria acionária, postulada na Constituição do Estado de Minas Gerais, e, também na Lei que permitiu a venda, desde que se conservasse tal maioria, *é de manter sob o controle do Estado de Minas Gerais a empresa*.

Passamos às respostas aos quesitos.

Respostas aos quesitos

1. A resposta é negativa. Não é possível, em face do princípio da legalidade a que deve se submeter o Estado de Direito e a Administração Pública, extrapolar a Constituição do Estado de Minas Gerais e a própria Lei 11.968/95 que autorizou a alienação das ações da CEMIG, mas, desde que o Estado detivesse a maioria do capital votante. O princípio da legalidade, a que se submete a Administração, como dissertado no corpo do parecer, somente atribui competência ao que estiver estritamente autorizado. Esta a diferença fundamental entre as pessoas privadas e as públicas.

Quanto a estas últimas, as pessoas públicas, temos função, atividade daquele que não é senhor, que é titular de competência indisponível.

As pessoas privadas, de seu turno, podem praticar todas as condutas que não se encontram por lei proibidas, pois, têm, em regra, autonomia da vontade.

2. A finalidade do "Acordo de Acionistas" foi explicitada, nos itens 14, 15, 16 e 17 e, fundamentalmente, pretende-se que o minoritário possa compartilhar da gestão da companhia.

Na linguagem da própria Lei 6.404, de 15.12.1976 e suas modificações, em seu art. 118:

"Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

"§ 1º. As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

"(...)

"§ 3º. Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

"§ 4º. As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão" (grifamos).

Portanto, de forma indireta, foge-se da Lei e passa-se a regime jurídico diverso, não autorizado.

3. Evidentemente que sim. O acionista controlador, apesar de deter a maioria do capital votante, passa a não ter, *nem de fato nem de direito*, os poderes reais, efetivos de mando, o que, aliás, fica bastante claro pelos diversos itens do "Acordo de Acionistas" celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a Southern Electric Brasil Participações Ltda., em 18.6.1997, estando ciente a Companhia Energética de Minas Gerais.

4. Também não se nos afigura lícita a previsão da arbitragem expressa na cláusula 15.2 do mencionado Acordo de Acionistas, porque isso faria com que o Estado de Minas Gerais se sujeitasse ao juízo arbitral, o que não é disponível à pessoa de direito público.

Deveras, a própria Lei 9.307/96, em seu art. 1º, afirma destinar-se a "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

5. A boa-fé, *ainda que fora existente comprovadamente*, e não houve qualquer

demonstração disso, não poderá ser invocada para obstaculizar a anulação de ato ilegal e lesivo ao Governo do Estado de Minas Gerais, sobretudo se praticado um ato para elidir-se proibição constitucional e legal.

De outra parte, não milita em favor do Grupo estrangeiro a alegação de desconhe-

cimento da legislação brasileira. Deveras, se não foram assessorados por advogados brasileiros em negócio de tal vulto, não agiram como o *bonus pater familiae*, requisito indispensável também à caracterização da boa-fé.

É a nossa opinião *sub censura*.

São Paulo, 9 de Junho de 1999