NOTAS E COMENTÁRIOS

AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E AS EMPRESAS ESTATAIS PERANTE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Mauro Rodrigues Penteado*

1. Introdução. 2. Breve escorço histórico. 3. Sociedades de economia mista e subsidiárias ou empresas controladas por outras sociedades de economia mista: exigência de autorização legal para sua criação. 4. Subsidiárias ou controladas de sociedades de economia mista, criadas à míngua de autorização legal específica. Regime jurídico. 5. Diretriz atualmente dominante no âmbito da administração federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência. 6. Conclusão: o controle e a gestão de empresas com participação majoritária do Estado, que não são sociedades de economia mista.

1. *Introdução*

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, alçou a sede constitucional, de forma nítida e inequívoca, os requisitos de criação das sociedades de economia mista (art. 37, inc. XIX); além disso, reafirmou o sistema constante da legislação ordinária anterior (Lei nº 6.404/76, art. 237, § 1º), ao contemplar especificamente os pressupostos para a constituição de suas subsidiárias, assim como a participação delas em qualquer empresa privada (art. 37, inc. XX).

A orientação adotada pelo legislador constituinte consagrou, expressamente, a posição que a respeito vinham adotando a doutrina, as autoridades administrativas e o Poder Judiciário. Estabeleceu, assim, que "somente por lei específica poderão ser criadas (...) sociedades de economia mista" (art. 37, inc. XIX), e que "depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada" (inc. XX).

* Mestre em direito; professor doutor de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Foi, desse modo, lançada a definitiva pá de cal em incipiente polêmica que chegou a se esboçar em nossos meios jurídicos – que, contudo, já se achava pacificada nos âmbitos doutrinários, administrativos e judiciais – acerca das *soi-disant* sociedades de economia "de segundo grau". Doravante, ao teor dos preceitos constitucionais citados, a criação de sociedades de economia mista e suas subsidiárias, bem como a participação de entidades da administração direta ou indireta em empresas privadas passa a depender de expressa e específica autorização do Poder Legislativo; e as sociedades em que tal participação já existe, à míngua da referida autorização, continuam, como sempre o foram, a constituir sociedades anônimas de direito privado, que não integram a administração pública, embora possam, por via reflexa, receber orientações específicas emanadas daquela, desde que obedecido o regime societário comum. São elas – como sempre o foram, reitere-se – apenas sociedades controladas direta ou indiretamente pelo poder público.

Ou, na palavra autorizada de Hely Lopes Meirelles, sua natureza é a de "empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese a participação majoritária em seu capital de ente da administração pública".[1]

O que dizer-se, então, das chamadas "empresas estatais"? Como sabido, essa categoria é estranha à dogmática jurídica, na medida em que a expressão "empresa estatal" tem pouca ou quase nenhuma tradição na doutrina e jurisprudência, aqui e alhures, sendo recente a sua inserção em nosso direito positivo. Do que trata essa expressão, já que é largamente empregada na imprensa e nos meios não-jurídicos, com muita freqüência?

Em termos jurídicos – e é disto que este trabalho trata –, "empresa estatal" constitui um conceito operacional, malévola ou inteligentemente introduzido em nosso quadro normativo (conforme a perspectiva do analista, é óbvio), para identificar aqueles organismos, privados ou públicos, que, por força de várias circunstâncias, foram submetidos a intervenção e participação do poder público.

Data de 29 de outubro de 1979 o Decreto nº 84.128, que, pela primeira vez, abalançou-se a explicitar a noção de "empresa estatal". E o fez de modo pragmático, integrando no conceito – com total desprezo a elementares noções jurídicas – órgãos e entidades que, ou não se caracterizam como "empresas", ou não se amoldam ao qualificativo "estatal".[2]

O referido conceito, exclusivamente operacional, como frisamos, visava implementar mecanismos de controle do Poder Executivo – centralizados na Secretaria de Controle das Empresas Estatais (Sest) – sobre cerca de 500 empresas e órgãos diversos que, ou não integravam a administração direta, ou não se revestiam da forma de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (componentes da administração indireta).

Essa forma, exigida pela legislação vigente (Decreto-lei nº 200, de 1967, arts. 4º e 5º; Lei nº 6.404, de 1976, arts. 235 *usque* 242), pressupõe a manifestação

[1] Apud Stuber, Douglas Walter. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, v. 150, p. 18-34, 1982.

[2] Ver, a respeito, o artigo de nossa autoria intitulado As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle, publicado na *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 45, p. 20-8, 1982. Reza o art. 2º do Decreto nº 84.128: "Consideram-se empresas estatais, para os fins deste decreto: I – empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas direta ou indiretamente pela União; II – autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo poder público; III – órgãos autônomos da administração direta. Parágrafo único. Poderão ser equiparados às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata este decreto, as entidades e organismos de direito privado que recebam contribuições parafiscais ou transferidas do orçamento da União (...)."

volitiva da sociedade, expressada pelo poder competente (Legislativo), que após apreciar e valorar devidamente os casos concretos, ministra autorização específica para o exercício descentralizado das referidas atividades, pelo Poder Executivo.

Sucede que a dinâmica da vida negocial, intensificada numa sociedade heterogênea e em desenvolvimento, como a nossa, não foi acompanhada com a necessária agilidade pelo Legislativo; com isso, o Executivo viu-se muitas vezes na contingência de assumir ou desenvolver determinadas atividades e serviços, sem a devida autorização legal.

É óbvio que aqui não cabe invocar a cínica máxima segundo o qual "se os fatos não se adaptam à teoria, pior para os fatos". Os fatos de tal jaez existiram, e nada indica que deixarão de ocorrer; o que se espera é que, no futuro, e agora com o reforço do comando constitucional analisado, a eles seja dado adequado tratamento jurídico. Para conviver com essa realidade, engendrou-se, como se disse, a noção operacional ou instrumental de "empresa estatal", que outro objetivo não tem senão o de propiciar o controle do Estado sobre as sociedades ou entidades de que participa, ainda que de forma distorcida.

Andaram bem, portanto, os constituintes de 1988 ao não acolherem o conceito operacional e não-jurídico (*stricto sensu*) de "empresa estatal"; orientaram-se pela bússola da experiência e da boa e sedimentada doutrina, ao contemplarem apenas os institutos estáveis e adequados ao modelo político-econômico escolhido.

Os preceitos constantes da Carta de 1988, que vêm de ser referidos, constituem corolário do princípio segundo o qual "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei" (art. 173, *caput*).[3]

A vigente Constituição consagra a distinção introduzida em nosso direito positivo pelo Decreto-lei nº 200, de 1967, entre a administração direta e indireta, esta última integrada pelas sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias (Constituição, art. 37, inc. XVII; Decreto-lei nº 200, arts. 4º e 5º). Tanto que, em mais de dez dispositivos, refere-se textualmente aos componentes da "administração indireta", quando tenciona a eles estender o comando maior, por exemplo, art. 22, XXVII, sobre licitações; art. 165, § 5º, I e II, sobre a lei orçamentária anual, inclusive de seus órgãos de seguridade social (idem, inc. III); art. 165, § 9º, II, sobre normas de gestão financeira e patrimonial; art. 49, X, acerca da subsunção ao controle e fiscalização direta pelo Poder Legislativo; art. 71, II e III, sobre a fiscalização dos tribunais de contas; art. 37, XVII, sobre a vedação de acumulação de cargos; art. 169, parágrafo único, sobre os limites legais à política de pessoal.

Da mesma forma, adotando e aplicando corretamente essas distinções e conceitos, o texto constitucional reconhece a existência de sociedades com participação do poder público, sem prévia e expressa autorização legal – que se situam,

[3] Os textos constitucionais anteriores silenciavam a respeito da definição de sociedades de economia mista, matéria que foi tratada, primeiramente, no Decreto-lei nº 200/67, art. 5º, posteriormente alterado pelo Decreto-lei nº 900/69, e, também, pela Lei nº 6.404/76 (arts. 235-237). A Constituição de 24 de janeiro de 1967 estabelecia que "somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará atividade econômica" (art. 163, § 1º), determinado, no parágrafo seguinte, que as "sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações", normas essas repetidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 170, §§ 1º e 2º). Aparentemente, a Constituição de 1988 teria restringido essa equiparação, ao referir-se apenas às "obrigações trabalhistas e tributárias", sem mencionar o direito das "obrigações"; a expressão "regime jurídico próprio das empresas privadas", todavia, nos parece ter elastério suficiente para abranger o direito obrigacional.

portanto, fora do campo de incidência dos mandamentos acima citados –, a elas dirigindo normas específicas, mediante o emprego de terminologia própria. É o que sucede no tocante aos recursos para investimentos; desejando incluir na lei orçamentária anual todos os investimentos do poder público – e não apenas aqueles realizados pela administração direta e indireta – o art. 165, § 5º, II, determinou que o mencionado diploma orçamentário compreenda "o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto". Ora, é curial que se a intenção do legislador fosse a de alcançar apenas os entes da "administração indireta", a expressão técnica empregada seria esta, como ocorreu nos dispositivos supra-referidos. Igual técnica foi utilizada, quanto à observância dos princípios sobre licitações e contratos, na redação dada ao art. 22, XXVII, *in fine*, o que confirma a conclusão que a vigente Carta Magna não admite as chamadas sociedades de economia mista de "segundo grau".

A Constituição em vigor sistematizou mais adequadamente o elenco dos órgãos e entidades vinculados ao poder público, incluindo no gênero "administração pública" (Título III, Capítulo VII), as três espécies seguintes: 1) administração direta; 2) administração indireta; 3) administração fundacional (art. 37, *caput*).

As sociedades de economia mista integram a administração indireta, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º), sendo vedado a elas atribuir privilégios fiscais não extensivos ao setor privado (idem, § 2º).

Todos os mandamentos citados, inscritos na nova Lei Maior a respeito das sociedades de economia mista, não conflitam nem são incompatíveis com os diplomas legais anteriores que tratavam da matéria (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, arts. 4º e 5º, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, arts. 235 *usque* 242), o que importa dizer que estes últimos permanecem em plena vigência (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, inc. I). A despeito da consagração, pela Constituição de 1988, dos conceitos e princípios constantes da legislação ordinária precedente, a matéria, pela sua relevância, está a merecer análise mais detida, tarefa a que nos dedicaremos neste estudo.

2. *Breve escorço histórico*

É controversa a origem das sociedades de economia mista. Trajano de Miranda Valverde, primeiro autor que sobre elas versou em nossa literatura jurídica – na exposição de motivos sobre a Lei das Sociedades por Ações submetida ao Governo federal, em 1939[4] – considera que a fórmula não é nova: "criou-a o Estado nacional da época mercantilista, no ocaso do século XVI e no começo do século XVII". As primeiras manifestações do fenômeno, segundo o clássico jurista, teriam sido a Companhia das Índias Orientais, criada na Inglaterra em 1599 e a Companhia das Índias Ocidentais, instituída pelos Estados Gerais dos Países-Baixos Unidos, em 1602.[5]

O Ministro Bilac Pinto, em famoso e muito difundido estudo, atribuiu à concessão dos serviços públicos e à intervenção do Estado no domínio econômico a ori-

[4] Cf. Neto, Cotrim *apud* Velloso, Cáio Mário da Silva. Empresas estatais; responsabilidade e controle. *Revista de Direito Público*, v. 85, p. 84. 1988.

[5] In *Sociedades por ações*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1953. v. 1, p. 40.

gem e desenvolvimento dessa espécie societária: "essa evolução não se operou – afirma o autor – de maneira uniforme e geral ou por estágios que possam ser precisamente delimitados no tempo e no espaço."[6]

Segundo Valverde, a primeira sociedade de economia mista criada entre nós foi o Banco do Brasil, fundado pelo Alvará de 12.10.1808, do Príncipe Regente. Seguiram-se-lhe em ordem cronológica, o Banco do Estado de São Paulo, o Banco Mineiro da Produção e o Banco de Crédito da Borracha. Sob a égide da Constituição de 1937[7] começaram a surgir uma série de sociedades de economia mista, sempre caracterizadas por sua nota conceitual marcante e inalterável, a despeito do silêncio do texto constitucional, a saber, a criação mediante autorização legal emanada do Poder Legislativo, ou, no recesso deste, pelo poder que em caráter excepcional exercia as funções legislativas: Instituto de Resseguros do Brasil, Decreto-lei nº 1.186, de 1939; Companhia Siderúrgica Nacional, Decreto-lei nº 3.002, de 1941; Companhia Vale do Rio Doce, Decreto-lei nº 4.352, de 1942; Companhia Nacional de Álcalis, Decreto-lei nº 5.684, de 1943; Companhia Hidrelétrica do São Francisco, Decreto-lei nº 8.081, de 1945; Fábrica Nacional de Motores S.A., Decreto-lei nº 8.699, de 1946.[8]

E a criação de sociedades de economia mista não cessou, contrariando o vaticínio que Bilac Pinto fizera em 1953.[9] Por outros motivos, que não apenas aqueles já indicados por Valverde em 1939,[10] as sociedades de economia mista proliferaram, mercê a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, por "imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" (Constituição de 1988, art. 173, *caput*), para a prestação de serviços públicos de forma descentralizada (id. art. 175), para a exploração de atividades monopolizadas (id. art. 177), para a atuação em "setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa" (Emenda Constituição nº 1, de 1969, art. 163, *caput*), para a exploração direta de atividades econômicas "em caráter suplementar da iniciativa privada" (id. art. 170, § 1º), ou, ainda, para o exercício de atividades e serviços indispensáveis à coletividade, por cuja exploração a iniciativa privada não tenha interesse.

No que diz respeito aos requisitos de criação das sociedades de economia mista, nosso direito positivo experimentou três fases: a) a primeira, de agnosticismo constitucional e legal, na qual, apesar disso, reconhecia a jurisprudência e doutri-

[6] O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 32, p. 4, abr./jun. 1953.

[7] O art. 135 da Carta outorgada em 1937 estabelecia que "a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta".

[8] Cf. Valverde. op. cit. p. 46-50.

[9] Por exemplo, Petrobrás, criada pela famosa Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953; Eletrobrás, Lei nº 3.890-A, de 1961; Telebrás, Lei nº 5.792, de 1972; Siderbrás, Lei nº 5.919, de 1973 etc.

[10] "Vivemos, forçoso é confessar, em pleno regime de usura. Porque, no Brasil, o dinheiro ainda produz facilmente dinheiro. A proliferação de casas bancárias, com capitais ridículos, evidencia o acerto da afirmação. Ora, é possível que o Governo possa modificar com o tempo essa situação, fundando sociedades de economia mista para a realização de empreendimentos de interesse geral" (op. cit. p. 46/7).

na, a indispensabilidade de autorização legal;[11] b) uma segunda etapa, em que inicialmente o Decreto-lei nº 200, posteriormente alterado pelo Decreto-lei nº 900, e depois a Lei nº 6.404, definiram essa espécie societária, erigindo como requisito essencial para a sua constituição a prévia autorização legislativa; c) finalmente, com a Carta Magna recém-promulgada, a matéria, pela sua relevância, ganhou sede constitucional, mercê tratamento aprimorado e detalhado, que compreende inclusive as subsidiárias das sociedades de economia mista, sepultando quaisquer dúvidas que pudessem pairar a respeito destas últimas.

3. *Sociedades de economia mista e subsidiárias ou empresas controladas por outras sociedades de economia mista: exigência de autorização legal*

Em face da Constituição em vigor, inexiste, pois, qualquer dificuldade no tocante à fixação da natureza das empresas controladas por sociedades de economia mista. Da mesma forma que estas últimas, as subsidiárias dessa espécie societária somente poderão ser criadas após a competente "autorização legislativa", requisito que igualmente é exigido para "a participação de qualquer delas em empresa privada" (art. 37, inc. XX). Inexistindo lei autorizativa, a subsidiária ou controlada de sociedade de economia mista será, como afirma Hely Lopes Meirelles, *"empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima*, em que pese a participação majoritária em seu capital" de ente da administração pública (grifo nosso).[12]

As subsidiárias de sociedades de economia mista, constituídas mediante autorização legal, e que adotem a forma das sociedades por ações, participam, igualmente, da mesma natureza do ente societário que detém o seu controle, integrando, se forem de nível federal, a administração federal indireta (Decreto-lei nº 200/67, art. 4º). E estão submetidas, igualmente, às disposições constantes do Capítulo XIX da Lei nº 6.404/76, dentre as quais avulta a sua não sujeição à falência (art. 242).

O enquadramento das mencionadas subsidiárias na categoria das sociedades de economia mista resulta, a par do texto constitucional vigente, dos dois diplomas legais acima citados: a) o primeiro define a sociedade de economia mista como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta" (Decreto-lei nº 200/67, art. 5º, inc. III); b) o segundo prescreve que "a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa" (Lei nº 6.404/76, art. 236, *caput*), que "somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição" (id. art. 237, *caput*).

[11] Cf., entre outros, Valverde, op. loc. cits. e Theóphilo de Azeredo Santos, citado em acórdão do Supremo Tribunal Federal (*RTJ, 96*/1.326), *verbis*: "é requisito essencial à caracterização de tais sociedades a criação por lei, como já exigia a doutrina, mesmo anteriormente às disposições dos Decretos-leis nºs 200, de 1967, e 900, de 1969 – que são expressos a esse respeito." A esses autores somam-se nomes da expressão de Oscar Saraiva, Arnold Wald, Caio Tácito, Waldemar Ferreira e Seabra Fagundes (ver item 5.4).

[12] Apud Stuber, op. cit. p. 18-34.

4. Subsidiárias ou controladas de sociedades de economia mista, criadas à míngua de autorização legal específica. Regime jurídico

Diversa é a natureza jurídica dos entes societários, criados por sociedades de economia mista, ou cujo controle acionário seja por estas assumido, sem prévia e específica autorização do Poder Legislativo. À falta desse requisito, reputado como essencial e insuprimível – mesmo quando inexistiam normas constitucionais ou legais sobre a matéria (cf. item 2 acima) –, as subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista têm a natureza de sociedades de direito comum, não fazendo parte, se vinculadas à União, da administração federal indireta (Decreto-lei nº 200/67, art. 4º).

Para essas sociedades, que existem às dezenas entre nós, foi criado pelo Decreto nº 84.128, como dissemos acima, o conceito operacional de empresa estatal, instituindo, no sistema de planejamento federal, um subsistema centralizado na Secretaria de Controle de Empresas Estatais (Sest).

Levando em conta o que acima foi afirmado – ou seja, que existem subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista que não participam da mesma natureza jurídica de suas acionistas ou sócias controladoras –, o decreto mencionado estabeleceu que "consideram-se empresas estatais, para os fins deste decreto: I – empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União" (art. 2º).

Outros diplomas legais, emanados da União, quando tencionam projetar seus efeitos sobre as subsidiárias e controladas de sociedade de economia mista, que não participam da natureza jurídica destas últimas, igualmente lançam mão da expressão acima grifada (por exemplo, Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 86, que obriga tais sociedades a adotar "procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação"; Decreto-lei nº 2.355, de 27 de agosto de 1987, que estabelece limites de remuneração aos dirigentes e empregados de empresas estatais).

Mas não é apenas o Poder executivo federal, através de decretos-leis, decretos, portarias e outras normas administrativas, que reconhece e trata apartadamente dessa categoria de sociedades controladas direta ou indiretamente pela União, distinguindo-as das sociedades de econômia mista. Também o Poder Legislativo adota e aplica diferenciadamente os referidos conceitos, cediços que são.

Assim é que, quando pretendeu que as referidas sociedades tivessem suas contas submetidas ao crivo do Tribunal de Contas, o Congresso Nacional, através da Lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978, operou substancial modificação na respectiva legislação de regência (Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975), alterando o que dispunha o seu art. 7º para explicitar que "as entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o estado, o Distrito Federal, o município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta seja detentora da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo".[13]

[13] A redação original do art. 7º da referida lei excluía as sociedades que não fossem de economia mista do crivo das cortes de contas, *verbis*: "Art. 7º As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, ao estado, ao Distrito Federal, ao município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo." O adjetivo feminino plural "públicas" ensejou a interpretação, prevalecente até a promulgação da Lei nº 6.525, de que somente as sociedades criadas após prévia autorização legal é que estavam sujeitas à referida fiscalização.

4.1 A inexistente categoria das chamadas sociedades de economia mista "de segundo grau"

Do que até aqui foi exposto resulta evidente que inexiste sociedade de economia mista, cuja constituição não tenha sido precedida de prévia e específica autorização, emanada do poder competente (Legislativo).

Esse era o entendimento pacífico e reiterado da doutrina e jurisprudência e da própria administração pública, ao tempo em que sequer existiam mandamentos constitucionais ou legais que se referissem ao mencionado requisito (cf. item II, supra). Tal interpretação ganhou foros de legalidade com a edição do Decreto-lei nº 200, cujo art. 5º, inc. III, estabeleceu que essa espécie societária deve ser "criada por lei". Com o advento da Lei nº 6.404 o mencionado pressuposto foi ainda mais reforçado, na medida em que o seu art. 236 determinou que "a constituição de sociedade de economia mista depende de prévia autorização legislativa", acrescentando, o art. seguinte, que a manifestação volitiva do Poder Legislativo deve explicitar "os empreendimentos" ou "as atividades" a que esse ente societário pode se dedicar.

O § 1º desse dispositivo disciplina a participação de companhias de economia em outras sociedades, frisando que isto somente poderá ocorrer "quando autorizado por lei" ou para aplicação em incentivos fiscais; por princípio elementar de hermenêutica depreende-se que dita autorização legal igualmente deve indicar "os empreendimentos" e as "atividades" das referidas controladas ou coligadas, consoante determina o *caput* do artigo.

Ratificando essa orientação legislativa e em harmonia com a interpretação predominante na doutrina e em nossos pretórios, a recém-promulgada Constituição estabelece, de um lado, que "somente por lei específica" poderão ser criadas sociedades de economia mista (art. 37, inc. XIX), e, de outro, que a criação de subsidiárias daquelas "depende de autorização legislativa, em cada caso" (id. inc. XX).

4.2 Colocação isolada da doutrina, adotada, episodicamente, pela Consultoria-Geral da República

A despeito da clareza dos textos legais citados, vozes isoladas na doutrina chegaram a sustentar a existência das chamadas sociedades de economia mista "de segundo grau", que seriam aquelas constituídas sem prévia e específica autorização legal, mas em decorrência de previsão genérica constante da lei de regência dos entes que as criaram.[14]

Essa proposição doutrinária, embora isolada e contracorrente, chegou a refletir-se no âmbito da administração federal, por curto período, acolhida que foi em parecer do consultor-geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer,[15] com base no argumento de que a existência, na lei que cria determinada sociedade de economia mista (por exemplo, a citada Lei nº 2.004, objeto do referido parecer), de autorização genérica para a constituição ou participação em outras sociedades, equivaleria a uma autorização legislativa implícita para a instituição de outras sociedades, que também seriam de economia mista, ditas de "segundo grau".

O parecer em tela, exarado a propósito das subsidiárias da Petrobrás, ensejou, no breve lapso temporal em que prevaleceu, a aplicação da diretriz que adotara a pelo menos mais uma empresa, através do Parecer nº P-61, de 30 de janeiro de 1981, que abordou a natureza jurídica da Açominas.[16]

O mencionado ponto de vista, que já não resistia ao confronto com o texto do Decreto-lei nº 200, esbarrava, ainda, em dois outros óbices intransponíveis: a) o primeiro de ordem constitucional, uma vez que tanto a Constituição de 1967, quanto a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vedavam a delegação de competências entre os poderes da União, à míngua da obediência do procedimento legislativo próprio (leis delegadas, promulgadas conforme arts. 52 *usque* 54 da Emenda nº 1); b) o segundo, inscrito no art. 237 da Lei nº 6.404, que exige da lei autorizativa de criação de sociedades de economia mista a especificação dos "empreendimentos" e "atividades" a serem exploradas. Ora, nenhuma das leis que continham a referida autorização genérica, que se pretendeu qualificar como implícita, continham tal explicitação. Mais do que isso: muitas dessas extravagantes sociedades de economia de "segundo grau" eram companhias preexistentes constituídas por particulares, com objetos sociais diversificados, cujo controle acionário foi posteriormente transferido para órgão da administração federal indireta. Aqui, a transgressão ao mencionado dispositivo da lei acionária ficava ainda mais flagrante, na medida em que a autorização genérica e implícita muito raramente explicitava o "empreendimento" ou "atividades" da sociedade controlada ou colegiada.

Acresce reiterar, neste passo, o que adiantamos na parte introdutória deste estudo (item 1), ou seja, que o próprio texto constitucional em vigor também utiliza a expressão "empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto", para projetar seus ditames sobre a espécie societária de que se está a tratar (art. 165, § 5º, II).

5. *Diretriz atualmente dominante no âmbito da administração federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência*

Basicamente pelos motivos acima expostos, essa solitária posição doutrinária e administrativa não logrou prevalecer, sucumbindo à orientação oposta que, salvo as exceções citadas, foi acolhida pela própria administração federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência (ver itens 5.1 a 5.5), culminando por influenciar a redação do texto constitucional em vigor, como destacamos linhas acima.

5.1 Posição da administração federal. Orientação da Consultoria-Geral da República

O posicionamento adotado pela administração federal sobre a matéria, constante de pareceres da Consultoria-Geral da República, que para ela são de observação obrigatória, "atos administrativos superiores", *ex vi* do disposto no Decreto

[14] Encontramos apenas três autores admitindo a espécie, de menor nomeada, *data venia*, em relação àqueles que integram a caudalosa corrente dominante: Stuber, Walter Douglas. op. cit. p. 18-34; Moura, Eliana Donatelli de. *Sociedade de economia mista na nova lei das S.A.* Porto Alegre, Atrium, 1978. p. 25; Neto, Cotrim. Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais. apud Stuber. op. cit. p. 29.

[15] Parecer nº L-154, de 21 de julho de 1977, publicado no *Diário Oficial da União*, de 26 de julho de 1977, p. 9.519-21.

[16] Publicado no *Diário Oficial da União*, de 10 de fevereiro de 1981, p. 2.754.

nº 93.237, de 8 de setembro de 1986,[17] esteve sempre afinado com a orientação dominante na doutrina e na jurisprudência, salvo o breve lapso temporal em que prevaleceu o citado entendimento externado pelo Consultor-Geral, Dr. Luiz Rafael Mayer.

Até 21 de julho de 1977 – data deste último parecer – o citado órgão consultivo federal inadmitia as chamadas sociedades de economia mista "de segundo grau". O primeiro parecer de que se tem notícia sobre o assunto (nº 297-H, de 18 de janeiro de 1966, anterior, portanto, ao Decreto-lei nº 200, de 1967),[18] é de autoria do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa e foi aprovado pelo presidente da República, versando a situação jurídica da Companhia Siderúrgica da Guanabara (Cosigua). Nessa manifestação, o ilustre consultor-geral destacou que "a simples participação de ações pelo poder público não basta para a determinação de uma sociedade de economia mista". Louvando-se na doutrina dominante, que será indicada no item abaixo, o aludido jurista acrescentava que "não se pode perder de vista, outrossim, que a sociedade de economia mista embora criada nos moldes da lei comercial comum, a sua instituição depende, no entanto, de autorização legislativa, por envolver a aplicação de recursos públicos, como porque significa a execução de uma determinada incumbência do Estado" (*sic*).

O mesmo consultor reiterou essa interpretação, em mais duas oportunidades: na primeira, ao examinar o regime jurídico da Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa), através do Parecer nº 383-H, de 18 de agosto de 1966,[19] quando concluiu que essa companhia "não é uma sociedade de economia mista, por não ter sido instituída mediante lei autorizativa"; na segunda, ao analisar a situação jurídica da Usiminas, através do Parecer nº 512-H, de 8 de maio de 1967,[20] no qual deixou consignado que "no caso da Cosigua e Cosipa, esses requisitos (autorização legislativa e participação do poder público na administração) não estavam preenchidos, daí porque esta consultoria-geral não as considerou sociedades de economia mista, aliás, com o aval da melhor doutrina".

Essa diretriz – que é a que atualmente deve ser observada pela administração federal – prevaleceu até 21 de julho de 1977, tendo sido expressamente retomada em 2 de setembro de 1981, através do Parecer nº P-010, elaborado pelo consultor-geral da República, Dr. Paulo Cezar Cataldo, com aprovação do presidente da República.[21]

O parecer que consagra a orientação dominante foi exarado com a finalidade de examinar a natureza jurídica das empresas controladas pela Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás); a lei que autorizou a criação dessa sociedade de economia mista prevê que a mesma "poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de co-

[17] O anterior regimento da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Decreto nº 58.693, de 22 de junho de 1966, também determinava que "a partir da publicação do parecer no *Diário Oficial*, os órgãos da administração federal – centralizados ou não – ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento" (art. 22, § 2º).

[18] Publicado no *Diário Oficial da União*, de 7 de fevereiro de 1966, p. 1.445/6, com a seguinte ementa: "Cosigua. Sociedade de economia mista. Necessidade de lei que a institua. Participação do poder público em sua administração."

[19] Publicado no *Diário Oficial da União*, de 8 de setembro de 1966, p. 10.336/7.

[20] Publicado no *Diario Oficial*, de 10 de maio de 1967.

[21] Publicado no *Diário Oficial da União*, de 10 de setembro de 1981, p. 17.066-72.

municações" (Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, art. 3º, § 2º).[22] Valendo-se de fartos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, o Dr. Paulo Cézar Cataldo enfrentou e afastou a tese das sociedades de economia mista de "segundo grau", concluindo que "a Telebrás passou a controlar, pela participação majoritária do capital da União, as empresas discriminadas, que não se transformaram, entretanto, só pela mudança do controle acionário, em sociedades de economia mista federais, *pela inexistência de autorização legal expressamente atributiva desta qualificação*" (grifo nosso). Observe-se que a tese vencida encontrava, na hipótese examinada no parecer comentado, argumento de apoio inserto no regulamento da lei citada, baixado pelo Decreto nº 74.379, de 8 de agosto de 1974, art. 2º, parágrafo único, *verbis*: "as subsidiárias da Telebrás poderão ser enquadradas na categoria de sociedade de economia mista, por ato do presidente da República, mediante proposta do ministro de telecomunicações." O parecerista afastou a objeção, destacando que a norma regulamentar, hierarquicamente inferior, colidia com o texto do art. 235 da Lei nº 6.404, que exige prévia e expressa autorização legislativa, tanto para a criação desse tipo societário, quanto para a sua participação em outras sociedades. "Incide na espécie – acrescentava ele, com inteira propriedade –, a norma, do § 2º, do art. 235, da Lei nº 6.404, expressando que as companhias de que participam, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, sujeitam-se às normas gerais das sociedades por ações, sem as exceções cogitadas no Capítulo XIX do mesmo diploma."

Afirmamos que o argumento invocado pelo ilustre consultor-geral reveste-se de inteira pertinência, posto que lança uma pá de cal sobre a tese afastada, evidenciando que sustentar a criação originária ou derivada de sociedades de economia mista "de segundo grau", sem prévia e expressa previsão legal, equivale a tornar letra morta o disposto no citado art. 235, § 2º, da lei acionária em vigor.

5.2 Posição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Como órgão integrante da administração federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não poderia furtar-se à observância dessa orientação, e é o que vem sucedendo. No parecer datado de 30 de setembro de 1987, subscrito pelo procurador-geral Dr. Cid Heráclito de Queiroz e aprovado pelo ministro da Fazenda,[23] ficou registrado, preliminarmente, que "a matéria referente à conceituação da sociedade de economia mista já foi objeto de inúmeros pronunciamentos da douta Consultoria-Geral da República, aprovados pelo presidente da República, devendo, pois, ser observados pela administração pública federal como atos normativos superiores. Atualmente rege a eficácia dos pronunciamentos da Consultoria-Geral da República o Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986, que dispõe sobre a advocacia consultiva da União no Poder Executivo". Quanto ao mérito, são feitas referências às manifestações examinadas no subitem precedente, com destaque para o entendimento ora prevalecente consubstanciado nos pareceres dos Drs. Adroaldo Mesquita da Costa e Paulo Cézar Cataldo, dos quais aquela

[22] O parecer examinado também foi publicado, com comentários de nossa autoria, na *Revista de Direito Mercantil*, jul./set. de 1981, nº 43, p. 111-2, sob o título Caracterização jurídica das sociedades de economia mista.

[23] Publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, p. 202-12, out./dez. 1987.

repartição fazendária extraiu a sua particular definição de sociedade de economia mista, *verbis*: "A sociedade de economia mista pode ser conceituada como a organizaçao empresarial, destinada à execução de uma dada atividade econômica, sob a forma de sociedade por ações, regida em suas operações pelo direito privado, de cujo capital participem recursos do poder público e de pessoas particulares, sob o controle acionário daquele poder, *criada por força de autorização legal*, configurando um cometimento estatal, com fundamento na Constituição Federal, afetado à realização da utilidade pública, pois outra não pode ser a destinação do patrimônio público" (grifo nosso).

5.3 Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União, embora se revestindo da condição de órgão auxiliar do Congresso Nacional, na realização do controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta (Constituição de 1988, art. 71, *caput*), também acolhe e aplica a precitada orientação adotada pelo Poder Executivo federal.

É o que se verifica de duas recentes decisões daquela Corte de Contas: na primeira delas, apreciando o processo de prestação de contas TC-025386/84-0, o tribunal, em decisão de 3 de junho de 1986,[24] assinalou que "a legislação vigente coloca o ato de criação por lei como requisito essencial para que a sociedade seja considerada de economia mista. Assim está posto no Decreto-lei nº 200/67, art. 5º, item III, com a redação do Decreto-lei nº 900/69 e na Lei nº 6.404/76, art. 236. É também o entendimento firmado e confirmado pela Consultoria-Geral da República, em parecer dos ilustres Drs. Adroaldo Mesquita da Costa, Luiz Rafael Mayer e Paulo Cézar Cataldo"; a segunda, tem a seguinte ementa: "empresa privada controlada por sociedade de economia mista não integra a administração indireta".[25] Na fundamentação desta decisão, o ministro-relator faz referência ao Parecer nº 010, de 2 de setembro de 1981, cuja orientação é a que atualmente predomina, ponderando: "Depois de trazer à colação diversas manifestações da própria Consultoria-Geral da República, entendimento de doutrinadores de renome e decisões judiciais, no mais alto grau de jurisdição, o ilustre consultor-geral da República conclui seu brilhante parecer, com valor de decreto, após o 'aprovo' do presidente da República, entendendo que as sociedades sob controle da Telebrás não se transformam em sociedades de economia mista federais 'pela só mudança do controle acionário'. *Para deter esse status*, a empresa deve ter autorização legal que expressamente lhe atribua tal qualificação" (grifo nosso).

5.4 Doutrina

Tirante as manifestações isoladas mencionadas no item 4.2, a doutrina sufraga o ponto de vista até aqui posto em destaque. O exame dos pronunciamentos dos juristas pátrios pode ser sistematizado em três períodos: a) manifestações anterio-

[24] Publicada no *Diário Oficial da União*, de 23 de junho de 1986, p. 9.242-3, relator Ministro Ewald S. Pinheiro.

[25] Decisão de 12 de março de 1987, relator Ministro Adhemar Ghisi, publicada na *Revista de Direito Administrativo*, v. 167, jan./mar. 1987. p. 294-8.

res a qualquer previsão legal sobre a matéria; b) lições posteriores à edição do Decreto-lei nº 200, de 1967; c) estudos subseqüentes à promulgação da Lei nº 6.404, de 1976, que, como visto, disciplinou de modo inequívoco a matéria.

No primeiro deles, há que se mencionar, inicialmente, os clássicos juristas citados no parecer do consultor-geral Dr. Adroaldo Mesquita da Costa:[26] Trajano de Miranda Valverde, Oscar Saraiva, Arnoldo Wald, Caio Tácito, Waldemar Ferreira e Seabra Fagundes. Este último era particularmente incisivo a respeito. "A constituição e a vida de uma sociedade de economia mista se vinculam à lei especial que autoriza a formação e à lei geral sobre as sociedades por ações."[27]

A eles se alinhou o saudoso Pontes de Miranda: "Mesmo se o Estado se faz titular de mais da metade, ou de mais de dois terços, ou da quase-totalidade das ações de sociedade por ações, ou tem quota superior à de qualquer dos acionistas, a sociedade não se torna de economia mista".[28] Por derradeiro, há que se incluir nesse primeiro período de vazio legal sobre o tema o nome de Theóphilo de Azeredo Santos, em face do escólio que ministrou em sua obra *As sociedades de economia mista, no direito brasileiro*, p. 45/6 e 55.[29]

Após a edição do Decreto-lei nº 200, sobressaem-se pelo menos dois magistérios: o do eminente publicista Hely Lopes Meirelles, pela crítica que dirige aos seus arts. 4º e 5º, na redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 1969: "com esse conceito, restritivo e incorreto, a União se autolimitou ao determinar que a sociedade seja *criada por lei*, quando a lei deve apenas autorizar a sua criação" (grifos do original);[30] e a do preclaro administrativista paulista, José Cretella Júnior, no sentido de que "não é tarefa das mais fáceis definir sociedade de economia mista (...) no Brasil, o assunto foi simplificado pelo Decreto-lei nº 200/67 que, em seu art. 5º, I, definiu a sociedade de economia mista como a 'entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, *criada por lei* para o exercício de *atividade de natureza mercantil*, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações, em sua maioria, à União ou à entidade de administração indireta (...). Substituindo-se a expressão grifada por 'a exploração de atividade econômica', temos a definição do Decreto-lei nº 900/69"[31].

Com o advento da Lei nº 6.404/76 e em razão do modo inequívoco com que a vigente lei acionária disciplinou as sociedades de economia mista, os autores, à unanimidade, se puseram de acordo sobre a tese aqui comentada (por exemplo, Wilson de Souza Campos Batalha, José da Silva Pacheco, José Washington Coelho.[32] Neste último período merecem especial destaque duas outras importantes manifestações, por abordarem especificamente o tema das inexistentes sociedades

[26] Ver nota 14.

[27] In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 32, p. 473, 1953.

[28] In: *Questões forenses*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1956, p. 353.

[29] Citada pelo Ministro Moreira Alves, em acórdão prolatado no RE nº 79.840-MG (*RTJ, 96*/1.326).

[30] In: *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. p. 343.

[31] In: *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982. p. 64.

[32] Citados pelo consultor-geral da República, Dr. Paulo Cézar Cataldo, no parecer referido nas notas 18 e 19.

de economia mista "de segundo grau". A primeira de autoria de Arnold Wald,[33] da qual extraímos as seguintes considerações: "quanto às chamadas sociedades de economia mista de segundo grau, ou seja, aquelas cujo controle pertence a uma sociedade de economia, 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[34] (...) *a idéia do legislador (de 1976) foi excluir do rol das sociedades de economia mista as chamadas sociedades de empresas mistas de segundo grau, ou seja, as subsidiárias de sociedades de economia mista, quando não criadas por lei*[35] (...) ao excluir do rol das sociedades de economia mista as que, embora controladas direta ou indiretamente pela União Federal ou pelos estados e 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" (grifos nossos).

Também Hely Lopes Meirelles voltou a tratar do tema, ulteriormente ao advento da lei que atualmente rege as sociedades por ações, igualmente para negar a existência da categoria das sociedades de economia mista "de segundo grau" em trecho que prima pelo didatismo e clareza com que deslinda a questão: *"é empresa privada*, em sentido estrito, *simples sociedade anônima*, em que pese a participação majoritária no seu capital da 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 inc 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".[36]

5.5 Jurisprudência

O Poder Judiciário também acolhe, reiterada e pacificamente, a tese de que a qualificação de sociedade de economia mista somente pode ser atribuída ao ente societário constituído após prévia e específica autorização legal. É de tal forma cediça essa orientação que limitar-nos-emos a citar mais de uma dezena de julgados do Supremo Tribunal Federal, abordando especificamente a matéria.

[33] In: As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. *Revista Forense*, v. 268, p. 395-404, out./dez. 1979.

[34] Como se vê, o autor até admitia, em face do Decreto-lei nº 200, o uso da expressão "sociedade de economia de segundo grau", mas para diferenciá-la da sociedade de economia controladora, de "primeiro grau". Ambas, no entanto, conforme o autor, para receberem o qualificativo de sociedade de economia mista, deveriam ser criadas por lei.

[35] Já após a promulgação da Lei nº 6.404, de 1976, infere-se do texto transcrito que, para o autor, mesmo o uso da expressão sociedade de economia mista de "segundo grau" é impróprio e inadequado.

[36] Apud Stuber, Walter Douglas. op. cit. p. 27.

Iniciamos pelo exame de três acórdãos prolatados anteriormente à promulgação da Lei nº 6.404/76. No primeiro deles,[37] o relator, Ministro Moreira Alves, asseverava: "ainda que – como pretende a recorrente – anteriormente ao Decreto-lei nº 200/67 pudesse ser sustentada a existência de sociedade de economia mista sem lei que a criasse, a simples participação do Estado no capital de uma sociedade anônima não bastava para transformá-la em sociedade de economia mista, como bem acentua Hely Lopes Meirelles."

Dois outros julgados desse período, e anteriores ao acima mencionado, contemplaram a situação jurídica da Usiminas[38] e da Cosipal.[39] Ambos, da Primeira Turma da Corte Suprema, foram relatados pelo Ministro Oswaldo Trigueiro, que no primeiro deles declarou o seguinte: "parece-me fora de toda a dúvida que a recorrida não integra o elenco dos órgãos da administração indireta, porque não é sociedade de economia mista, criada por lei, e cujo controle acionário deva ser, necessária e permanentemente, exercido pelo Poder Público. A criação de sociedade de economia mista, como órgão da administração indireta, depende de manifestação da vontade do Estado, através de lei, como o exige o art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200, até porque o Estado somente pode exercer atividade econômica em caráter suplementar, como determina o art. 170, § 1º, da Constituição Federal. Nem se compreenderia que a exceção constitucional pudesse ser indefinidamente ampliada pela autoridade administrativa, à revelia da lei."

Promulgada a Lei nº 6.404/76, o excelso pretório ampliou os fundamentos para firmar-se na linha que vinha sendo seguida. "Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do poder público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica que a caracteriza como sociedade de economia mista"; registrava ementa de acórdão prolatado em 20 de junho de 1979.[40] A mesma ementa encimou três outros acórdãos de 1980,[41] com o seguinte acréscimo: "se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas."

Nos anos seguintes, dois outros acórdãos[42] receberam da Suprema Corte a seguinte ementa: "Sociedade anônima. Sociedade de economia mista. É sociedade de economia mista aquela criada por lei, não bastando para caracterizá-la como tal

[37] RE nº 79.840-MG, julgado em 18 de agosto de 1975. In: *RTJ, 75*/204-8.

[38] RE nº 72.306-GB, julgado em 18 de setembro de 1973. In: *RTJ, 68*/737-43.

[39] RE nº 76.374-GB, julgado também em 18 de setembro de 1973. In: *RTJ,67*/616-21. Neste acórdão o relator citado acentuou; "A única noção de sociedade de economia mista que ao cultor do direito interessa e a única que pode conhecer, *enquanto jurista*, é aquela que se individualiza em função de uma disciplina peculiar. Dizendo com maior precisão: só há conceito jurídico de sociedade de economia mista no pressuposto de uma situação original perante o direito. Dir-se-á, então, que para o jurista, como jurista apenas, *sociedade de economia mista no Brasil de hoje é só aquela definida como tal pelo Decreto-lei nº 200, art. 5º, III, 'criada por lei'*" (grifo nosso).

[40] RE nº 91.035-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, unânime. In: *RTJ, 96*/1.323-7.

[41] RE nº 92.338-I-RJ, Primeira Turma, unânime, relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 18.3.80. In: *RTJ, 99*/341-4; RE nº 92.340-3-RJ, Primeira Turma, relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 25.3.80 (texto arquivado no Serviço de Jurisprudência do STF); RE nº 93.175-9-RJ, Primeira Turma, relator Ministro Soares Muñoz, unânime, julgado em 14.10.80 (idem).

[42] RE nº 94.777-9-RJ, Segunda Turma, relator Ministro Décio Miranda, unânime, julgado em 14.8.81 (texto arquivado no STF); RE nº 96.336-7-RJ, Segunda Turma, relator Ministro Décio Miranda, unânime, julgado em 2.3.82 (idem).

a simples presença de capital público (Lei nº 6.404/76, art. 236)." Dois arestos de 1981 reafirmam a tese, para estabelecer a competência para o julgamento de feitos nos quais figura como parte essa espécie societária: "Sociedade de economia mista. Sua criação depende de lei. Compete, por isto, no caso, ao juízo da vara cível, não ao dos feitos da fazenda pública julgar as causas em que sejam parte."[43]

Finalmente cabe mencionar o julgamento realizado em 28 de novembro de 1986, no qual foi explicitada a qualificação jurídica de sociedade anônima controlada por governo estadual: "não se aplica ao pessoal de empresa controlada pelo Estado a regra do art. 3º, da Lei nº 5.107, de 1966, que cuida do pessoal da administração direta e indireta da União Federal. Não é a VASP sociedade de economia mista estadual, pois nem sequer foi constituída por lei. O Estado tem apenas o seu controle acionário."[44]

6. *Conclusão: O controle e a gestão de empresas com participação majoritária do Estado, que não são sociedades de economia mista*

A despeito de não serem sociedades de economia mista, as empresas controladas majoritariamente pelo Estado, seja pela administração direta, seja pela indireta, sem prévia e específica autorização legislativa, estão sujeitas a normas de controle e gestão, editadas pelo Poder Executivo, que todavia devem ser exercitadas segundo o regime societário comum. É o que reza o art. 235, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976: "as companhias de que participem majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo."

A atuação do Estado na gestão e controle dessas empresas se realiza, portanto, mercê o exercício de suas prerrogativas enquanto acionista controlador (Lei nº 6.404, arts. 116, 117 e 243). Nessa condição, o Estado detém o poder genérico – como qualquer outro acionista controlador privado – de "fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social" (art. 116, parágrafo único), dirigindo suas atividades sociais e orientando o funcionamento de seus órgãos sociais (art. 116, *b*). Tal poder, explicitado mediante interpretação *a contrario sensu* das várias alíneas do art. 117, § 1º, da lei acionária, abrange a orientação da sociedade para a consecução de seu objeto (*a*); a promoção de operações de dissolução, liquidação, transformação, incorporação, fusão ou cisão (*b*); a realização de alterações estatutárias, emissão de valores mobiliários, bem como a adoção de políticas e decisões que tenham por fim o interesse da companhia (*c*); a eleição de administradores e conselheiros fiscais (alínea *c*, cc. art. 116, *a*), a aprovação das contas dos administradores e a apuração de denúncias sobre irregularidades (*g*).

Na órbita federal, o controle e a gestão dessas espécies societárias, pelo Poder Executivo, foram disciplinadas, como frisamos no item IV, supra, mediante a instituição, pelo Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, de um subsistema no sistema de planejamento federal, centralizado na Secretaria de Controle das Em-

[43] RE nº 93.502-9-RJ, Segunda Turma, unânime, relator Ministro Leitão de Abreu, julgado em 26.6.81. In: *Jurisprudência brasileira*. v. 64, p. 152/3; RE nº 92.288-RJ, Segunda Turma, relator Ministro Leitão de Abreu, unânime, julgado em 10.2.81. In: *RTJ, 97*/860/1.

[44] RE nº 107.955-SP, Segunda Turma, unânime, relator Ministro Carlos Madeira. In: *RTJ, 120*/1.272-5. À vista das considerações transcritas no texto, o Ministro Francisco Rezek, em declaração de voto, afirmou que "a Vasp, empresa privada que é, sob o prisma formal, não está sujeita aos parâmetros do Decreto-lei nº 200 e de outras normas concernentes ao recrutamento de servidores públicos".

presas Estatais (Sest), e que abrange, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, as "subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União", criadas sem prévia e específica autorização legislativa (art. 2º, inc. I).

A par desse controle, o Poder Executivo expede, para tais sociedades, uma série de instruções a serem implementadas de acordo com o regime societário comum, como as constantes dos exemplos a seguir comentados. Assim, é que, para os conselheiros fiscais e representantes da União nas "entidades controladas direta ou indiretamente pelo Tesouro Nacional", foi baixado, pela Instrução Normativa STN/MF, de 26 de fevereiro de 1987,[45] o *Manual de orientação* para a atuação dos referidos agentes. Preservado, como salienta o seu Capítulo 1, o regime normativo da Lei nº 6.404, o mencionado documento visa, "através do ordenamento e da sistematização, organizar instrumentos básicos de trabalho, capazes de esclarecer e orientar os conselheiros fiscais no cumprimento de suas atribuições (...) e facilitar a atuação de todos os conselheiros fiscais representantes do Tesouro, dando-lhes uma linha uniforme e padronizada de trabalho" (item 1.6).

Determinadas instruções são expedidas para receberem implementação através de reforma estatutária, pela assembléia-geral extraordinária de acionistas, como é o caso das constantes do art. 5º do Decreto nº 97.161, de 6 de dezembro de 1988, *verbis*: "a entidades de que trata o art. 1º (entre as quais se incluem as 'controladas direta ou indiretamente pela União'), no prazo de 60 dias, procederão às necessárias alterações dos seus estatutos, a fim de que os órgãos de auditoria interna passem a vincular-se, diretamente, aos presidentes dos respectivos conselhos de administração ou órgão equivalente (...)". E é o caso, igualmente, do Decreto nº 97.460, de 15 de janeiro de 1989, que limitou a seis o número máximo de cargos no conselho de administração e na diretoria, e a três os do conselho fiscal, "ressalvado o caso da existência de representantes dos acionistas minoritários e preferenciais" (art. 1º). O parágrafo único desse artigo estabelece que "a assembléia-geral deverá aprovar as alterações estatutárias necessárias ao cumprimento do disposto neste decreto".

Por derradeiro, cabe reiterar que, além da orientação, controle e fiscalização da gestão das referidas espécies societárias, pelo Poder Executivo, estão elas sujeitas à obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas, nos termos da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, com a redação dada pela Lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978.

[45] Publicada no *Diário Oficial da União*, de 6 de março de 1987, p. 3.163-7.