NATUREZA JURÍDICA DA SUBSIDIÁRIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

WALTER DOUGLAS STUBER*

1. Conceito de sociedade de economia mista. 2. Sociedade de economia mista estadual e municipal. 3. Regime jurídico da sociedade de economia mista. 4. Criação de subsidiárias: autorização genérica.

1. Tem por finalidade este trabalho a análise da natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. Em que medida esta subsidiária, ao ser constituída, adquire a mesma natureza jurídica da sociedade matriz? Tal indagação norteará o desenvolvimento desta pesquisa.

2. Para melhor se compreender o problema em questão, deve-se, preliminarmente, situar a sociedade de economia mista no contexto do direito brasileiro, enfocando-se suas características principais, bem como os requisitos legais para sua constituição.

3. A colaboração entre capital público e privado é um dos traços caracterizadores das sociedades de economia mista. Algumas destas sociedades estão entre as maiores de todo o Brasil, alcançando posições de primeira linha na classificação das sociedades de maior importância no mundo inteiro, como por exemplo: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás, criada pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953); Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás, criada pela Lei nº 3.890, de 25 de abril de 1961); Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás, criada pela Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972); e Siderurgia Brasileira S.A. (Siderbrás, criada pela Lei nº 5.919, de 17 de setembro de 1973). A lei brasileira classifica a sociedade de economia mista como entidade da administração indireta. A expressão administração indireta, no dizer de José Cretella Júnior,[1] significa "gestão de serviços públicos por

* Advogado em São Paulo. O autor registra o seu agradecimento à importante e valiosa colaboração de Umberto Celli Junior, que pesquisou os vários aspectos discutidos neste trabalho e reuniu a legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes.

[1] Cretella Júnior, José. *Administração indireta brasileira.* Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 17.

qualquer tipo de entidade, pública ou privada, desde que diversa de pessoa jurídica pública política de existência necessária". Para Hely Lopes Meirelles[2] a administração indireta "é a constituída dos serviços atribuídos a pessoas jurídicas diversas da União, públicas (autarquias) ou privadas (empresas públicas e sociedades de economia mista), vinculadas a um ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas".

4. Desde a edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da administração federal e que, posteriormente, foi modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, vigem no Brasil conceitos legais de sociedade de economia mista. O art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200, assim define esta sociedade:

"Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

III — sociedade de economia mista — 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 à entidade da administração indireta" (grifo nosso).

O *caput* do art. 236 da Lei nº 6.404/76 ratificou a orientação firmada no decreto-lei acima referido, no tocante à necessidade de criação por lei deste tipo de sociedade, ao prescrever que: "A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa."

5. A qualificação do controle acionário é de fundamental importância no conceito de sociedade de economia mista. Segundo orientação da doutrina, acatada e traduzida em todas as leis que autorizam a constituição de sociedades de economia mista, o poder público deve deter pelo menos 51% das ações com direito a voto. Este controle permanente está estabelecido institucionalmente na lei federal, estadual ou municipal, que autorize a constituição da companhia considerada.

6. Segundo Eliana Donatelli de Moura,[3] "outro aspecto importante reside no fato de que, no âmbito administrativo federal, o conceito de sociedade mista possui maior abrangência na medida em que compreende não só as companhias sujeitas a controle acionário permanente da União, mas também as sujeitas a dito controle por parte da administração indireta federal". Assim, no entender de Eliana Donatelli de Moura, uma sociedade mista sob controle acionário da União poderá, desde que atendida a exigência da *autorização legal*, controlar acionariamente, em termos institucionais e permanentes, outra companhia, a qual também será sociedade de economia mista.

7. O controle acionário permanente da sociedade de economia mista, além de estar ou ser estabelecido institucionalmente na lei federal, pode ser esta-

[2] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 670.

[3] Donatelli de Moura, Eliana. *Sociedade de economia mista na nova lei das sociedades anônimas (o acionariado do Estado)*. Porto Alegre, Atrium, 1978. p. 26.

belecido por lei estadual ou municipal que autorize a constituição da companhia. Isto implica na aceitação jurídica da viabilidade da existência de sociedade de economia mista a nível estadual e municipal.

Nem sempre tal aceitação é pacífica. Eros Roberto Grau[4] considera "ser juridicamente inviável a existência de sociedade de economia mista a nível estadual ou municipal, salvo a hipótese de virem a ser criadas por lei federal", em razão da competência privativa da União para legislar sobre direito comercial. Orlando Carlos Gandolfo[5] neste sentido assim se expressou: "... diferentemente do que ocorre em relação à União, aos estados e municípios, é vedado criar sociedades de economia mista senão genuína sociedade por ações, mesmo porque o Decreto-lei federal nº 200, de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, diz com a reforma administrativa da União. É de alcance federal. Não tem caráter nacional. Aplica-se, por conseguinte, apenas à União, destinatária dos seus preceitos."

Já José Washington Coelho[6] refuta a tese defendida pelo referido autor, argumentando a favor da possibilidade de criação de sociedade de economia mista pelos estados e municípios, referindo que o art. 170 da Constituição Federal (que trata da participação do Estado na exploração de atividades econômicas) é de caráter nacional, dirigindo-se à União, aos estados e aos municípios. Para ele, "o referido ditame constitucional outorga a cada nível de governo a competência para organizar suas respectivas sociedades de economia mista, observados os requisitos de legitimidade na criação desses órgãos".

Também Eliana Donatelli de Moura[7] é dessa opinião, acrescentando ainda que "o fato de a Lei federal nº 6.404/76 referir-se apenas à lei federal não retira a competência dos estados-membros e municípios para criarem suas sociedades de economia mista".

Nesse sentido também se encaminha a conclusão de Caio Tácito,[8] para quem, embora o direito das sociedades se inscreva na competência legislativa da União, "podem os estados-membros, na criação de sociedades de economia mista, ou empresas públicas locais, afeiçoar o padrão da sociedade comercial às peculiaridades de seu sistema administrativo. É que aos estados-membros incumbe, como expressão da autonomia política, organizar os seus próprios serviços públicos, inclusive descentralizando-os mediante a personalização de órgãos sob forma societária. A competência legislativa estadual primária (criação de órgãos administrativos da administração indireta estadual) prefere, na especificidade do exemplo, à competência legislativa federal (normas societárias privadas). Daí a variedade de estrutura das sociedades de eco-

[4] Grau, Eros Roberto. Companhias mistas na nova Lei das S. A. *RDP, 37/38*:423.
[5] Gandolfo, Orlando Carlos. Sociedade de economia mista — Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S. A. — natureza jurídica. *RDA, 113*:362-3.
[6] Coelho, José Washington. *Aspectos polêmicos da nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo, Resenha Universitária, 1977. p. 192.
[7] Donatelli de Moura, Eliana. op. cit. p. 30.
[8] Tácito, Caio. Controle das empresas do Estado (públicas e mistas). *RDA, 111*:2.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

nomia mista e das empresas públicas, não somente no plano federal como no estadual e mesmo no municipal. Não obstante a forma societária, são serviços públicos da União, estados ou municípios, estruturados segundo a norma própria de direito público, que pode excepcionalizar a administração da sociedade, seja em sua composição, seja em seu funcionamento".

No entender de Caio Tácito,[9] "durante algum tempo colocou-se em dúvida a competência dos estados e municípios para criar empresas públicas e sociedades de economia mista sob o fundamento de que é privativo da União legislar sobre o direito comercial. *Pacificou-se, porém, o entendimento de que, dispondo de forma especial sobre a matéria, aquelas pessoas de direito público interno exercem a competência, que lhes é própria, de organizar seus serviços administrativos, ou — para adotar a terminologia constitucional — os serviços de seu peculiar interesse*" (grifo nosso).

Para Hely Lopes Meirelles[10] "como instrumento de descentralização de atividades ou serviços públicos ou de interesse coletivo, a sociedade de economia mista tanto pode ser instituída pela União, como pelos estados-membros e municípios, o que, realmente, vem acontecendo em todos os níveis governamentais. No âmbito federal sua instituição há que observar as restrições do Decreto-lei nº 200/67, com as alterações do Decreto-lei nº 900/69; na área estadual e municipal as normas administrativas para sua criação ficam a cargo das respectivas entidades estatais".

De fato, como bem lembrou Hely Lopes Meirelles, os estados-membros e municípios têm instituído várias sociedades de economia mista. Cite-se como exemplo de sociedade de economia mista estadual a Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro (Metrô), criada pela Lei nº 1.736, de 14 de novembro de 1968, cujo art. 1º diz:

"Art. 1º Fica o governador do estado autorizado a constituir, sob a forma de sociedade por ações, a Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro (Metrô), que terá por finalidade:

a) implantar e operar o sistema de transporte rápido metropolitano no estado;

b) exercer o controle técnico e econômico-financeiro da operação;

c) promover a melhoria, coordenação e expansão do sistema;

d) organizar e manter cursos de seleção e formação profissional do pessoal necessário aos seus serviços, facilitando o estágio dos técnicos em outros centros de igual ou maior desenvolvimento."

O Decreto-lei nº 35, de 15 de março de 1975, que também dispõe sobre a Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro, diz em seu art. 1º:

"A Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro (Metrô), criada pela Lei nº 1.736, de 14 de novembro de 1968, do antigo estado da Guanabara,

[9] Tácito, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais, palestra proferida na Fundação do Desenvolvimento Administrativo (Fundap), em São Paulo, em 27 de setembro de 1982.

[10] Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 332.

é sociedade de economia mista vinculada à Secretaria do Estado de Transportes" (grifo nosso).

Mencione-se também a Companhia Municipal de Gás (Comgás-SP) como exemplo de sociedade de economia mista municipal. A Lei nº 7.199, de 1º de novembro de 1968, que a criou, diz em seus arts. 1º e 3º:

"Art. 1º Fica o Executivo autorizado a promover as medidas e atos necessários à constituição e instalação, na forma da lei, de sociedade anônima denominada Companhia Municipal de Gás (Comgás-SP), tendo por finalidade a produção, armazenamento e distribuição de gás canalizado para o abastecimento do município.

Parágrafo único. Atendendo ao interesse público a sociedade poderá estender seus serviços aos municípios vizinhos, mediante convênio com as respectivas administrações, obedecida a legislação em vigor."

"Art. 3º O capital da sociedade, inicialmente, será de NCr$ 30.000.000,00 (30 milhões de cruzeiros novos), competindo ao município subscrever e realizar, no mínimo, 51% (cinqüenta e um por cento) do mesmo, em dinheiro ou em bens, podendo incluir entre estes últimos os que constituem o acervo que a prefeitura está adquirindo por via de expropriação movida à Companhia Paulista de Serviços de Gás, antiga concessionária dos serviços."

Tais exemplos confirmam, portanto, o entendimento predominante na doutrina de que podem os estados e municípios organizar e criar sociedade de economia mista.

8. A sociedade de economia mista, conforme definição legal, é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado. De acordo com os ensinamentos da doutrina tradicional, o poder público declina de seus atributos estatais para atuar como simples particular, como pessoa de direito privado, e o estado acionista está revestido de características de pessoa privada, integrada no regime das leis comerciais e, conseqüentemente, obediente aos estatutos das sociedades anônimas.

Essa colocação tradicional do problema, todavia, é contestada por Caio Tácito,[11] segundo o qual as sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios, mas regidas igualmente pelas normas de direito público, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos. Vale a pena acompanhar a lição de Caio Tácito a esse respeito:[12]

"As empresas públicas ou as sociedades de economia mista compõem, com as autarquias econômicas, a noção de empresa estatal, sob o ângulo conceitual da economia, embora uma e outra dessas categorias se diferenciem substantivamente no plano técnico-jurídico.

[11] Tácito, Caio. Controle das empresas do Estado (públicas e mistas). *RDA, 111*:8.
[12] Tácito, Caio. *Corregedoria para vigiar as estatais.* Caderno Especial SBERJ, Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, jun. 1982.

Na medida em que o Estado cresce como um prestador de bens e serviços, consolidam-se as empresas públicas em sentido lato (quer seja exclusivamente público seu capital, quer seja o Estado o capitalista maior, associado ao capital privado). *Nascem, por essa forma, novas pessoas administrativas, nas quais a forma é de direito privado, mas o substrato é público.*

Quando a Constituição enuncia o princípio de que 'na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, até mesmo quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações' (art. 170, § 2º) não está igualando o empresário público ao empresário privado a não ser como processo ou meio operacional. A empresa estatal está impregnada de um múnus público, que corresponde à sua atividade-fim, ou seja, à execução de um serviço público virtual, fruto da intervenção na ordem econômica que a lei destina ao Estado.

A empresa estatal visa sempre e dominantemente a alcançar um fim de interesse público, qualificado na lei.

Nas sociedades comerciais do Estado, o princípio da *affectio societatis* (que é o amálgama da iniciativa privada, como a comunhão de interesses dirigidos legitimamente à obtenção do lucro) cede passo a uma finalidade de interesse público, embora de conteúdo econômico, a impor-lhes resultados dominantes de política econômica, sem prejuízo da busca do equilíbrio financeiro e da economicidade de gestão.

É a soma desses dois elementos — capital público e finalidade pública — que identifica, ontologicamente, tanto a sociedade de economia mista como a empresa pública. Ambas são criaturas do Estado, entes paraestatais, que praticam a gestão privada de um serviço público descentralizado.

A dualidade do regime jurídico que lhes é própria corresponde à recepção no direito administrativo de princípios e normas de direito privado, de modo a propiciar a tais entidades econômicas estatais plena flexibilidade operacional e maior poder de concorrência, até mesmo no plano internacional.

Satélites no sistema da administração pública, as empresas estatais devem harmonizar a força centrífuga que as distancia e distingue da estrutura burocrática comum com a integração na órbita das atividades do serviço público, de que participam.

O ponto desejável de equilíbrio entre a autonomia como empresa e a atração de um sistema administrativo público, ainda que fluido e descentralizado, somente poder-se-á alcançar mediante formas de controle externo, que possibilitem o necessário predomínio da finalidade pública sobre a gestão privada, meramente instrumental" (grifo nosso).

9. Assim, depois de criada por lei, a sociedade de economia mista submeter-se-á às disposições das sociedades anônimas e, em particular, aos dispositivos

que lhe são especialmente aplicáveis (arts. 235 a 242 da Lei nº 6.404/76). Neste sentido, complementa Eliana Donatelli de Moura:[13]

"A sociedade de economia mista deverá subordinar-se igualmente às regras específicas editadas em lei federal vigente ou superveniente, sempre que o poder público entenda conveniente intervir na sua regulamentação, nos termos do art. 235, *caput*."

10. Em síntese, a regulamentar a sociedade de economia mista estão os dispositivos atinentes à Reforma Administrativa Federal (Decreto-lei nº 200/67 e Decreto-lei nº 900/69) e os arts. 235 a 242 da Lei nº 6.404/76, das Sociedades Anônimas, sendo que a sua fisionomia assenta-se nas seguintes premissas:

a) associação de capitais privados e públicos;

b) participação majoritária do poder público;

c) submissão às normas administrativas e comerciais;

d) estrutura de sociedade anônima;

e) *constituição com base em lei.*

11. Possuem, portanto, as sociedades de economia mista algumas peculiaridades, decorrentes da participação acionária do poder público em seu capital. Exemplo disso é o que prescreve o art. 242 da Lei nº 6.404/76: "As companhias de economia mista *não estão sujeitas à falência* mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações" (grifo nosso). Desta forma, torna-se extremamente importante a caracterização da sociedade de economia mista, sobretudo pelas implicações existentes em matéria falimentar, conforme se depreende da leitura do art. 242 acima referido.

12. Enfocados, portanto, os requisitos legais para a constituição de sociedade de economia mista, bem como suas características principais, pode-se passar à análise da natureza jurídica da subsidiária deste tipo de sociedade.

13. Cumpre agora destacar a controvérsia existente tanto na doutrina como na jurisprudência a respeito deste tema. Basicamente, são duas as correntes que discutem a natureza jurídica das subsidiárias de sociedade de economia mista, e que procuram interpretar a norma contida no *caput* do art. 236 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, segundo a qual a constituição de sociedade de economia mista depende de prévia autorização legislativa. Entende uma das correntes que é necessária uma *autorização legislativa específica* para a criação de cada subsidiária. Diferentemente deste ponto de vista, os defensores de uma segunda corrente argumentam que, se o diploma básico da sociedade de economia mista lhe deferir poderes para a criação de subsidiárias, estará, conseqüentemente, *implícita* tal autorização legislativa.

Como ficou demonstrado na parte inicial deste trabalho, pacífico é o entendimento de que a criação de sociedade de economia mista *depende sempre*

[13] Donatelli de Moura, Eliana. op. cit. p. 42.

de lei. Aliás, a própria definição legal deste tipo de sociedade dá respaldo a esta assertiva. Portanto, existe polêmica apenas no que tange aos termos dessa autorização legislativa, isto é, se a autorização deve ser específica, para cada sociedade de economia mista, ou poderá ser genérica, abrangendo a matriz e suas subsidiárias. Este aspecto não foi suficientemente esclarecido pelas disposições da Lei nº 6.404/76 que passaram também a regulamentar a matéria.

14. Na identificação da natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista, as dificuldades são mais pronunciadas no tocante ao requisito *autorização legal* ou *necessidade de criação por lei.* Deve-se, pois, tomar este requisito como base para qualquer análise da natureza jurídica da companhia subsidiária. Eros Roberto Grau[14] deixa isto bem claro ao afirmar:

"Não deve o conceito jurídico de sociedade de economia mista ser buscado senão em elementos que relevância jurídica apresentem. Não será, pois, na participação conjunta do setor público e do setor privado do capital e/ou da administração empresarial que iremos encontrar o padrão de sua conceituação. O critério jurídico adequado a esse fim — parece-me — estrutura-se sobre a *outorga de direitos especiais à entidade pública acionista da sociedade, direitos esses que lhe são conferidos mediante exceção à legislação comum às sociedades anônimas, que é derrogada no que tange à excepcionalidade de tais direitos; sociedades de economia mista, pois, são aquelas que se regem por normas especiais. Daí a afirmação de que elas são criadas por lei.* Não que a formalização de sua constituição advenha de lei; o que se pretende explicitar, mediante a adoção da expressão — definida pelo art. 5º do Decreto-lei nº 900/69 — é a circunstância de que, na inexistência de lei que a defina, não se estrutura a configuração excepcional de que decorre a atribuição de poderes excepcionais ao setor público no interior da sociedade, requisito essencial à criação do tipo societário de que tratamos" (grifo nosso).

15. Desta forma, para que a empresa subsidiária se qualifique, legalmente, como sociedade de economia mista, não basta que atenda aos requisitos substanciais que a coloquem no plano de intervenção do Estado na ordem econômica ou que assegure o controle majoritário da entidade estatal. É preciso, notadamente, a observância de um requisito formal fundamental para sua qualificação: *criação autorizada em lei.*

16. Todavia, o significado da necessidade de criação autorizada em lei, isto é, os termos da autorização legislativa necessária para a criação da subsidiária de sociedade de economia mista, têm gerado polêmica entre os doutrinadores. No plano jurisprudencial ainda não existe uma posição definida a esse respeito. Algumas decisões discutem a natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista (como por exemplo o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 20.201-DF, mais adiante analisado), mas não há nenhum julgado anali-

[14] Grau, Eros Roberto. op. cit. p. 421.

sando especificamente se a autorização legislativa que criou a matriz poderá abranger ou não as suas subsidiárias.

17. Defendendo a tese de que, para a criação de cada subsidiária, é necessária uma *autorização legislativa específica,* isto é, uma *lei específica ou especial* para cada caso, Rubem Nogueira[15] faz a seguinte ponderação:

"A existência das empresas públicas e *sociedades de economia mista* depende necessariamente de *leis singulares* que terão que ser editadas para cada caso particular: *tantas sociedades, tantas leis* — as quais nos seus dispositivos tipificadores dos novos entes, não se harmonizam com as regras assentes do *jus positum,* mas as contrariam frontalmente. Sem isso, informa a doutrina predominante que *não haverá sociedades de economia mista,* sendo insuficiente para caracterizá-las a detenção, pelo poder público, da maioria do capital votante, ou mesmo a interferência do Governo na sua gestão social" (grifo nosso).

18. Compartilhando desta opinião, Arnold Wald[16] afirma:

"Quanto às chamadas sociedades de economia mista de segundo grau, ou seja aquelas cujo controle pertence a uma sociedade de economia mista, deveremos fazer uma distinção para atender ao disposto no Decreto-lei nº 200. Se a *subsidiária foi criada por lei,* será sociedade de economia mista. Caso contrário, obedecerá ao regime das sociedades anônimas comuns" (grifo nosso).

Também para Arnold Wald,[17] portanto, é necessária lei específica autorizando a constituição de cada subsidiária. Assim, mesmo que haja um desmembramento da sociedade de economia mista matriz, com a conseqüente criação de uma subsidiária para atuar no mesmo campo de atividade, esta última não adquirirá a mesma natureza jurídica da primeira, por falta de autorização legislativa expressa ou específica neste sentido. Incisivo, argumenta Arnold Wald:

"Ao excluir do rol das sociedades de economia mista as que, embora controladas direta ou indiretamente pela União Federal ou pelos estados ou municípios, *não foram criadas por lei,* o legislador acabou submetendo ao *regime comum das sociedades anônimas* numerosas companhias, entre as quais se destacam, só no campo federal, a Cosipa, a Usiminas, a Acesita, a Usiba, a Companhia Telefônica Brasileira, a Telesp, assim como numerosas subsidiárias da Eletrobrás, da Embratel, da Petrobrás e da Vale do Rio Doce" (grifo nosso).

19. Em parecer exarado em 2 de setembro de 1981, sobre a natureza jurídica das empresas controladas pela Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), o Consultor-Geral da República, Paulo César Cataldo, afirmou:

"As empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, do Distrito Federal, municipal e particulares — que, mediante mudança

[15] Nogueira, Rubem. Função da lei na vida dos entes estatais. *RDA, 99*:34.
[16] Wald, Arnold. As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas, palestra proferida no VII Simpósio Jurídico organizado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 26 de abril de 1977.
[17] Id. ibid.

do controle acionário, passaram a subsidiárias da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás) —, não adquiriram, por tal fato, a natureza jurídica de sociedades de economia mista federais, *à míngua de suporte legal para a conceituação.*

É possível afirmar, desta maneira, que a exigência de *legislação específica,* autorizando a criação de sociedades de economia mista, tem constituído a tônica dos pronunciamentos desta consultoria-geral" (grifo nosso).

20. Veja-se também a respeito o parecer anteriormente emitido pelo jurista Hely Lopes Meirelles, em 22 de dezembro de 1980, em resposta a consulta formulada pela Telecomunicações de São Paulo (Telesp), finalizando no sentido de que *"é empresa privada,* em sentido estrito, *simples sociedade anônima,* em que pese à participação majoritária no seu capital votante da Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), da qual é *subsidiária* ou *sociedade controlada,* nos termos do § 2º do art. 243 da Lei nº 6.404/76", de vez que "a mera detenção das ações com direito a voto, por uma sociedade de economia mista, *não confere a outra companhia a mesma natureza jurídica do acionista majoritário, pois lhe faltaria o principal requisito, qual seja o da criação por lei, nos termos do inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/67"* e ainda porque "a própria Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) retirou as sociedades assim constituídas do rol das de economia mista, ao excluí-las das disposições contidas nos seus arts. 235 a 242, específicos para estas últimas" (grifo nosso).

21. Observe-se ainda o acórdão prolatado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 92.228-RJ, relatado pelo Ministro Leitão de Abreu, tendo como recorrente Banerj Crédito Imobiliário S.A., julgado em Brasília em 10 de fevereiro de 1981,[18] cuja ementa é a seguinte:

"Sociedade de economia mista. Só é criável por lei. Competência que, por isso, se reconhece, no caso, do juízo da vara cível, não do juízo dos feitos da fazenda pública. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Discutiu-se a respeito do juízo competente para processar e julgar causas em que haja interesse do Banerj Crédito Imobiliário S.A., empresa subsidiária de uma sociedade de economia mista, o Banco do Estado do Rio de Janeiro (Banerj). Alega o recorrente que o juízo competente para julgar causas de seu interesse é o da vara cível, já que não é sociedade de economia mista por não ter tido sua criação decorrente de lei específica. Em seu voto (apoiado unanimemente), o Ministro Leitão de Abreu (relator) deu provimento ao recurso, enfatizando que a "constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa".

22. Pode-se concluir, portanto, que a simples aquisição de ações de outras sociedades (controle acionário), por parte de uma sociedade de economia mista ou a simples constituição de subsidiárias (desmembramento), não confere a

[18] Extraído da *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, 97*:860.

estas a natureza jurídica de sociedade de economia mista, por falta de autorização legislativa específica.

23. Entretanto, há outros autores e pareceristas que são do entendimento de que não há necessidade de uma autorização legislativa específica, ou seja, uma lei especial para cada constituição de subsidiária a fim de que esta adquira a condição de sociedade de economia mista. Segundo esta linha de raciocínio, *tal autorização pode ser genérica,* isto é, *poderá constar da própria lei institucional da sociedade de economia mista matriz.*

24. Em parecer exarado em 30 de janeiro de 1981, sobre a natureza jurídica da Companhia Aço Minas Gerais S.A. (Açominas), subsidiária da Siderúrgica Brasileira S.A. (Siderbrás), o Consultor-Geral da República, Clóvis Ramalhete, fez as seguintes afirmações:

"Se a Siderbrás adquiriu o controle do capital votante da Açominas e assim subordinou-a juridicamente, e *se a lei autorizativa da constituição da Siderbrás desde logo admitiu que esta viesse a criar subsidiárias,* caracterizadas pelo domínio do capital votante em mãos da administração, tem-se por conseqüência *que a Açominas apresenta a natureza jurídica de sociedade de economia mista* em conformidade com o Decreto-lei nº 200/67" (grifo nosso).

Assim, para Clóvis Ramalhete, a Siderbrás é uma sociedade de economia mista autorizada por lei a criar subsidiárias. A Lei nº 5.919/73 autorizou não só a constituição da Siderbrás, como também a criação por ela de subsidiárias, que se caracterizam por sua subordinação provinda do controle acionário, já constituindo novas sociedades anônimas ou adquirindo ações de companhias existentes.

É com base, portanto, na *autorização genérica (e/ou de certa forma implícita)* contida no art. 3º da lei institucional da Siderbrás (Lei nº 5.919/73) que o mencionado parecerista sustenta sua tese de que a Açominas também é uma sociedade de economia mista:

"Art. 3º A Siderbrás exercerá o controle acionário das empresas siderúrgicas, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade de administração federal indireta, as quais passarão à condição de suas subsidiárias, *podendo ainda criar outras subsidiárias* e associar-se minoritariamente a empresas privadas que exerçam atividades siderúrgicas e afins" (grifo nosso).

Cumpre ressaltar que este parecer é anterior ao de Paulo César Cataldo (também Consultor-Geral da República), mencionado no item 19 acima. Como reforço à sua tese de que a criação de subsidiária de sociedade de economia mista depende de autorização específica, Cataldo cita, em seu parecer, a opinião de Clóvis Ramalhete acima exposta. Cataldo afirma que há necessidade de lei específica, ou autorização específica, e que a lei institucional da matriz que autoriza a constituição de subsidiária não basta para caracterizar a subsidiária como sociedade de economia mista. Note-se, entretanto, que esta não

é a interpretação dada ao parecer de Clóvis Ramalhete neste trabalho. Pelo contrário, o que se pretende demonstrar tomando o parecer de Ramalhete como exemplo (mais adiante são também citados outros autores que concordam com esta tese) é que a autorização contida na lei institucional da matriz para a criação de subsidiária é genérica (ou está implícita na lei), e portanto suficiente. Assim, nesta linha de raciocínio, entende-se (diferentemente da posição defendida pelo Consultor-Geral da República, Paulo César Cataldo) que a lei institucional da matriz, autorizando a criação de subsidiária, é suficiente para caracterizá-la como sociedade de economia mista de segundo grau, e que não há necessidade de uma nova autorização legislativa (autorização específica ou lei específica) criando a subsidiária. Por isso é que se pode qualificar a autorização contida na lei institucional da matriz de genérica, e não de autorização específica.

Parece ter influenciado a opinião adotada pelo Consultor-Geral da República, Paulo César Cataldo, o fato de o parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 74.379, de 8 de agosto de 1974, dispor expressamente que "as subsidiárias da Telebrás poderão ser enquadradas na categoria de sociedade de economia mista, por ato do presidente da República, mediante proposta do ministro das Comunicações". No caso da Telesp, não houve decreto do presidente da República enquadrando essa subsidiária na categoria de sociedade de economia mista. Desta forma, faltando tal requisito à Telesp no caso então examinado, seria impossível concluir no sentido de que a Telesp seria uma sociedade de economia mista, baseado exclusivamente no argumento de que a autorização genérica seria suficiente, uma vez que, no caso, além da autorização genérica exigia-se um fato a mais — decreto do presidente da República, após manifestação do ministro das Comunicações — que não ocorrera.

25. Cotrim Neto[19] também é do entendimento de que, se a lei institucional da sociedade de economia mista lhe deferir poderes para a criação de subsidiárias, a necessária autorização legislativa estará *implícita* e, conseqüentemente, estas subsidiárias serão sociedades de economia mista. Isto porque o requisito de *criação com base em lei* estaria preenchido. Veja-se sua ponderação a respeito:

"... de nossa parte admitimos poder achar-se *implícito,* na lei que autoriza a constituição de uma empresa estatal — sobretudo quando ela se reveste da forma de S.A. (empresa pública com participação de várias entidades, na forma prevista no art. 5º do Decreto-lei nº 900/69, ou *sociedades de economia mista*) — a possibilidade de seu desdobramento, visto como é da natureza das empresas regidas pelo direito privado a capacidade de seu desdobramento" (grifo nosso).

[19] Cotrim Neto, A. B. Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais. Palestra proferida no II Congresso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1976.

Cotrim Neto[20] cita como exemplo de suas afirmações a Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás), que é uma empresa pública: "... a própria lei que a instituiu deu à Empresa de Portos condições de operar seu desdobramento, quando dispôs, no art. 5º, que, 'para a consecução de suas finalidades, a *Portobrás poderá constituir subsidiárias sob a forma de sociedades de economia mista* ou empresa pública, de acordo com os interesses e necessidades ditados pela administração dos portos e das vias navegáveis interiores'. E, isso, ademais de haver previsto, o mesmo art. 5º, em seu parágrafo único, que a Portobrás poderá participar de outras empresas — obviamente, inclusive, rigorosamente privadas — cujas atividades sejam de interesse para a realização de seus objetivos."

26. No caso da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) é, realmente, onde se tem feito maior emprego da autorização legal para criação de subsidiárias, expressadas na lei fundamental da entidade (Lei nº 2.004/53). Com efeito, o art. 2º desta lei estabeleceu que, no plano de "execução", o monopólio estatal da pesquisa e da lavra da refinação, como do transporte, marítimo ou por dutos, do petróleo, no Brasil, será exercido por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das *suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei*" (grifo nosso). O art. 39 da referida lei dispõe expressamente sobre a forma da constituição de subsidiárias: "A sociedade (Petrobrás) operará diretamente ou *através de suas subsidiárias,* organizadas com aprovação do Conselho Nacional do Petróleo, nas quais deverá sempre ter a maioria das ações com direito a voto" (grifo nosso). A Petrobrás Química S.A. (Petroquisa), por exemplo, subsidiária da Petrobrás, sociedade de economia mista de segundo grau, foi criada de acordo com autorização legal expressada na lei fundamental da entidade.

27. A Lei nº 3.890, de 25 de abril de 1961, que autorizou a constituição das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), estabelece em seu art. 15 que a empresa "operará diretamente ou *através de subsidiárias e empresas a que se associar*". Suas subsidiárias (sociedades de economia mista de segundo grau) serão constituídas com a aprovação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.

28. Observe-se, finalmente, o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 20.201-DF, relatado pelo Ministro Cunha Peixoto, tendo como requerente o Sr. Silvio Meyer Fontenelle e requerido o Sr. Presidente da República, julgado em Brasília em 19 de setembro de 1979,[21] cuja ementa é a seguinte:

"Mandado de Segurança. Ato de demissão por acumulação ilegal de cargos. Nulidade. Funcionário do extinto DCT, declarado em remanejamento por não ter sido integrado ao quadro de servidores da ECT, quando da transformação daquele departamento, e que passou a exercer, concomitantemente, relação de

[20] Id. ibid.
[21] Extraído da *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, 100*:75.

emprego com a Aço Minas Gerais S.A. (Açominas). Sua demissão, sob o fundamento de acumulação ilegal de cargos, após indeferimento de pedido de exoneração.

Não sendo pacífica a caracterização da Açominas, anteriormente à aquisição de seu controle acionário pela Siderbrás, como entidade de economia mista, e sendo razoável, dado o aspecto negocial da transformação, que fosse facultado aos servidores, após a encampação, o direito de opção, inexistiu por parte do impetrante, a má fé em que se fundou o ato demissionário.

Segurança concedida, com votos vencidos em parte."

Foi concedida segurança com base no voto do Ministro Relator Cunha Peixoto, de cuja fundamentação teórica é interessante destacar alguns trechos:

"Encontra-se nos autos brilhante parecer oferecido, quando Consultor-Geral da República, pelo hoje Ministro Rafael Mayer, onde Sua Excelência examina, com agudeza e profundidade, inclusive perante a nova Lei das Sociedades Anônimas, a condição jurídica das sociedades de economia mista, para distingui-las em sociedade de economia mista de primeiro grau (matriz) e sociedade de economia mista de segundo grau (subsidiária). Da ementa desse parecer, o nobre Subprocurador da República, que oficiou no presente caso, Dr. Mauro Leite Soares, cita a seguinte passagem: 'O conceito de sociedade de economia mista, como integrante da administração indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade *mater,* de modo permanente e indeclinável' (fls. 100). No corpo do parecer, frisava o então Consultor-Geral da República: '... sociedade de economia mista será não somente aquela criada pela União, em virtude de lei especial, com a detenção do controle acionário; *sê-lo-á, igualmente, a que vier a ser instituída, por entidade da administração indireta* (autarquia, empresa pública ou *sociedade de economia mista*), em face de autorização legislativa pertinente, *que poderá constar da própria lei institucional e não, necessariamente, de lei casuística, assegurado sempre o controle acionário por parte da entidade instituidora.* Logo, as sociedades filiais, satélites ou subsidiárias, criadas, em tais pressupostos, pelas sociedades de economia mista matrizes, *são iniludivelmente sociedades de economia mista, ditas de segundo grau, material e formalmente integrantes da administração indireta*' (grifo nosso).

Não se discute, no caso, que a participação da Siderbrás na Açominas é majoritária, de sorte que a primeira, ao assumir o controle acionário da segunda, lhe teria comunicado o *status,* que formalmente possui, de sociedade de economia mista. Desta sorte, cumpriria concluir que o impetrante, como empregado da Açominas S.A., depois que a Siderbrás assumiu o controle acionário desta, teria incorrido em acumulação proibida de cargos públicos. Sucede, no entanto, que esse não é o ângulo sob o qual deve a questão ser examinada. O que importa saber, na hipótese, não é se a Açominas, como subsidiária da Siderbrás, passou a constituir sociedade de economia mista,

tornando aplicável aos titulares de seus cargos ou empregos a proibição de acumular, mas se a Açominas S.A., antes de passar ao controle acionário da Siderbrás, detinha a condição de sociedade de economia mista."

Constatou-se nesse caso, portanto, que os ministros do Supremo Tribunal Federal também atribuíram à Açominas a natureza de sociedade de economia mista, na medida em que a autorização legal para sua constituição emanou da própria lei institucional da sociedade matriz (Siderbrás). Desta forma, a partir do momento em que passou a controlar acionariamente o capital da Açominas, a Siderbrás comunicou-lhe o *status* da sociedade de economia mista. Questionou-se apenas a natureza jurídica da Açominas, *anteriormente* à participação majoritária da Siderbrás em seu capital.

29. Com base no exposto, pode-se inferir que a autorização legal para a constituição de subsidiárias de sociedade de economia mista poderá constar de sua própria lei institucional. Se, efetivamente, esta autorização legal estiver contida na lei que criou a sociedade de economia mista matriz, as subsidiárias constituídas terão sua mesma natureza jurídica, vale dizer, serão sociedades de economia mista de segundo grau. Assim, para se conhecer a natureza jurídica da entidade subsidiária, é preciso examinar, caso por caso, o diploma legal da matriz.

30. Divergências há, portanto, relativamente aos termos da autorização legal necessária para a criação de sociedades de economia mista de segundo grau, subsidiárias das sociedades matriz, conforme salientado no início deste trabalho. Que tipo de autorização é, então, necessária: uma autorização específica, para a criação de cada subsidiária, ou uma autorização genérica, expressada na lei fundamental da sociedade matriz?

31. Por envolver a participação do poder público em seu capital, a sociedade de economia mista tem alguns aspectos peculiares que a distinguem de uma sociedade anônima comum. Por isso mesmo, a legislação específica que a regulamenta lhe impõe a absoluta necessidade de criação por lei. A decisão do poder público de participar como acionista majoritário de uma sociedade, que explorará determinado campo da atividade econômica, tem que levar em conta o art. 170 da Constituição Federal, que limita a participação do Estado na economia.

32. Esta decisão é na realidade um reflexo da necessidade do Estado de intervir num determinado campo da atividade econômica. Exemplo disso é a Petrobrás, uma sociedade de economia mista que tem o monopólio da exploração do petróleo. A concretização desta decisão econômica se dá através da criação por lei (autorização legislativa) de um tipo de sociedade, onde o Estado é o acionista majoritário. Se o diploma legal da sociedade de economia mista então constituída (que é o resultado da manifestação inequívoca do Estado de intervir em determinado campo da atividade econômica) lhe conferir poderes para criar subsidiárias, conclui-se que, indireta ou *implicitamente,* o Estado deu seu assentimento ou autorização para o desmembramento desta

sociedade de economia mista. Portanto, tais subsidiárias também serão sociedades de economia mista, na medida em que resultaram de uma autorização legal, ainda que de forma indireta.

33. Desta forma, a autorização genérica de criar subsidiárias, expressada na lei fundamental da sociedade de economia mista matriz, é suficiente para transmitir à sociedade subsidiária a mesma natureza jurídica desta última, desde que essa subsidiária atue no mesmo campo de atividade econômica da matriz.

34. Esta seria, do ponto de vista doutrinário, a interpretação mais correta dos dispositivos legais que regulamentam esta matéria. Pela própria dinâmica do desenvolvimento econômico, não encontra justificativa o fato de ter o Estado que promulgar leis específicas para a constituição de cada subsidiária.

35. Saliente-se, ainda, que tal posicionamento doutrinário não tem relevância meramente acadêmica. Conforme destacado no início deste trabalho, a caracterização da sociedade de economia mista é, do ponto de vista prático, de fundamental importância, particularmente pelas implicações existentes em matéria falimentar. Assim, a prevalecer o entendimento de que as subsidiárias de sociedade de economia mista, constituídas com base na autorização legal constante das leis institucionais das sociedades matrizes, adquirem a mesma natureza jurídica destas últimas, nos termos do art. 242 da Lei nº 6.404, pode-se concluir o seguinte: *como sociedade de economia mista de segundo grau, as subsidiárias de sociedades de economia mista de primeiro grau também não estão sujeitas à falência, e a pessoa jurídica que as controla (isto é, a matriz — a sociedade de economia mista de primeiro grau) responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.*

36. Cumpre observar, finalmente, que estas sociedades de economia mista de segundo grau, da mesma forma que as sociedades matrizes (de primeiro grau), também estão sujeitas ao controle exercido pela Secretaria de Controle das Empresas Estatais (Sest), bem como à fiscalização financeira e orçamentária do Tribunal de Contas competente.

Bibliografia

Coelho, José Washington. *Aspectos polêmicos da nova lei das sociedades anônimas.* São Paulo, Resenha Universitária, 1977.

Cotrim Neto, A. B. *Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais.* Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Imprensa Oficial, 1976.

Cretella Júnior, José. *Administração indireta brasileira.* Rio de Janeiro, Forense, 1980.

Grau, Eros Roberto. Companhias mistas na nova lei das S. A. *RDP, 37/38.*

Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 3. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.

Moura, Eliana Donatelli de. *Sociedades de economia mista na nova lei das sociedades anônimas (o acionariado do Estado).* Porto Alegre, Atrium, 1978.

Nogueira, Rubem. Função da lei na vida dos entes estatais. *RDA, 99.*

Tácito, Caio. Controle das empresas do Estado (públicas e mistas). *RDA, 111.*

———. *Corregedoria para vigiar as estatais.* Caderno Especial SBERJ, Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, jun. 1982.

———. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais. Palestra proferida na Fundação do Desenvolvimento Administrativo (Fundap), em São Paulo, em 27 de setembro de 1982. mimeogr.
Wald, Arnold. As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas. Palestra proferida no VII Simpósio Jurídico organizado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 26 de abril de 1977. mimeogr.

Pareceres

Parecer de 18 de junho de 1973 do Procurador do estado de São Paulo em exercício junto à Dersa, Antonio Carlos Gandolfo, publicado na *RDA, 113.*
Parecer emitido pelo jurista Hely Lopes Meirelles, em 22 de dezembro de 1980, em resposta a consulta formulada pela Telecomunicações de São Paulo (Telesp), extraído de citação feita por Paulo Cesar Cataldo, Consultor-Geral da República, em parecer de 2 de dezembro de 1981, publicado no *DOU,* de 10.9.81.
Parecer nº 61, de 30 de janeiro de 1981, do Consultor-Geral da República, Clóvis Ramalhete, publicado no *DOU,* de 10.2.81.
Parecer nº P-010, de 2 de setembro de 1981, do Consultor-Geral da República, Paulo César Cataldo, publicado no *DOU,* de 10.9.81.

Legislação

Constituição da República Federativa do Brasil.
Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou a Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobrás).
Lei nº 3.890, de 25 de abril de 1961, que criou a Centrais Elétricas Brasileiras S. A. (Eletrobrás).
Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969 (Lei da Reforma Administrativa).
Lei nº 1.736, de 14 de novembro de 1968, que criou a Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro (Metrô).
Decreto-lei nº 35, de 15 de março de 1975 (estado do Rio de Janeiro), que dispõe sobre a Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro (Metrô).
Lei municipal nº 7.199, de 1º de novembro de 1968, que criou a Companhia Municipal de Gás (Comgás-SP).
Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, que criou a Telecomunicações Brasileiras S. A. (Telebrás).
Lei nº 5.919, de 17 de setembro de 1973, que criou a Siderurgia Brasileira S. A. (Siderbrás).
Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, que criou a Empresa de Portos do Brasil S. A. (Portobrás).
Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

Jurisprudência

Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, 96:1.323; 97:860; *100*:75.