PARECERES

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — AÇÃO POPULAR — LISTA TELEFÔNICA

PARECER

A ação popular só é cabível para decretar a nulidade ou anular atos administrativos ilegais e lesivos praticados por entidades públicas (art. 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1).

Não tem legitimidade passiva, na ação popular, a sociedade anônima subsidiária de sociedade de economia mista, que se rege pelas normas gerais do direito societário (art. 235, § 2º, da Lei nº 6.404/76).

Tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais do país, como os órgãos administrativos, liderados pela Consultoria-Geral da República, pronunciaram-se reiteradas vezes, no sentido de não ser sociedade de economia mista a companhia que não foi criada por lei, aplicando expressamente esse entendimento às subsidiárias da Telebrás.

Não sendo sociedades de economia mista e não constituindo *a fortiori* entidades públicas (art. 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1), as subsidiárias da Telebrás não podem ser rés em ação popular.

Com a nova redação dada ao texto constitucional, que não mais se referiu ao cabimento da ação popular contra as sociedades de economia mista (art. 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1), mas a admitiu, tão-somente, contra as "entidades públicas", a Telebrás também não pode ser considerada parte legítima em ação popular, por ser pessoa jurídica de direito privado (art. 5º do Decreto-lei nº 200/67).

A interpretação lógica e sistemática da Constituição leva à mesma conclusão, pois o art. 170, § 2º, determina que as empresas estatais obedeçam exclusivamente, nas suas relações com terceiros, ao direito obrigacional, excluindo-se, assim, a possibilidade de anulação ou rescisão de ato dessas companhias em virtude de disposição alheia ao direito privado, como são as referentes à ação popular.

A identidade de regime jurídico que a Constituição estabeleceu entre empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades comerciais (art. 170 da Emenda Constitucional nº 1) é incompatível com a utilização da ação popular para examinar e retificar judicialmente contratos de edição e outras operações comerciais.

Por outro lado, em virtude do disposto no art. 116 e seguintes da lei societária, a responsabilidade do controlador se rege pelas normas específicas contidas naquele diploma.

Acresce que só atos administrativos que não sejam discricionários estão sujeitos ao controle excepcional a ser exercido pela via da ação popular, na qual não se podem apreciar atos negociais de caráter comercial, que se regem pelo direito privado (art. 170, § 2º, da Constituição).

Finalmente, o ato da sociedade de economia mista, que está sendo impugnado no presente feito, é mera deliberação, não importando em qualquer execução por parte da mencionada empresa, não sendo ilegal e não podendo ser *lesivo*, por não implicar qualquer atividade material na sua área patrimonial, equiparando-se à lei em tese, contra a qual não cabem nem a ação popular, nem o mandado de segurança.

Mesmo se, *ad argumentandum*, as partes fossem legítimas e se se tratasse de atos administrativos — e não é o caso — assim mesmo não procederia a ação, pois, além de não se obrigatória a licitação na hipótese, as modificações contratuais posteriores têm amparo legal, econômico e moral e atenderam às necessidades de serviço, caracterizando-se as decisões tomadas como sendo de conveniência e oportunidade, matéria na qual ao poder judiciário é vedado alterar os critérios fixados pela administração.

"A remissão ao art. 141, § 38, da Constituição de 1946 deve ser entendida, agora, como feita ao art. 153, § 31, da Constituição da República de 1969. Observe-se, ainda, que *a nova disposição constitucional alterou a redação e os requisitos da ação.* Esta lei, portanto, deve ser entendida e aplicada com adaptação ao novo texto constitucional" (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular.* 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 119).

"O que não convém é lançar as balizas da ação popular além do que evidentemente pretendeu o legislador: a tutela da moralidade dos atos administrativos não suscita que demandistas por índole ou indivíduos rixentos não andem a envolver as entidades públicas em litígios fadados a insucesso, obrigando-as a incômodos e despesas" (voto do Desembargador Aprígio Ribeiro, na Apelação Cível nº 12.335 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ***Revista Forense,*** *188*:220).

"Ação popular não será cabível em todos os casos de gravame a interesse legítimo, porque os *atos discricionários*, que freqüentemente os podem ferir, admitindo pluralidade de critérios resolutivos por parte da administração pública, *excluem o pronunciamento judiciário em favor desta ou daquela solução"* (Seabra Fagundes. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo, 6*:7 *in fine*).

"A ré não pode incluir-se nesta definição, porque é apenas uma sociedade anônima, que está sob o controle acionário de outra sociedade anônima, esta última, sim, de economia mista, porque integra a administração indireta estadual. *Não foi a ré criada por lei, mas por deliberação de particulares. Resumindo, pode-se dizer que continua a manter a sua condição de sociedade anônima, de natureza particular, não podendo também ser considerada empresa pública.* O fato de ser concessionária de serviço público não lhe confere, em hipótese alguma, o caráter de empresa pública. *Estabelecidos esses pontos, a conclusão é de que não pode ser considerada ré em ação popular"* (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 51*:220-1, 1978) (Doc. I).

PARECER

I

Dos fatos

1. Mediante a Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, foi autorizada a criação da Telecomunicações Brasileiras S. A. — Telebrás — com a finalidade de planejar e coordenar os serviços de telecomunicações. A mesma lei autorizou a Telebrás a criar subsidiárias, assim como a participar no capital de outras empresas, cujas atividades estivessem relacionadas com o setor de telecomunicações (art. 3º, § 2º). Previu também a possibilidade de participar no capital de empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, municipais ou particulares, tendo em vista a sua unificação e o cumprimento de um planejamento global do setor de telecomunicações (art. 6º da Lei nº 5.792/72).

2. O Decreto nº 74.379, de 9 de agosto de 1974, regulamentando a Lei nº 5.792/72, considerou a Telebrás a *concessionária geral* para a exploração dos serviços de telecomunicações em todo o país (art. 1º).

3. As empresas atualmente sob o controle da Telebrás tiveram, originalmente, as seguintes formas:

3.1 Empresa pública, transformada em sociedade de economia mista, nos termos da Lei nº 5.792/72 (art. 11): Empresa Brasileira de Telecomunicações — Embratel.

3.2 Sociedades de economia mista estaduais e do Distrito Federal, que se tornaram subsidiárias da Telebrás mediante transferência do controle acionário para a União:

— Telecomunicações do Paraná S.A. — Telepar;

— Telecomunicações de Brasília S.A. — Telebrasília;

— Telecomunicações de Goiás S.A. — Telegoiás;

— Telecomunicações de Santa Catarina S.A. — Telesc;

— Telecomunicações do Maranhão S.A. — Telma;

— Companhia de Telefones do Rio de Janeiro — Cetel;

— Telecomunicações do Piauí S.A. — Telepisa;

— Telecomunicações do Ceará S.A. — Teleceará;

— Telecomunicações do Rio Grande do Norte S.A. — Telern;

— Telecomunicações da Bahia S.A. — Telebahia;

— Telecomunicações do Amazonas S.A. — Telemazon;

— Telecomunicações do Pará S.A. — Telepará.

3.3 Sociedade de economia mista municipal, que se tornou subsidiária da Telebrás; mediante transferência do controle acionário para a União: Telecomunicações da Paraíba S.A. — Telpa.

3.4 Empresas privadas que tiveram o seu controle acionário adquirido pela União, tornando-se subsidiária da Telebrás:

— Telecomunicações de Mato Grosso S. A. — Telemat;

— Telecomunicações de São Paulo S.A. — Telesp;

— Telecomunicações de Minas Gerais S. A. — Telemig;

— Telecomunicações de Pernambuco S.A. — Telpe;

— Telecomunicações de Alagoas S.A. — Telasa;

— Telecomunicações de Sergipe S.A. — Telergip;

— Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência — CTMR;

— Telecomunicações de Rondônia S.A. — Teleron;

— Telecomunicações do Acre S.A. — Teleacre;

— Telecomunicações de Roraima S.A. — Telaima;

— Telecomunicações do Amapá S.A. — Teleamapá.

4. Mediante a Deliberação nº 25, de 13 de abril de 1976, a Telebrás, com base na regulamentação então vigente, estabeleceu que a edição ou divulgação da relação de assinantes do serviço público de telefonia seria de competência exclusiva da empresa concessionária do serviço, devendo a edição de listas de assinantes proporcionar-lhe receita adicional.

5. Foi, em seguida, aberto processo de licitação, com vistas a selecionar as empresas que prestariam às concessionárias os serviços de edição das listas telefônicas. Nas Condições Gerais de Licitação, como seu item 21, ficou estabelecido que: "Independentemente dos resultados efetivos de comercialização de inserções, ou ainda na hipótese de não editar o catálogo ou guia telefônico por inadimplência sua, a editora assegura à empresa uma participação mínima por edição, segundo os valores estabelecidos no contrato."

6. Em função dos resultados das licitações, as empresas controladas pela Telebrás firmaram os respectivos contratos com as empresas editoras vencedoras. Em todos os

contratos, existia uma cláusula de participação mínima por edição. Por exemplo, o contrato firmado entre a Telecomunicações de Brasília S. A. (Telebrasília S. A.) e o Guiatel — Editores de Guias Telefônicos Ltda., em 17 de março de 1977, estabelece, em sua cláusula sétima, o seguinte:

"Cláusula sétima. Da garantia financeira. O Guiatel assegura a seguinte participação financeira mínima à Telebrasília:

1.ª edição — Cr$ 13.467.705 (treze milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e setecentos e cinco cruzeiros);

2.ª edição — Cr$ 21.160.051 (vinte e um milhões cento e sessenta mil e cinqüenta e um cruzeiros).

Parágrafo único. Para cálculo do reajuste previsto no item 21.3 das Condições Gerais de Contrato, serão considerados os preços constantes em 30.11.76, data em que o valor da ORTN foi de Cr$ 174,40 (cento e setenta e quatro cruzeiros e quarenta centavos)."

7. Em agosto de 1979, a Associação Nacional de Editores de Catálogos e Guias Telefônicos, pela unanimidade de seus membros, enviou memorial à Telebrás, solicitando:

a) o reconhecimento da inexigibilidade da cláusula de garantia mínima, nos contratos em vigor, por motivos de força maior, tais como: não-ativação de terminais; contenção de expansão; edição de listas paralelas; limitação de tabela de preços de inserções; fatos de natureza; correlação por ORTN; crise econômica do país;

b) exclusão da garantia mínima para o futuro pela impropriedade de tal cláusula;

c) revisão das condições gerais de contratação, com vistas à eqüidade de tratamento das editoras.

8. Com o apoio em parecer do chefe da assessoria especial de sua presidência, entendeu a Telebrás, em reunião de sua diretoria realizada em 25 de março de 1980:

a) considerar inexigível a cláusula de garantia mínima nos contratos de edição de listas;

b) eliminar a cáusula de garantia mínima para futuros contratos de edição de listas.

9. Em 30 de junho de 1982, foi proposta ação popular contra a Telebrás, contra suas empresas controladas (Telamazon; Telebahia; Telebrasília; Teleceará; Telma; Telemig; Telern; Telergipe; Telepar), contra os diretores dessas empresas, assim como contra as empresas editoras de listas. A autora da ação, com apoio no art. 1º da Lei nº 4.117, de 29 de junho de 1965, pedia que fosse judicialmente decretada, para todos os efeitos, a "nulidade da deliberação adotada pela diretoria da Telebrás, em . . 25.3.80 (. . .) bem como dos atos conseqüentes das concessionárias (. .) de dispensa da cláusula de garantia mínima, pelo tempo restante do prazo contratual (. . .); e também daqueles atos que dispensaram os débitos em atraso, como aconteceu com a Teleceará, Telemig, Telebrasília e Telemazon". Pretende, ainda, a autora, que devolvam os valores recebidos, anteriormente à data fixada no ato, da Telebrás, como o fizeram a Telebahia e Telemig; e, declarada a nulidade de todos esses atos, sejam condenados, solidariamente, os diretores da empresa controladora — a Telebrás — (. . .) e os das empresas controladas (. . .) bem como as empresas beneficiárias (. . .) ao pagamento às empresas concessionárias das perdas e danos que sofreram, corrigidos de acordo com os índices da ORTN e juros de mora (art. 11, da Lei nº 4.117/65), despesas judiciais e extrajudiciais, e honorários de advocacia estipulados sobre o valor dos danos realmente apurados (. . .); e, recebidas as indenizações, sejam as empresas controladas, em conseqüência, condenadas a transferirem à Telebrás a participação a que esta tem direito, por título próprio, *ex-vi* do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, e art. 9º, e como gestora da participação acionária do governo federal (art. 3º, II), e condenada, por sua vez, a Telebrás a receber a indenização que lhe couber e a reservar à União os dividendos a que fizer jus, em decorrência dessa recomposição do dano, *ex-vi* do disposto no art. 7º da citada lei" (fls. 44 e 45 dos autos).

II

Dos princípios jurídicos aplicáveis à sociedade de economia mista

10. Os problemas suscitados na presente ação popular movida contra a Telebrás, suas empresas controladas e os seus administradores devem ser, inicialmente, agrupados dentro de um todo, permitindo assim a sua compreensão e análise sistemática. Julgamos que o núcleo central de discussão deve residir no exame da disciplina legal das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, dos atos comerciais e dos atos administrativos. Com efeito, é a partir da compreensão de sua função econômica e de sua disciplina jurídica que podemos identificar a controvérsia e estabelecer os princípios para a adequada resposta aos problemas colocados.

11. Assim, cabe inicialmente uma tarefa de *construção jurídica* do instituto da sociedade de economia mista, que permita a sua integração harmônica no sistema legal pátrio. A construção jurídica é basicamente o procedimento pelo qual se busca colher as qualidades características de um determinado instituto, destacando as suas notas essenciais, que o particularizam, e reconduzindo-o a uma categoria mais geral, de onde recebe os seus desenvolvimentos. Assim, a questão fundamental reside em achar a *idéia dominante* que preside a regulamentação jurídica de determinado instituto. Em estudo clássico, Francesco Ferrara destaca, entre outras, duas condições fundamentais para a construção jurídica:

a) a construção jurídica deve coincidir exata e inteiramente com o direito positivo, de tal como que ela deve respeitar todo o conteúdo das normas legais;

b) a construção jurídica deve ter unidade sistemática, significando isto que há de estar isenta de contradições, não podendo o seu resultado colocar-se em conflito com outros princípios e postulados do ordenamento jurídico (Ferrara, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Manoel A. Domingues de Andrade. Coimbra, Armenio Amado, 1978, p. 180-1).

12. Às duas condições mencionadas, deve agregar-se uma terceira, também fundamental, quando se trata de construção jurídica de instituto cuja análise não pode prescindir do elemento econômico, como ocorre no caso das sociedades de economia mista. Com efeito, tratando-se de instituto que reflete a intervenção estatal no domínio econômico, na tarefa de sua construção jurídica deve ser realizada uma análise jurídica *substancial*, privilegiando-se o estudo dos objetivos econômicos implementados mediante as normas jurídicas que disciplinam tal instituto (Farjat, Gerard. *Droit économique*. Paris, PUF, 1971). Assim, a tarefa de construção jurídica do instituto da sociedade de economia mista deve compreender não só a análise sistemática das normas jurídicas que a disciplinam, mas também a adequação de tais normas à realidade econômica regulada. Tal realidade econômica, conforme veremos em seguida, está diretamente ligada à questão da intervenção estatal no domínio econômico.

13. Com efeito, a *idéia dominante* no instituto da sociedade de economia mista deve ser extraída da sua função econômica. Trata-se, fundamentalmente, de um instrumento utilizado pelo Estado moderno com vistas a uma intervenção *direta* no domínio econômico. Mediante a sociedade de economia mista, o Estado atua diretamente na esfera econômica, agindo como se fosse um empresário privado. Ou seja, despe-se de sua condição e prerrogativas de soberano para explorar determinada atividade econômica que, ou por exigir grandes investimentos, ou por constituir um serviço de interesse público, não pode ser desenvolvida pelos empresários privados. Na expressão clássica de Rudolf Sohms, "o Estado todo-poderoso depõe a coroa, a fim de poder atravessar a porta acanhada do direito privado".

14. A doutrina francesa tem salientado a importância dessa privatização do regime das entidades públicas em geral e da sociedade de economia mista em particular, ao salientar que "l'État se met en civil",

o que significa a utilização pelo Estado das técnicas de direito privado e, em particular, a submissão das entidades da administração indireta ao direito comercial cuja finalidade atende aos superiores interesses públicos. O Prof. Roger Houin teve o ensejo de assinalar que, na medida em que ocorria a hipertrofia da atividade estatal, o direito comercial foi substituindo, gradativamente, o direito administrativo na área de atuação das sociedades de economia mista e das empresas públicas. E explica essa situação pela maleabilidade exigida nas relações nas quais o Estado não atua como soberano, mas presta serviços, sob as formas as mais distintas. Neste sentido escreve o eminente comercialista francês que:

"O direito contratual comercial é, particularmente, bem adaptado às necessidades das empresas que tenham fins econômicos. Menos formalista ou menos solene que o direito civil ou o direito público (o direito comercial), favorece a conclusão rápida dos contratos (...) Ele também dá maior flexibilidade às regras de execução das obrigações: entre a execução forçada e a rescisão, por exemplo, o direito comercial admite a renegociação do preço (...)

Nada se opõe, em princípio, à extensão às empresas públicas dessas regras (de direito comercial) (...)

Já há longo tempo que as entidades públicas contratam de acordo com as normas de direito privado (...) As leis de nacionalização lembram, freqüentemente, que as empresas públicas celebram os seus contratos de acordo com o direito comercial" (Houin, Roger. La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial. *Archives de Philosophie du Droit. La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique,* Paris, Sirey, p. 101).

15. A lição de Roger Houin abrange, não somente as empresas públicas, mas também e *a fortiori* as sociedades de economia mista e a lição que o mestre francês extrai do ordenamento jurídico do seu país encontra no Brasil, fundamento constitucional no art. 170, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1, que determina, expressamente, a sujeição ao direito das obrigações, dos contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

16. Também nos EUA, as *government corporations* se caracterizam pelo fato de não estarem vinculadas às normas de direito administrativo, gozando da maior independência e regendo-se pelo direito comercial. Tais características permitiram que essas entidades se tornassem os instrumentos úteis e indispensáveis para a realização de grandes empreendimentos econômicos, destacando-se, entre outras, a Tennessee Valley Authority, a Island Waterways Corporation, a Reconstruction Finance Corporation e outras (Wald, Arnoldo. As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado. *Revista Forense, 52*:510 e segs., especialmente p. 519; Bilac Pinto. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista Forense, 146*: 9 e segs.).

17. Assim, ao intervir diretamente no domínio econômico, o poder público declina de seus atributos estatais para atuar como simples particular, como pessoa de direito privado. Conforme analisou Themístocles Cavalcanti:

"O Estado acionista (...) é o Estado revestido de todas as características de pessoa privada, integrado no regime das leis comerciais, obediente aos estatutos das sociedades anônimas, embora tenha um predomínio numérico no capital da sociedade" (Sociedades de economia mista — sua natureza — seus problemas. *Revista de Direito Administrativo, 103*:5).

18. No mesmo sentido, José Cretella Júnior observa que, ao desinvestir-se de suas prerrogativas especiais, o Estado acionista reveste-se de traços típicos do particular, integrando-se no regime jurídico das leis comerciais e obedecendo à legislação das sociedades anônimas comuns (Sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo, 80*:34).

19. Por sua vez, Hely Lopes Meirelles escreve que as sociedades de economia mis-

ta se regem pelas leis comerciais e "pelas normas de direito privado, especialmente na parte das obrigações, igualando-se às empresas particulares (Constituição da República, art. 170, § 2º)" (*Direito administrativo brasiliero*. 8. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 348).

20. A Constituição Federal, em seu art. 170, *caput* e § 1º, estabelece que a organização e exploração da atividade econômica competem, preferencialmente, às empresas privadas, com o estímulo e apoio do Estado, o qual somente em caráter suplementar exercerá *diretamente* atividade no setor econômico. Ao atuar diretamente no desempenho de atividades empresariais, seja mediante empresas públicas, seja mediante sociedades de economia mista, o Estado submete-se às mesmas regras que o particular, figurando como um concorrente comum na economia de mercado e sujeito às mesmas normas que as demais sociedades comerciais. Na realidade, conforme foi notado com precisão por Washington Albino de Souza, o mandamento constitucional desfigura a própria ação direta do Estado, "transferindo-a para *pessoas de direito privado,* como tais definidas na legislação ordinária (Decreto-lei nº 200 e Decreto-lei nº 900), sociedade de economia mista e empresa pública" (*Primeiras linhas de direito econômico*. Belo Horizonte, Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977, p. 197).

21. Na sociedade de economia mista há, tipicamente, uma associação entre o interesse público e o espírito de iniciativa particular. No seu nascimento, a sociedade de economia mista apresenta uma feição publicística, mas, no seu desenvolvimento posterior, nas suas relações com terceiros, assim como na sua atividade empresarial, apresenta uma feição nítida e exclusivamente privada.

22. O aspecto bifacial da sociedade de economia mista foi bem apreendido em trabalho doutrinário clássico de Ruy Cirne Lima, ao destacar que é ela uma sociedade privada *quoad extra,* em relação aos terceiros com os quais entra em contato, não, porém, em suas relações com a entidade pública, pela qual foi criada como instrumento de intervenção estatal na economia. Assim, destaca que:

"*Privada* quoad extra, *a sociedade de economia mista é necessariamente pública* quoad intra. Porque na intervenção estatal consiste a nota específica da sociedade de economia mista, caracteriza-se, esta, antes pela participação da administração pública na direção social do que pela participação daquela no capital social (...) O acionariado do Estado não é bastante para caracterizar a sociedade de economia mista; o Estado acionista submete-se inteiramente ao direito privado, geral ou especial (...) A sociedade de economia mista, ao revés, envolve, de regra, *quoad intra,* uma disciplina publicística da estrutura societária, de sorte a assegurar o predomínio da administração pública, na organização e direção sociais e, conseqüentemente, a eficácia da intervenção estatal a ser realizada através da sociedade mesma" (*Pareceres, direito público*. Porto Alegre, Sulina, 1963, p. 18-9).

23. É precisamente da existência de uma dupla face da sociedade de economia mista, publicística *quoad intra* e privada *quoad extra,* que decorrerão algumas conseqüências fundamentais, conforme veremos.

III

Da necessidade de criação por lei especial da sociedade de economia mista

24. Sendo pública *quoad intra,* a caracterização de uma sociedade anônima como sociedade de economia mista não decorre da simples participação majoritária do Estado em seu capital. Efetivamente, o controle acionário não é condição suficiente para caracterizar a existência de uma sociedade de economia mista, sendo necessária a manifestação expressa de vontade do Estado, mediante uma lei especial. Isto porque o nascimento da sociedade de economia mista pressupõe uma decisão *política* do Estado, na qual está manifesta a sua feição publicística originária.

25. O princípio referido está consagrado expressamente no direito positivo brasileiro. O art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, dispõe:

"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 de voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta."

26. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, lei das sociedades por ações, não afastou a necessidade de criação da sociedade de economia mista mediante *lei especial*. Inicialmente, o art. 236 dispõe que:

"Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa."

27. O art. 235 e seu § 2º dispõem que:

"Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

(...)

§ 2º As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo."

28. Assim, conforme foi observado, doutrinariamente, a lei das sociedades anônimas afastou, expressamente, no § 2º do art. 235, a possibilidade de uma sociedade anônima controlada por uma sociedade de economia mista ser, por este fato, ela própria uma sociedade de economia mista. Com efeito, ao dispor o § 2º do art. 235 que estão sujeitas à lei das S.A. as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, sem as exceções previstas no Capítulo XIX, ficou claro que as sociedades anônimas controladas por empresas de economia mista não pertencem à espécie. A elas aplicam-se, portanto, pura e simplesmente as normas gerais da lei, sem as exceções existentes para as sociedades de economia mista.

29. A doutrina, aliás, sempre acentuou, de maneira praticamente consensual, a indispensabilidade da criação da sociedade de economia mista por lei especial, fundamentalmente pelo fato de envolver a aplicação de recursos públicos (Santos, Theophilo de Azeredo. *As sociedades de economia mista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1964. p. 29-30; Valverde, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. *Revista de Direito Administrativo, 1*:429; Saraiva, Oscar. Novas formas de delegação administrativa do Estado. *Revista Forense, 100*:234; Valadão, Haroldo. Parecer. *Revista de Direito Administrativo, 48*:542, 1957; Wald, Arnoldo. As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado. *Revista Forense, 152*:510, e As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista de Informação Legislativa, 54*:99; Tácito, Caio. Sociedades comerciais e fundações do Estado. *Revista Forense, 205*:427; Seabra Fagundes. Parecer. *Revista de Direito Administrativo, 32*:473; Coelho, José Washington. *Aspectos polêmicos da nova lei das sociedades anônimas*. p. 187 e segs.).

30. A jurisprudência também tem entendido, de forma inequívoca, antes e depois do advento da lei das sociedades anônimas, que a sociedade de economia mista deve ser criada por lei especial. Esta orientação pode ser claramente identificada em decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal, nas quais ficou estabelecido que a sociedade de economia mista é caracterizada por ter sido criada por lei especial, com ela não se confundindo a sociedade anônima sob o controle acionário direto ou indireto do poder público (RE nº 72.306, in *Revista Trimestral de Jurisprudência, 68*:737; RE nº 76.374, in *RTJ, 67*:616; RE nº 79.840, in *RTJ, 75*:204; RE nº 92.338-1, in *DJ*, de 11.4.80; RE nº 92.340-3,

in *DJ*, de 18.4.80; RE nº 93.175-9, in *DJ*, de 31.10.80; RE nº 92.327, in *DJ*, de 13.2.81; RE nº 93.502-9, in *DJ*, de 21.8.81; RE nº 92.288, in *Revista de Direito Administrativo, 145*:170).

31. Idêntica é a posição do egrégio Tribunal Federal de Recursos (*Revista do Tribunal Federal de Recursos, 15*:70), assim como dos Tribunais Estaduais (*Julgados do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 12*:53, *15*:79).

32. No mesmo sentido se manifestou a Consultoria-Geral da República em pareceres em que se discutia a natureza jurídica da Companhia Siderúrgica Guanabara — Cosigua (Parecer nº H-297, do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa), em consulta referente a subsidiária da Petrobrás (Parecer nº L-154, do Dr. Luiz Rafael Mayer) e em consulta sobre a natureza jurídica da Açominas (Parecer nº N-61, do Dr. Clóvis Ramalhete). A exigência da legislação específica, autorizando a criação de sociedades de economia mista, foi a tônica em todos os pronunciamentos da Consultoria-Geral.

33. Mais recentemente, o referido entendimento foi confirmado, especificamente com relação às empresas subsidiárias da Telebrás. Com efeito, o Parecer nº P-010, de 2 de setembro de 1981, do Dr. Paulo Cesar Cataldo, consultor-geral da República, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, esclarece que:

"Ementa. A constituição de sociedade de economia mista federal depende de prévia autorização legislativa, nos termos do art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200, de 1967, na redação do Decreto-lei nº 900, de 1969, e, ainda, do art. 236 da Lei nº 6.404, de 1976.

As empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, do Distrito Federal, municipal e particulares, que, mediante mudança do controle acionário, passaram a subsidiárias da Telebrás — Telecomunicações Brasileiras S.A. — não adquiriram, por tal fato, a natureza jurídica de sociedade de economia mista federal, à míngua de suporte legal para a conceituação.

As subsidiárias em tais condições estão subordinadas às normas gerais da lei das sociedades por ações (art. 235, § 2º), sem embargo de lhes ser aplicável o Decreto nº 84.128/79, quanto ao controle de recursos e dispêndios, e a Lei nº 6.223, de 1975, no que tange ao controle externo do Tribunal de Contas da União, devendo contribuir para o PIS — Programa de Integração Social" (*DOU*, de 10.9.81; grifo nosso).

34. Doutrinariamente, também foi reconhecido que as empresas controladas pela Telebrás não são sociedades de economia mista. (Wald, Arnoldo. As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. 31*:90).

35. O § 2º do art. 3º da Lei nº 5.792/72 autorizou a Telebrás a constituir subsidiárias e a participar do capital de outras empresas com atividades relacionadas com o setor de telecomunicações. O art. 4º e seu parágrafo único da mesma lei facultaram à Telebrás a participação no capital de empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações estaduais, municipais e particulares, podendo tal participação ser aumentada até que a Telebrás assuma o controle de tais empresas. O parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 74.379, de 8 de agosto de 1974, dispôs que:

"Art. 2º (...)

Parágrafo único. 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" (grifo nosso).

36. Verifica-se, assim, que as empresas controladas pela Telebrás não são sociedades de economia mista, não decorrendo tal caracterização do simples fato de serem subsidiárias de sociedade de economia mista. Tal entendimento, aliás, é expressamente estabelecido no Parecer da Consultoria-Geral da República de nº P-010, antes mencionado (item 33 do presente parecer), e decorre ainda do art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 74.379, que condiciona a

sua conversão em sociedades de economia mista a ato do Exmo. Sr. Presidente da República, que deve ser expresso e cuja existência não se pode presumir.

37. Não sendo as empresas subsidiárias da Telebrás sociedades de economia mista, pela ausência do pressuposto essencial da criação por lei especial, evidentemente *contra elas não pode ser proposta ação popular*. Tal conclusão deflui da simples leitura do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que não atribui legitimidade passiva na ação popular às empresas controladas por outras de economia mista, mas que não sejam elas próprias, sociedades de economia mista. A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo nº 265.832, decidido em 6.3.78, teve ocasião de julgar que uma sociedade anônima privada, pelo simples fato de ter como maior acionista uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, não se transforma em sociedade de economia mista, não podendo, portanto, estar sujeita à ação popular (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 51*:219) (Doc. I anexo).

IV

Do descabimento de ação popular contra sociedade de economia mista

A. Atuação empresarial da sociedade de economia mista

38. Conforme verificado nos itens precedentes, a sociedade de economia mista apresenta um aspecto bifronte, pública *quoad intra* e privada *quoad extra*. Do primeiro aspecto, extraímos as conseqüências mais relevantes. Examinaremos, agora, quais as conseqüências fundamentais do caráter eminentemente privado nas relações mantidas pela sociedade de economia mista com terceiros.

39. Em primeiro lugar, cabe notar que, na sua atuação *empresarial*, a sociedade de economia mista não se diferencia das demais sociedades anônimas. Este princípio está estabelecido expressamente na lei das sociedades anônimas, no seu art. 235, ao dispor que se aplicam às economias mistas os dispositivos desta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. Tais disposições especiais, conforme notou a doutrina, não podem, porém, atingir a essência do instituto da sociedade de economia mista, não sendo, portanto, discricionário o poder do Estado em relação às derrogações suscetíveis de serem feitas às regras gerais das sociedades anônimas comuns (Cavalcanti, Themístocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. *Revista de Direito Administrativo, 128*, abr./jul. 1977). Tais disposições especiais objetivam, basicamente, garantir a predominância da vontade do Estado na economia mista, pelo fato de participar ele com a maioria do capital votante.

40. Conforme notou Fran Martins, é inegável que a lei das sociedades anônimas caracteriza as sociedades de economia mista como *sociedades de direito privado*. Tal característica estaria, ademais, claramente estabelecida nos seguintes elementos essenciais: subordinação aos princípios gerais da lei das S.A., excetuadas as disposições especiais da lei federal; submissão às normas da Comissão de Valores Mobiliários, quando são companhias abertas; atribuição ao Estado dos deveres e responsabilidades do acionista controlador; atribuição, aos administradores, dos mesmos deveres e responsabilidades dos administradores das companhias abertas comuns. (Martins, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro, Forense, 1979. v. 3. p. 194). Assim, conforme observou Luiz Gastão Paes de Barros Leães, as sociedades de economia mista seriam, tão-somente, uma *variante* das sociedes mercantis comuns (O conceito jurídico da sociedade de economia mista. *Revista de direito administrativo, 79*, 1965).

41. Em sua atividade empresarial, a sociedade de economia mista, nos negócios que contrata, nos vínculos comerciais que estabelece, fica, em princípio, inteiramente sob a disciplina do direito privado. Assim, está ela livre para firmar contratos privados, que não se qualificam como contratos administrativos, para contratar obras e ser-

viços sem a necessidade de licitação, enfim, para praticar todos os atos necessários à realização de seu objeto social, inclusive com finalidades lucrativas. O fim lucrativo das sociedades de economia mista tem levado, inclusive, alguns doutrinadores alemães a qualificarem sua atuação como constituindo uma "atividade econômico-lucrativa da administração pública". Assim, os atos das sociedades de economia mista qualificam-se tipicamente como atos de comércio, devendo como tal serem interpretados. Na sua atuação empresarial, explorando diretamente determinado empreendimento econômico, no mais das vezes com finalidades lucrativas, os atos de sociedade de economia mista constituem, com efeito, *matéria de comércio.*

42. É a partir de tais princípios que deve ser analisada a questão do cabimento de ação popular contra atos de comércio praticados por sociedade de economia mista. Isto porque o objetivo fundamental da ação popular é a proteção dos interesses da comunidade, destinando-se à anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público. Sua essência está, portanto, na defesa do interesse público, do direito próprio do povo, ou até, eventualmente, como mais recentemente vem sendo colocada a questão, na defesa dos "interesses difusos" da sociedade.

B. Do descabimento da ação popular

43. Segundo a melhor doutrina, a ação popular surgiu no direito romano, inicialmente no direito penal e, posteriormente, na fase de Justiniano, sob a forma de *actio ad pias causas,* facultada a todo e qualquer cidadão, com a finalidade de exigir o pagamento de um legado feito a uma instituição de beneficência, quando os administradores desta última não o fizessem por si próprios. Desenvolveu-se, assim, a ação popular supletiva, a fim de defender os interesses de um ente público.

44. No século XIX, surgem ações populares, na Bélgica e na França, de acordo com as quais o cidadão propõe supletivamente as ações que cabiam ao município (Andrade, José Robin de. *Ação popular no direito administrativo português.* Coimbra, Coimbra Ed., 1967. p. 7 e segs.; Campos Filho, Paulo Barbosa de. *Da ação popular constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1968. p. 4 e segs.).

45. Aparecendo na Itália, no campo do direito eleitoral, e na França, em virtude da jurisprudência do Conselho de Estado referente ao excesso de poder, as ações populares foram regulamentadas no Código Administrativo portuugês, que as acolheu para a defesa das "coisas públicas", a fim de reivindicá-las ou reavê-las para as entidades de direito público, quando bens ou direitos tivessem sido usurpados ou indevidamente possuídos. (Andrade, José Robin de. ob. cit. p. 11). Na legislação portuguesa mais recente, encontramos a ação popular como meio de impugnação das deliberações dos corpos administrativos e autárquicos (Código Administrativo de 1936, com a redação que lhe foi dada em 1940, arts. 882 e 826).

46. Em todas as legislações, as ações populares, sejam elas corretivas ou supletivas, sempre se apresentaram como *meios de controle judicial dos atos administrativos praticados pelas entidades de direito público* e é com este sentido que o nosso direito constitucional as acolheu.

47. Efetivamente, a ação popular surgiu, entre nós, na Constituição de 1934. Omitiu-a a Constituição de 1937, tendo, por-m, reaparecido na Constituição de 1946 (art. 141, § 38) com a seguinte redação:

"Art. 141. (...)

§ 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear *a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.*"

48. É interessante salientar que a melhor doutrina considerou a norma constitucional auto-aplicável e não necessitando de regulamentação. Assim, os maiores juristas da época, como Carlos Maximiliano, Frederico Marques e Pontes de Miranda, foram unâ-

nimes em reconhecer que os preceitos constitucionais eram auto-executáveis, posição que o próprio Supremo Tribunal Federal adotou em decisão de 28 de setembro de 1949 (*Archivo Judiciário, 93*:161; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. t. V. p. 638; Marques, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. *Revista Forense, 178*:50).

49. Somente em 1965 é que veio a ser aprovada, pelo Congresso Nacional, a Lei nº 4.717, que regulamentou o dispositivo constitucional referente à ação popular, tendo incluído, no seu art. 1º, a sociedade de economia mista entre as entidades contra as quais podem ser intentadas as ações populares.

50. Ainda naquela época, a jurisprudência já fez restrições ao uso amplo da ação popular contra as sociedades de economia mista, embora então consideradas entidades públicas. Assim, em julgamento proferido em 2 de dezembro de 1958, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apreciando ação intentada contra a Companhia Vale do Rio Doce, teve o ensejo de decidir, na Apelação nº 12.335, que, conforme se verifica na ementa:

"O fato de se tratar de sociedade de economia mista não a extroverte, por isso só, do âmbito cabível de uma ação popular, nem essa qualidade a imuniza de poder beneficiar-se dum ato lesivo do patrimônio público.

O texto constitucional que criou a ação popular erige qualquer cidadão em parte legítima para lograr a nulidade de atos prejudiciais ao patrimônio público ou de entidade autárquica e de economia mista, mas *isso não autoriza o particular a se imiscuir em negócios privados, esquadrinhando neles a possibilidade de remoto interesse público, ao fim de se empecer e invalidar*" (*Revista Forense, 188*:220). (Doc. II anexo).

51. No voto do relator, Desembargador Aprígio Ribeiro, foi salientado que:

"O que não convém é lançar as balizas da ação popular além do que evidentemente pretendeu o legislador: a tutela da moralidade dos atos administrativos não suscita que demandistas por índole ou indivíduos rixentos não andem a envolver as entidades públicas em litígios fadados a insucesso, obrigando-as a incômodos e despesas. A presente ação, ditou-a, não o interesse de resguardar o patrimônio da edilidade, mas um intuito visível de represália dos autores contra as sucessivas derrotas que lhes infligiu a ré" (*Revista Forense, 188*:220) (Doc. II anexo).

52. Ocorre, todavia, que na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a norma referente à ação popular não mais faz referência à *sociedade de economia mista*. O art. 153, § 31, da Emenda Constitucional nº 1, assim dispõe:

"Art. 153. (...)

§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de *entidades públicas*" (grifo nosso).

53. Ora, conforme já evidenciamos, as sociedades de economia mista não são entidades públicas, mas, isto sim, pessoas jurídicas de direito privado. A propósito, aliás, a redação do art. 5º do Decreto-lei nº 200 não deixa margem a qualquer dúvida. Assim, tivemos já oportunidade de manifestar o entendimento de que, ao se referir exclusivamente ao patrimônio das entidades públicas, o legislador constituinte afastou a possibilidade de ação popular no caso de atos lesivos ao patrimônio de entidades de direito privado, como é o caso das sociedades de economia mista. *Ao aplicar às sociedades de economia mista, assim como às empresas públicas, as normas de direito privado obrigacional, a Constituição criou um regime jurídico único para todos os contratos comerciais das sociedades com personalidade de direito privado, de tal modo que o fato de ser contratante uma entidade da administração indireta não deve modificar a incidência das normas aplicáveis.* (Wald, Arnold. Ação popular para anulação de contrato — princípios legais aplicáveis. *Revista dos Tribunais, 521*:60, mar. 1974; e *Revista dos Tribunais, 570*:35 e segs.).

54. Ademais, há claramente um conflito entre a norma do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e o dispositivo constitucional (art. 153, § 31). Conforme a advertência do Prof. Hely Lopes Meirelles, ao tratar da remissão feita no art. 1º da Lei nº 4.717/65 ao dispositivo constitucional:

"A remissão ao art. 141, § 38, da Constituição de 1946 deve ser entendida, agora, como feita ao art. 153, § 31, da Constituição da República de 1969. Observe-se, ainda, que *a nova disposição constitucional alterou a redação e os requisitos da ação.* Esta lei, portanto, deve ser interpretada e aplicada com adaptação ao novo texto constitucional" (*Mandado de segurança e ação popular*. 8. ed. São Paulo, RT, 1982. p. 119. nota 1).

55. Existindo contradição entre a norma do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e o dispositivo constitucional, deve prevalecer este último, por constituir norma *posterior* e de *escalão hierárquico superior.* Com efeito, é princípio assente na teoria jurídica que não podem coexistir, dentro do mesmo ordenamento legal, normas contraditórias ou incompatíveis. Isto porque a própria noção do *sistema jurídico* implica o princípio da exclusão da incompatibilidade entre as normas jurídicas. Havendo, portanto, normas incompatíveis, como ocorre no presente caso, deve evidentemente ser excluída aquela que não só é inferior hierarquicamente, como ainda é anterior. Pela aplicação de duas regras de solução da contradição de normas em um ordenamento jurídico (*lex posterior derogat priori* e *lex superior derogat inferior*), chegamos à conclusão lógica de que, no que toca à possibilidade de ação popular contra ato de sociedade de economia mista, está revogada a norma do art. 1º da Lei nº 4.717/65. Portanto, a sociedade de economia mista não é legitimada passivamente em ação popular, particularmente em suas relações obrigacionais privadas.

56. Cabe salientar que não há necessidade, no caso, de modificação da lei ordinária, pois, do mesmo modo que os tribunais e a doutrina entenderam que os textos constitucionais de 1934 e 1946 eram auto-aplicáveis (ver item 48), cabe, atualmente, reconhecer que se impõe, desde logo, a aplicação da nova norma constitucional, excluindo-se a possibilidade jurídica da propositura de ação popular contra sociedade de economia mista.

57. A propósito, cabe lembrar que o Tribunal Federal de Recursos, em ação popular em que se discutia a venda de ações da Companhia Vale do Rio Doce em Bolsa de Valores, ato tipicamente de direito privado, teve oportunidade de decidir que:

"Pretendendo o autor popular a declaração de nulidade da venda de ações da empresa estatal na Bolsa com infração de regras reguladoras do mercado de valores, e não sendo identificáveis os portadores atuais de tais ações, configura-se a inviabilidade da ação.

A impossibilidade jurídica do pedido não decorre apenas de sua inadmissão pelo ordenamento jurídico, mas de sua inviabilidade, evidenciada pela própria situação fática que torna induvidosa *prima facie* a sua improcedência.

A colocação das ações de sociedade de economia mista no mercado, mediante procedimento autorizado em lei, torna legítima as relações obrigatórias decorrentes de sua livre circulação" (Agravo de Instrumento nº 41.593-RJ, decidido em 28 de abril de 1981).

58. Essa decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos reconheceu que as normas gerais do direito comercial são aplicáveis às sociedades de economia mista, tendo trancado a ação popular intentada para anular as vendas de ações.

59. Ora, no caso objeto do presente parecer a hipótese não deixa de ser semelhante, uma vez que, manifestamente, ocorre a *impossibilidade jurídica* do pedido na ação popular. Inicialmente, quanto às sociedades subsidiárias da Telebrás: em primeiro lugar, não são sociedades de economia mista, decorrendo daí a impossibilidade de ação popular contra elas proposta; em segundo lugar, seu ato de aditar os referidos contratos de edição foi tipicamente comercial,

de natureza privada, e em estreita obediência às diretrizes estabelecidas por seu acionista controlador, a Telebrás. Quanto à sociedade *holding*, a Telebrás, o pedido é igualmente impossível, uma vez que a deliberação por ela tomada de determinar o aditamento dos contratos de edição de listas telefônicas foi, tipicamente, ato de acionista controlador de sociedades anônimas *privadas*, no exercício puro e simples de seu poder de controle. Tal ato, se, simplesmente *ad argumentandum*, caracterizasse um *abuso de poder*, poderia eventualmente, em tese, ser contestado, mas não em ação popular e sim em ação prevista pela lei societária, que tem requisitos próprios. Acresce que, certamente, não constituiria um ato lesivo, pois o ato do controlador é meramente normativo. E, do mesmo modo que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese, descabe também a ação popular contra o simples comando normativo que pode ensejar ou não a prática do ato concreto que — este sim — poderá ser ou não ser lesivo, devendo ser apreciado em procedimento próprio de acordo com a natureza privada de quem o praticou.

60. Ressalta, ainda, um outro aspecto fundamental a ser referido, que diz respeito ao fato de constituir o sistema de telecomunicações um verdadeiro conglomerado, um grupo de fato de sociedades controlado por uma empresa *holding*, a Telebrás. Os atos de comando dos negócios do conglomerado, praticados pela Telebrás *não são atos administrativos*, mas, isto sim, atos típicos de acionista controlador, ou seja, atos de direito privado. Assim, mesmo em princípio, não pode caber a ação popular contra tais atos. Praticados mediante abuso de poder (art. 117 da lei das sociedades anônimas) poderiam ensejar, apenas, responsabilidade civil do acionista controlador — Telebrás — desde que deles resultasse algum prejuízo para as companhias controladas, para os acionistas minoritários ou para a comunidade. Conforme se verifica no direito comparado, particularmente na atuação das empresas estatais italianas do tipo IRI e ENI, a sua gestão é pautada pelos mesmos princípios da *holding* comum, inclusive no que toca à finalidade lucrativa e ao regime de responsabilidade. A doutrina esclarece que as *holdings* instituídas pelo Estado atuam como as demais, só intervindo nos negócios das suas subsidiárias para dar diretrizes de ordem geral (Ducoulox, Claude. *Les sociétés d'economie mixte en France et en Italie*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 102).

61. A doutrina tem salientado que a IRI é, na realidade, uma *holding* obedecendo às normas de direito, comercial e que manifesta a sua vontade às sociedades nas quais participa pelos canais próprios previstos pela legislação societária. Equipara-se, assim, a um verdadeiro banco de negócios (*banques d'affaire*) que atua na forma prevista pela legislação comercial, sem as restrições impostas pelo direito administrativo (Cohen, G. *Les participations publiques en Italie*. Dr. Soc., 1970, p. 201; Linotte, D. & Mestre, A. *Services publics et droit public economique*. Paris, Techniques, 1982. t. I. p. 268).

62. Enquanto certos países, como a Itália e a Espanha, preferiram estabelecer uma espécie de *holding* geral controlando a totalidade das participações estatais, outros como o Brasil, optaram por um sistema de *holdings* especializadas ou setoriais, abrangendo áreas como a energia elétrica (sistema Eletrobrás), a siderurgia (sistema Siderbrás) e as comunicações (sistema Telebrás).

63. A posição que a *holding* assume em tais hipóteses é a prevista não pelo direito administrativo, mas sim pela legislação societária, caracterizando-se como controladora, co mos deveres e direitos inerentes a tal situação. Assim, ainda recentemente, na mensagem aos acionistas elaborada pela Siderúrgica Brasileira S.A. — Siderbrás — publicada no *Diário Oficial da União*, de 20 de abril de 1983, verificamos que esta empresa define expressamente a sua atuação como sendo a do *acionista controlador*.

64. A Procuradoria-Geral do estado da Guanabara já teve o ensejo de salientar que as decisões das sociedades de economia mis-

ta são tomadas de acordo com os seus estatutos e as deliberações dos seus órgãos, não cabendo à legislação estadual conter comandos a elas destinados. Tais comandos devem ser entendidos como dirigindo-se menos às sociedades de economia mista do que aos representantes do estado nas assembléias-gerais dessas sociedades (*Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 31*:282). Assim, todas as decisões referentes às sociedades mistas não constituem atos administrativos e sim atos negociais, que se regem pela legislação de direito privado.

65. Deste modo, conforme destaca a doutrina referentemente à *holding* estatal, sua atuação é notadamente de natureza privada, exercendo todas as funções inerentes a uma sociedade controladora. Sua atividade prevalente é a de assegurar o controle e a direção de outras sociedades comerciais, embora também possa dedicar-se a atividades comerciais e de produção industrial. Em sua atuação, destaca-se ainda, que, por tratar-se de *holding* estatal de sociedade de economia mista ou empresa pública, muito dificilmente ocorrerá o "abuso de poder" (Davis, M. T. de Carvalho Brito. *Tratado das sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro, Konfino, 1969; Moura, Eliana Donatelli de. *Sociedades de economia mista na nova lei das sociedades anônimas*; o acionariado do Estado. Porto Alegre, Atrium, 1978. p. 77).

66. Evidencia-se, assim, que descabe a propositura de ação popular contra a sociedade de economia mista por inexistência de legitimidade passiva *ad causam* e que, mesmo e superada essa questão, não seria o processo cabível pelo fato de se discutir não a validade de atos administrativos, mas sim de atos negociais.

V

Da inexistência de ato administrativo

67. Tanto as deliberações da Telebrás como os contratos firmados pelas suas subsidiárias que, como vimos, não são sociedades de economia mista, se caracterizam pelo seu aspecto comercial.

68. A Deliberação nº 25 da diretoria na sua 156.ª Reunião Ordinária de 27 de janeiro de 1976 que fixou a diretriz para a contratação de editoras e a Deliberação nº 33/80 do mesmo órgão, na sua 329.ª Reunião Ordinária, em 25 de março de 1980, que modificou a diretriz anterior, são ambas normas comerciais programáticas para contratos de direito comercial que a *holding* estabeleceu para as contratações das subsidiárias.

69. Como vimos, essas decisões da sociedade de economia mista, na sua qualidade de *holding*, não são atos administrativos, pois não têm, por fim imediato, "adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados". Trata-se de fixação de uma conduta determinaad pela *holding* para as suas subsidiárias, que obedece ao direito societário e ao direito das obrigações, nos precisos termos do art. 170, § 2º, da Constituição federal, estando assim fora do âmbito do direito administrativo.

70. Quanto aos contratos firmados pelas sociedades subsidiárias com as editoras de listas telefônicas, são evidentemente contratos de direito privado, tanto pela personalidade dos participantes, como pela natureza do contrato e pela legislação que lhes é aplicável.

71. Em primeiro lugar, não sendo as subsidiárias da Telebrás sociedades de economia mista, o contrato não pode ser administrativo, pois ambos os contratantes são sociedades comerciais, pessoas jurídicas de direito privado, sobre cujas relações não incide o direito administrativo.

72. O contrato de edição ou de prestação de serviços ou *sui generis*, firmado entre as partes, não é, por sua natureza, um contrato de direito administrativo.

73. A lei aplicável ao contrato é a lei comercial que as partes não excluíram nem podiam excluir, mesmo se as subsidiárias fossem — e não são — sociedades de economia mista.

74. Neste sentido, já se afirmou a impossibilidade de submeter ao direito administrativo os contratos firmados pelas sociedades de economia mista e, *a fortiori*, por sociedades puramente comerciais (embora subsidiárias de empresa mista), mesmo pela vontade das partes ou por determinação hierárquica, pois a própria Constituição determina, no caso, a aplicação do direito privado (art. 170, § 2º, da Constituição feedral) (ver, a respeito, o parecer do Procurador Sabino Lamego de Camargo, in *Revista da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 31*:283 *in fine*).

75. Acresce que a mais recente doutrina considera que o traço marcante do contrato administrativo é a existência, no contrato, das chamadas "cláusulas exorbitantes", impostas pela administração ao outro contratante, como manifestação de sua *supremacia de poder* (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974. p. 184).

76. Ora, no caso, não encontramos, nos contratos, qualquer vestígio da atuação soberana do Estado, pois se trata de contrato comercial (de edição de listas telefônicas) entre entidades de direito privado (sociedades comerciais), estando ausentes os elementos que caracterizam o contrato administrativo.

77. Assim, o que caracterizaria o contrato administrativo seria a participação da administração com supremacia de poder, do que resultariam certas particularidades, denominadas "cláusulas exorbitantes", as quais não seriam toleráveis em um contrato privado, uma vez que desigualam expressamente as partes.

78. Na lição de Hely Lopes Meirelles:

"As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tanto à administração quanto ao contratante, tais como a ocupação do domínio público e o poder de promover desapropriação, concedidos ao particular para a cabal execução do contrato. As principais e mais usadas cláusulas exorbitantes, entretanto, são as que conferem regalias à administração, dentre outras a 'faculdade de alteração e rescisão unilateral do contrato', o 'controle da execução' e a 'aplicação das penalidades contratuais' (*Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo, RT, 1981. v. III. p. 375-6).

79. Ora, no exame das Condições Gerais de Contrato para Edição de Catálogos e Guias Telefônicos, resulta claro que o contrato em exame *não constitui um contrato administrativo*. Com efeito, nele não se identifica a presença de nenhuma "cláusula exorbitante", revelando, na realidade, equilíbrio entre as partes contratantes.

80. Não resta, assim, qualquer dúvida quanto ao fato de não serem regidos pelo direito administrativo nem as deliberações da diretoria da Telebrás, nem os contratos de suas subsidiárias, não constituindo, pois, nenhum deles, um ato administrativo suscetível de ensejar a ação popular.

VI

Do descabimento da ação popular para decretar a nulidade de atos negociais que não sejam administrativos e dos próprios atos administrativos quando discricionários

81. Já verificamos que, pelas suas origens e finalidades, assim como pela definição constitucional, a ação popular, do mesmo modo que o mandado de segurança, se caracteriza como um remédio contra atos administrativos.

82. Tivemos o ensejo de escrever que foi a hipertrofia do Estado que fez com que se reconhecesse a inadiável necessidade de remédios específicos de direito público, que, no campo processual, pudessem evitar ou corrigir, com rapidez e eficiência, os atos distorcivos da administração, prevenindo ou desfazendo ilegalidades e impedindo os abusos e desvios de poder, sob qualquer das suas formas. Na medida em que se verificou que as técnicas tradicionais do direito não tinham a necessária eficiência para restabelecer o equilíbrio entre o Estado e o indivíduo, o mandado de segurança e a ação popular surgiram como instrumentos de maior densidade, capazes, pela natureza

especial do seu procedimento, de permitir que o poder judiciário arbitrasse, em tempo hábil e sem tardança, os litígios entre o particular e a administração (Wald, Arnoldo. Mandado de segurança e ação popular no estado de direito. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 16*(63):89-90, jul./set. 1979).

83. Há absoluto consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto ao fato de que somente contra atos administrativos — e não contra atos comerciais — é que cabe ação popular, como verificamos pelas seguintes definições do instrumento processual:

a) Hely Lopes Meirelles: "ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter *a invalidadação de atos ou contratos administrativos* — ou a estes equiparados — lesivos do patrimônio federal" (*Mandado de segurança e ação popular*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975. p. 63);

b) Carlos Maximiliano: "chama-se açãc popular a que qualquer cidadão pode propor contra *ato de autoridade*" (Parecer. Revista dos Tribunais, *181*:522);

c) Seabra Fagundes: a ação popular "é instrumento posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (e, às vezes, também intrínseca) do *procedimento administrativo*" (*Revista de direito administrativo, 6*. p. 2 *in fine* e 3).

84. É evidente que o ato de fixação de política de um grupo empresarial, praticado pela Telebrás, e os contratos firmados pelas suas subsidiárias, assim como os respectivos aditamentos, não constituem, nem podem constituir, atos administrativos, nem mesmo lhes são equiparáveis.

85. Se, por absurdo, se pudesse admitir que as deliberações da Telebrás têm a natureza de ato administrativo, ainda assim a ação popular não poderia prosperar, pois tal ato, por si, nenhum prejuízo provocou.

86. Quanto às relações comerciais entre as subsidiárias e as empresas que editam as listas telefônicas, constituem, como já vimos, um típico contrato privado e, conseqüentemente, sua alteração (ou aditamento) não pode ser atacada mediante ação popular. Cabe lembrar, a propósito, que a doutrina e a jurisprudência destacam que o procedimento da ação popular não pode ser utilizado como simples elemento de vindita, nem com a finalidade de impedir a realização de serviços públicos essenciais à comunidade (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. cit. p. 77; Wald, Arnoldo. Ação Popular para anulação de contrato — princípios legais aplicáveis. cit. p. 67).

87. Vê-se assim que, por um lado, conforme antes referido, o ato da Telebrás de considerar inexigível a cláusula de garantia mínima nos contratos de edição de listas constitui, notoriamente, ato de acionista controlador de um conglomerado. Por outro lado, tratando-se (o contrato de edição de listas) de um ajuste privado e não de um contrato administrativo, quaisquer aditamentos, nele realizados, estão submetidos, evidentemente, ao regime do direito privado e exclusivamente a ele (art. 170, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1).

88. Tratando-se de um contrato privado, seu exame deve ser realizado à luz dos princípios obrigacionais comuns, de cuja aplicação ao mencionado contrato não decorre qualquer ilegalidade.

89. Do exame do presente caso, resulta claro ainda que a revisão efetuada nos contratos de edição de listas telefônicas, visando eliminar a "cláusula de garantia mínima", foi motivada por fatos supervenientes à assinatura de tais contratos, alguns dos quais imprevisíveis. Com efeito, o cumprimento de tal cláusula poderia levar as empresas editoras à desistência na prestação dos serviços contratados, o que provavelmente traria à administração prejuízos maiores. Assim, o interesse público parece ter sido claramente atendido com a revisão da referida cláusula, uma vez que possibilitou a continuidade dos serviços prestados à comunidade.

90. Mesmo que se tratasse de um contrato administrativo, sua revisão seria possível

uma vez que, conforme ressalta a doutrina, a chamada "mutabilidade" do contrato administrativo é uma cláusula implícita, em razão da qual a administração pode alterá-lo, tendo em vista a continuidade do serviço e a satisfação do interesse coletivo. (Tácito, Caio. *Direito administrativo.* São Paulo, 1975. p. 292; Cretella Júnior, José. *Tratado de direito administrativo.* Rio de Janeiro, 1967. v. III. p. 52)

91. Acresce que é manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que tanto as sociedades de economia mista, quanto, *a fortiori,* as suas subsidiárias, não são obrigadas a fazer prévia licitação para poder contratar. Já assim entendemos em parecer, que publicamos na *Revista da Procuradoria do Estado da Guanabara* (v. 26, p. 345 e segs.) e, no mesmo sentido, se manifestaram a melhor doutrina e a jurisprudência (Súmula nº 158 do Tribunal de Contas da União e acórdão da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 4.781 julgada em 16.5.78, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 34*:182 e segs.; Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973. p. 88, e Parecer. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara. 26*:384; Tácito, Caio. Parecer. *Revista de direito administrativo, 113*:361).

92. Dentro dessa mesma orientação, admite-se que as sociedades comerciais, mesmo quando controladas por sociedades de economia mista, devam ter a necessária flexibilidade que constitui a razão de sua própria existência, pois nelas, como nas demais entidades de direito privado, a liberdade de contratação constitui a regra básica, abrangendo a de aditar e de rescindir contratos.

93. Acresce que a decisão de modificar contratos em situações especiais constitui um ato discricionário que não pode ser declarado nulo pela ação popular, pois é entendimento manso e pacífico que tal medida processual descabe quanto aos atos discricionários.

93a. Assim, já escrevia Seabra Fagundes, que:

"A ação popular não será cabível em todos os casos de gravame a interesse legítimo, porque os atos discricionários, que freqüentemente o podem ferir, admitindo pluralidade de critérios resolutivos por parte da administração pública, excluem o pronunciamento judiciário em favor desta ou daquela decisão" (Seabra Fagundes, Miguel. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo, 6*:7, *in fine*).

94. Idêntica é a posição de José Afonso da Silva quando, em sua excelente monografia, examina os atos discricionários para concluir que:

"A orientação doutrinária e jurisprudencial mais aceita tem sido a de que os atos discricionários são imunes ao controle jurisdicional, a não ser quando transcendam a zona de liberdade legal que a ordem jurídica lhes circunscreve. Dentro desses limites, contudo, deverão ser guiados pelo interesse público, sem ferir direitos subjetivos.

Ora, se os atos discricionários permanecem na zona de legalidade, torna-se difícil admitir sua sindicabilidade através do exercício da ação popular, desde que foi adotada a tese de que ela só é admissível quando o ato impugnado seja também nulo ou anulável. Essa orientação, acolhida também, em essência, pela Lei nº 4.717, importa em retirar a ação popular do campo propício à sua atuação" (Silva, José Afonso da. *Ação popular constitucional — doutrina e processo,* São Paulo, Revista dos Tribunais. p. 122 *in fine* e 123).

95. Finalmente, a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, é pacífica no sentido de só admitir o cabimento de ação popular quando comprovadas cumulativamente a existência de *desvio de poder e a ocorrência de atos lesivos* ao patrimônio da entidade pública (decisões do Supremo Tribunal Federal, publicadas na *Revista Trimestral de Jurisprudência, 54*:95; *72*:421; *96*:1.370; *96*:1.379).

96. Do exame do caso presente, não resulta provada, pela autora da ação popular,

a ocorrência de atos lesivos ao patrimônio da entidade pública, ou o desvio de poder. Ademais, a doutrina ressalta expressamente que a ação popular não autoriza o poder judiciário a invalidar opções administrativas, substituindo-as por outras que considere mais convenientes ou oportunas, pois tal valoração é privativa da administração. Assim, o pronunciamento do poder judiciário, na ação popular, deve ficar restrito à legalidade do ato e a sua lesividade ao patrimônio público (Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular.* cit. p. 81).

VII

Conclusões

97. Verifica-se, pela leitura da petição inicial, que a autora fundamentou a sua ação na legislação ordinária anterior à promulgação da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, que excluíram a incidência da ação popular em relação aos atos de sociedades de economia mista, e que todo o fundamento jurídico da presente ação tem como premissa a existência de atos e contratos administrativos, que inexistem no caso da consulta.

98. Devemos salientar, inicialmente, que pela legislação vigente não mais cabe ação popular contra sociedades de economia mista e, *a fortiori,* muito menos contra sociedades comerciais que não são empresas mistas, como, aliás, reconheceu a jurisprudência (*Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo, 51*:219), justificando-se assim, desde logo, o indeferimento da inicial ou a extinção do processo, por ostensiva impossibilidade jurídica do pedido (art. 295, parágrafo único, III; art. 267, I e IV; art. 329 do Código de Processo Civil).

99. Acresce que os atos discutidos não são atos administrativos, mas sim atos comerciais não suscetíveis de serem examinados em ação popular, que é um remédio específico contra ilegalidades e abusos da administração pública no exercício das suas funções específicas regidas pelo direito público.

100. Mesmo se se tratasse, no caso, de atos administrativos, o que só se admite *ad argumentandum,* não caberia a ação popular. Em primeiro lugar, as deliberações da diretoria da Telebrás não foram lesivas, nem há como considerá-las nulas, devendo reger-se pela legislação societária que regula a responsabilidade do controlador e constituindo ato discricionário que, pela sua natureza, exclui a apreciação em ação popular.

101. No tocante aos contratos firmados pelas subsidiárias da Telebrás com as empresas editoras de listas telefônicas, são contratos comerciais entre empresas comerciais privadas, com finalidade comercial e sem cláusulas exorbitantes, que não podem ser objeto de exame em ação popular, regendo-se pelo direito privado, conforme determina imperativamente o art. 170, § 2º, da Constituição federal vigente.

102. Se assim não fosse e se se tratasse de contratos administrativos, também não deveria ser julgada procedente a ação popular, pois a sua revisão negociada se explica e justifica pelo interesse público e pela teoria da imprevisão consagrada por jurisprudência mansa e pacífica.

VIII

Resposta aos quesitos formulados

103. Respondemos, pois, aos quesitos do seguinte modo:

1º quesito

Tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 1/69, em seu art. 153, § 3º, manteve a alteração do texto da Carta de 1946, introduzida pela Constituição de 1967, com inegáveis reflexos no art. 1º da Lei nº 4.717, excluindo qualquer referência às sociedades de economia mista e empresas públicas, é correto concluir-se, conjugando-se este preceito com o que se acha estabelecido no § 2º do art. 170 da mesma Constituição, que a Telebrás, como sociedade de

economia mista que é, está fora do campo de incidência de ação popular que tenha por objetivo impugnar ato pretensamente lesivo ao seu patrimônio, como ocorre com a presente ação aforada por Rosires Seixa de Franco perante a justiça federal em Brasília?

Resposta

Sim, é correto. O ato da sociedade de economia mista, particularmente quando resulte de um contrato de natureza privada, como é o caso presente, não pode ser atacado mediante ação popular. Conforme demonstrado, em suas relações com terceiros, a sociedade de economia mista atua como um particular, regendo-se, exclusivamente, pelas normas de direito comercial e não podendo, portanto, ser legitimada passivamente para a ação popular.

2º quesito

Considerando-se que as empresas do Sistema Telebrás são sociedades anônimas comuns, que se regem pelas normas gerais das sociedaeds por ações, nos termos do art. 235, § 2º, da Lei nº 6.404/76, pode-se afirmar, pelas razões constantes do quesito anterior e em face do texto expresso do art. 1º da Lei nº 4.717/65, que não as contempla, que tais empresas não podem ser sujeitos passivos da ação popular?

Resposta

Mesmo que se aceitasse a legitimação passiva da sociedade de economia mista em ação popular, as empresas controladas pela Telebrás nela não poderiam ser sujeitos passivos, por não constituírem legalmente sociedade de economia mista, dada a ausência do pressuposto indispensável da sua criação por lei especial, conforme entendimento manso e pacífico da jurisprudência e da doutrina.

3º quesito

O ato com que a diretoria da Telebrás tornou inexigível a cláusula de garantia mínima, inserida nos contratos de edição de listas telefônicas, pode ser enquadrado em qualquer das hipóteses previstas no inciso IV do art. 4º da Lei nº 4.717, de 1965?

Resposta

O ato da Telebrás, conforme visto, por decorrer do exercício regular do poder de controle e por ter sido praticado por sociedade de economia mista, não pode ser atacado mediante ação popular. Trata-se de ato de controlador que deve ser apreciado na forma da lei societária. Mesmo que coubesse a ação popular, o que só se admite *ad argumentandum,* não seria aplicável o disposto no inciso IV do art. 4º da Lei nº 4.717/65, por não ser nulo, nem lesivo e estar ausente a motivação de beneficiar as empresas prestadoras dos serviços de edição.

4º quesito

Houve a apontada fraude ao processo licitatório, em face de se ter erigido a chamada cláusula de garantia mínima como condição preponderante de escolha da melhor proposta e de, posteriormente, considerá-la inexigível?

Resposta

Não houve fraude ao processo licitatório, uma vez que fatos imprevisíveis, posteriores à assinatura dos contratos, tornaram inexeqüível o cumprimento da referida cláusula, sob pena de impossibilidade na continuação dos serviços prestados pelas empresas editoras de listas telefônicas. O interesse público justificou a modificação contratual que obedeceu ao princípio da comutatividade dos contratos.

5º quesito

A alteração dos contratos de edição de listas telefônicas importa no alegado desvio de finalidade, seja o ajuste de natureza privada ou pública?

Resposta

Tratando-se de ajuste de natureza privada, como ocorreu no caso presente, não há que se falar em desvio de finalidade. Mesmo que se tratasse de um ajuste de natureza pública, o autor da ação popular deveria alegar e comprovar o fim verdadeiro pretendido pelos contratantes, sob pena de ser a ação julgada improcedente.

6º quesito

Prevista, na cláusula 22 das Condições Gerais do Contrato, a possibilidade de rescisão dos ajustes, a alteração deles, como ocorreu, está amparada pelo aludido dispositivo contratual, ainda mais que o objetivo da Telebrás, com tal providência, foi garantir a continuidade do serviço público de telecomunicações e, conseqüentemente, a satisfação do interesse coletivo?

Resposta

Tratando-se de contrato privado, sua alteração depende apenas da vontade das partes. Mesmo que se tratasse de um contrato administrativo, prevista a rescisão, está prevista, implicitamente, a medida de conseqüências menores, que é a alteração. Mesmo que não prevista expressamente, considera-se que a mutabilidade do contrato administrativo é cláusula implícita, podendo a administração alterá-lo, com vistas à continuidade e boa execução do serviço.

7º quesito

O ato praticado pela Telebrás e pelas empresas do seu sistema pode ser caracterizado como ato administrativo discricionário, imune, portanto, ao exame do poder judiciário, nos seus aspectos de conveniência e oportunidade?

Resposta

Trata-se de um ato de direito privado, tipicamente negocial. Mesmo que se chegasse a caracterizá-lo como ato administrativo, não poderia ser apreciado pelo Judiciário, nos seus aspectos de conveniência e oportunidade, uma vez que não cabe a este poder invalidar opções administrativas e substituí-las por outras que possa, eventualmente, considerar mais convenientes. Tal aspecto é de ser acentuado quando o ato é praticado por sociedade de economia mista *holding*, controladora de um grupo (de fato) de sociedades, no exercício típico de seu poder de controle, caracterizando-se, pois, como atividade negocial de direito privado.

8º quesito

O ato impugnado padece dos alegados vícios de incompetência e de ausência de motivação?

Resposta

A Telebrás e suas subsidiárias eram manifestamente competentes para orientar e promover, respectivamente, a alteração nos contratos, estando a sua decisão devidamente fundamentada e motivada por fatos imprevisíveis supervenientes à assinatura dos referidos contratos e tendo em vista o atendimento do interesse do público.

É este o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 1983. *Arnoldo Wald*, advogado, professor catedrático de direito civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.