

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Leonardo Costa Norat

**SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: ANÁLISE CONCEITUAL COM BASE NO
PODER DE CONTROLE DAS S.AS. E SUA REPERCUSSÃO NO CONCEITO DO
ART. 2º, II DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Belém
2018

Leonardo Costa Norat

**SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: ANÁLISE CONCEITUAL COM BASE NO
PODER DE CONTROLE DAS S.AS. E SUA REPERCUSSÃO NO ART. 2º, II DA LEI
DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Trabalho de Curso (TC) apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Professor Dr. Fabrício Vasconcelos de Oliveira

Belém

2018

Leonardo Costa Norat

**SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: ANÁLISE CONCEITUAL COM BASE NO
PODER DE CONTROLE DAS S.AS. E SUA REPERCUSSÃO NO ART. 2º, II DA LEI
DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito do
Centro Universitário do Estado do Pará
(CESUPA).

Banca examinadora:

Apresentado em: ___ / ___ / ___

_____ - Orientador
Professor Dr. Fabrício Vasconcelos de Oliveira
Centro Universitário do Estado do Pará

_____ - Examinador (a)
Centro Universitário do Estado do Pará

_____ - Examinador (b)
Centro Universitário do Estado do Pará

Àqueles que me apoiaram e nunca deixaram de acreditar em mim.

AGRADECIMENTOS

Engana-se quem acredita ter chegado sozinho em algum lugar. Estamos sempre envolvidos por uma série de pessoas que nos tornam melhores e maiores a cada dia, por isso não podemos deixar de reconhecer seu valor.

Acima de tudo, agradeço a Deus, sem Ele, eu nada alcançaria. Por Ele e com Ele trilhei os passos deste trabalho, sendo-Lhe imensamente grato pelo que me concede. Agradeço também a Nossa Senhora, por interceder por mim ao Pai em minhas incessantes preces.

Imensa é a minha gratidão por meus pais, Heitor e Roseane Norat, que sempre foram e sempre serão minha fonte de inspiração para conquistar meus objetivos, através do esforço, do foco e da fé, além de serem os maiores responsáveis por eu ter a chance de perseguir meus sonhos.

Agradeço ao meu irmão, Igor Norat, que conseguiu, por diversas vezes, arrancar-me a tensão do trabalho para jogar, que fossem, 05 minutos de futebol.

À minha amada, Maissa, que, diariamente, mesmo do outro lado do Atlântico, me acalma o coração e recarrega minha esperança, com seus olhos profundos e brilhantes, sorriso singelo e voz doce.

À minha sogra, Leila, que me acolhe como filho e sempre ora pelas minhas vitórias a cada desafio que surge.

Aos meus amigos, verdadeiros irmãos, Eduardo, Caio e Matheus, que dividem comigo, à distância, os altos e baixos da vida, sempre com o humor e alegria da nossa amizade.

Aos meus amigos, Diego, Daniel, João Paulo e Allan, amizades excepcionais que vieram na hora certa, quando meus amigos e namorada partiram para longe.

Agradeço ainda, ao meu grupo de amigos da faculdade, “Zacafriends”, que tornaram os anos universitários os menos tortuosos possíveis, compartilhando força, risadas e ensinamentos, acadêmicos e da vida.

Ao meu amigo e mestre, Michel Ferro, fonte diária de conhecimento e que me ajudou e comemorou comigo os passos deste trabalho.

À minha mestra, Tassia Baía, que me inspirou com seu conhecimento vasto, sutileza e simplicidade além de me incentivar, quando sequer me conhecia, na primeira oportunidade em que fui monitor.

Ao meu amigo, eterno mestre, orientador e estopim da minha paixão pelo direito empresarial, Prof. Dr. Fabrício Oliveira, fonte de inspiração para que eu soubesse, desde o terceiro semestre da faculdade, no que eu gostaria de trabalhar pelo resto da vida.

Agradeço ao CESUPA, instituição que abriu meus olhos para a beleza do mundo jurídico, oportunizando a inesquecível experiência da monitoria, e sempre me deu espaço e respaldo para aprender, manifestar e pleitear pelo que acredito.

E, por fim, a todos aqueles que me ajudaram e auxiliaram nesta jornada, de alguma forma.

Muito obrigado a vocês! Sozinho eu não conseguiria.

“O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”.

(Dante Alighieri)

RESUMO

O trabalho trata das Sociedades de Economia Mista sob o ponto de vista conceitual, no que versa sobre sua personalidade jurídica, as atividades desenvolvidas e o regime jurídico a esta aplicado, levando em conta ser entidade da Administração Pública que objetiva a consecução de interesses públicos. Para tanto, a pesquisa se pauta no poder de controle acionário, existente nas Sociedades Anônimas, pois tal entidade se submete às normas de Direito Comercial, em decorrência de sua estrutura formada por capitais públicos e privados. Tem-se, ainda, o escopo de demonstrar quais os elementos desta corporação, ressaltando a essencialidade da participação assimétrica do Estado como acionista na sua gestão, o que leva à expansão cognitiva de seu conceito, de modo a esclarecer que a quantidade de capital acionário votante, detida por parte do Poder Público, não é suficiente para caracterizá-la. Ademais, a título de problematização, o estudo aborda o reflexo da visão restritiva do poder de controle sobre princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal e vislumbra a relevância em adotar uma noção abrangente desta pessoa jurídica.

Palavras-chave: Sociedade de Economia Mista. Poder de controle. Sociedade Anônima. Interesse público. Posição assimétrica do Estado.

ABSTRACT

The works' object are the Mixed Economy Companies, by the conceptual point of view, about those juridical personality, the activities developed and the juridical polity applied on, taking in consideration that those entities are part of Public Administration which objective is to achieve public interests. For that, this research is based on the shareholders controlling power existent at the Anonymous Companies, because those ones are submitted by Commercial Law, in consequence of its structure formed by public and private capital. Beyond that, this study has the scope of showing which are those corporations' elements, emphasizing the essentiality of the asymmetric State participation as a shareholder at its' management, what takes to a cognitive expansion about its concept, on the way to clarify that the shareholding capital, belonged to Public Power is not enough to characterize that kind of company. Besides, as a problematic point, the review approaches controlling powers' restrict interpretation rebound at Fiscal Responsibility Legislation principles and enhance the importance to adopt an embracing notion about that juridical person.

Keywords: Mixed Economy Societies. Controlling Power. Anonymous Company. Public Interests. Asymmetric State participation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo
arts. – Artigos
CCB – Código Civil Brasileiro
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CESUPA – Centro Universitário do Estado do Pará
CF – Constituição Federal
CR – Constituição da República
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DL – Decreto-Lei
EC – Emenda Constitucional
ed. – edição
LC – Lei Complementar
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
LSA – Lei das Sociedades por Ações
n. – número
OPA – Oferta Pública de Aquisição
p. – página
S.E.M – Sociedade de Economia Mista
S.A. – Sociedade Anônima
S.As.– Sociedades Anônimas
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O QUE É SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA?	14
2.1 Quadro Geral de Pessoas Jurídicas no Direito Brasileiro	14
2.2 A definição legal	16
2.3 Regime Jurídico e Atividade-fim	19
2.3.1 Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviços públicos	20
2.3.2 Exploração de Atividade Econômica pelas Sociedades de Economia Mista	27
2.3.3 A Conjugação de Capitais Públicos e Privados e a auferição de lucros	32
2.3.4 O Regime Jurídico das Sociedades de Economia Mista.....	34
2.3.5 Proposta de Conceituação da Sociedade de Economia Mista	36
3. GESTÃO COMO ELEMENTO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FACE O REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS	47
3.1 O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas e sua incidência nas Sociedades de Economia Mista	47
3.2. Circunstâncias exemplificativas de assimetria do Estado	58
3.2.1. A figura das <i>Golden Shares</i> nas Companhias desestatizadas.....	58
3.2.2 O acordo de voto entre Estado e particulares	61
3.3 Considerações Parciais: A posição pertinente ao Estado nas Companhias	64
4. REFLEXO DA NOÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ADOTADA SOBRE O ARTIGO 2º, II, DA LEI DE RESPONSABILIDADE DE FISCAL	67
4.1 Conceitos preliminares	67
4.1.1 Orçamento Público	67
4.1.2 Receitas Públicas	68
4.1.3 Despesa Pública.....	69
4.2 Dividendos como Receita Orçamentária	69
4.3 A Lei de Responsabilidade Fiscal	71
4.3.1 As empresas controladas – art. 2º, II, Lei Complementar 101/00.	72
5. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	78

1. INTRODUÇÃO

O Direito não é uma ciência exata, sequer estática, de sorte que, sendo fato social e histórico, apresenta-se sob diversas facetas, versando sobre múltiplos campos de interesse, de modo a abranger um conjunto de disciplinas jurídicas. Entretanto, por motivos didáticos procura-se distinguir e destacar os ramos jurídicos em dois grandes gêneros: Direito Público e Privado. Naquele incluem-se, por exemplo, os ramos administrativo e constitucional, neste coexistem comercial e civil.

Por várias vezes estes ramos dialogam entre si, inclusive mediante dicção da Constituição Federal. Diz-se isto porque, conforme será demonstrado, a livre iniciativa – base axiológica do Direito Comercial –, ficou a cargo dos particulares, mas a própria Lei Maior destacou hipóteses nas quais o Estado poderá intervir em concorrência com os titulares primeiros deste direito.

Da mesma forma, a Carta Magna indicou atividades públicas essenciais a serem executadas pelo Estado, seja de modo direto, ou descentralizado, permitindo que outras entidades lhe façam às vezes, cuja natureza pode ser tanto pública quanto privada.

Nesse contexto o presente trabalho visa analisar um dos pontos em que se interligam os gêneros público e privado, problema este, bem identificado por Nuno Cunha Rodrigues (2004, p. 21) ao constatar que “interessa a dois ramos do direito: o direito das sociedades comerciais e o do direito administrativo” – aquele, incluso no Direito Comercial –, o qual denomina de “*Direito Comercial Público*”.

Esta interlocução é o estudo das Sociedades de Economia Mista. Em abstrato, cumpre-nos destacar que tal entidade é formada como pessoa jurídica de direito privado, a qual faz parte da Administração Pública, podendo ter como função tanto a intervenção econômica, quanto a prestação de serviços públicos.

Há deveras, a doutrina debate acerca de sua natureza e identificação no mundo jurídico, bem como o método de funcionamento, além de discutir quais normas incidirão em seu exercício.

Por isto, o título de número dois deste trabalho aborda as nuances da Sociedade de Economia Mista, buscando destacar uma noção desta entidade que possa respeitar os limites constitucionais sem se afastar do contexto fático, no qual se insere. Neste primeiro momento, identifica-se, desde os tipos de pessoas jurídicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, passando a expor como é e, outrora, como fora, disposta em lei e as críticas

doutrinárias incidentes sobre a conceituação legal, levando em consideração as doutrinas administrativa, constitucional e econômica.

Sequencialmente, são estudados os dois exercícios inerentes a este tipo de entidade, quais sejam de explorar atividades econômicas, nos termos excepcionais do art. 173, §1º e prestar serviços públicos, indicando como a Constituição os normatiza.

Por conseguinte, ainda na pretensão de alcançar uma noção eficaz de Sociedades de Economia Mista, discute-se qual regime jurídico aplicável nestas, se público ou privado e a partir disto, indica-se um conceito que, com respaldo doutrinário, possa corresponder aos enquadramentos jurídicos, fáticos e valorativos.

A necessidade de discutir este tema surge de um contrassenso. A visão restritiva e pressuposta do elemento exíguo “maioria do capital social com direito a voto” face o fato jurídico *controle societário*. Tal dicotomia pode não se vislumbrar *prima facie*, entretanto, mormente no título três abordam-se formas, já pesquisadas e obtemperadas no direito, as quais, incidentes na prática do direito comercial, propiciam verificar a gama de métodos existentes para configuração desta ingerência, podendo ensejar o disparate que justifica o alargamento conceitual da entidade foco deste debate.

Nesse capítulo, busca-se abordar o *controle* pautado nas Sociedades Anônimas, cuja complexidade mais se aproxima das características típicas das Sociedades de Economia Mista, as quais são legalmente, inclusive, determinadas a seguir aquela estrutura social.

Por fim, a título de problematização, será exposto como pode repercutir no âmbito do Direito Financeiro, uma noção elástica de Sociedade de Economia Mista, mais especificamente, no que tange à Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual também se pauta num conceito restrito de controle, à semelhança da legislação atinente àquela pessoa jurídica.

Em linhas gerais, não há, claro, qualquer pretensão de exaurir o tema, mas alertar e chamar à discussão, a análise de entidade, cuja relevância no contexto nacional é significativa, a qual, entremeada por uma série de institutos de direito privado, pode estar sendo examinada de maneira superficial.

Afinal, o Direito, segundo a teoria tridimensional, como bem disserta Miguel Reale (2002, p. 65), é contido dos aspectos normativo, fático e axiológico, todos inseparáveis e coexistentes numa unidade concreta, os quais se manifestam dinamicamente, na existência de um fenômeno jurídico, assim sendo, estudar as Sociedades de Economia Mista, pautando-se na sua valoração e positivação, produzirá inevitável reflexão sobre os fatos concernentes a esta.

2. O QUE É SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA?

2.1 Quadro Geral de Pessoas Jurídicas no Direito Brasileiro

O direito, em seu aperfeiçoamento sobre as relações intersubjetivas busca instrumentalizar noções jurídicas que auxiliem nos diálogos sociais. Dentre estes, a *pessoa jurídica* ganha posição significativa.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 250-251), trata-se de “uma técnica de separação patrimonial desenvolvida pelo direito para disciplinar os interesses de homens e mulheres [...] em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado”.

Ainda, para além de separação material, as pessoas jurídicas são entidades, formadas por um conjunto de pessoas ou de bens, sobre as quais a lei outorga personalidade jurídica de modo que possa satisfazer o fim comum, motriz de sua criação (GONÇALVES, 2007, p. 182).

Assim sendo, podem ser entendidas como sujeito de direito criado por uma realidade técnica jurídica (TOMAZETTE, 2016, p. 483), mediante autorização legal genérica, que consolida interesses lícitos, sobre os quais é atribuída *personalidade jurídica*.

Nestes termos, compreende-se que surge no ordenamento um novo titular de direitos e deveres, o qual é protegido juridicamente e abarcado pelas obrigações abstratas, como se pessoa natural fosse – logicamente – no que lhe for aplicável, sendo apto a praticar qualquer ato, à exceção dos expressamente proibidos (COELHO, 2007, p. 11).

Dividindo-as em dois grandes grupos, de direito privado e público, o art. 44 do Código Civil Brasileiro (CCB) dispõe que aquelas são as associações; as sociedades; fundações; organizações religiosas; os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, cuja legalização se concretiza no registro competente de seu ato constitutivo (art. 45, CCB).

Há quem proponha a identificação das corporações (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 376), que englobam tanto as sociedades como as associações. No art. 981, o CCB estabelece que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

A partir disso, retira-se que as Sociedades são pessoas jurídicas criadas para a auferição de lucros, as quais podem ser *simples*, voltadas para o exercício de atividades liberais, não enquadradas na predição do art. 966, CCB, regidas pelos ditames dos arts. 997-

1.038, CCB; ou empresariais que se incluem na dicção do art. 966, CCB, identificadas pelas: em nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e limitada.

Associações, por sua vez, não atuam com pretensão lucrativa (art. 53, CCB), sendo o ganho financeiro obtido, revertido nela própria. Por sua vez, as organizações religiosas e, os partidos políticos, *subespécies* daquelas (COELHO, 2013, p. 256).

As fundações, doutro modo, são constituídas por acervo de bens cuja finalidade é a satisfação de fins públicos, de maneira permanente e estável, sem cunho lucrativo – mas social –, caracterizadas por dois elementos, o patrimônio e o fim, conforme o art. 62, CCB (GONÇALVES, 2007, p. 207).

Por fim, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI – é uma pessoa jurídica instituída por pessoa única, cujo objeto é a exploração de atividade econômica, na qual, a responsabilidade de seu titular é limitada, identificada por Fábio Coelho (2013, p. 257) como uma subespécie das sociedades, prevista no art. 980-A, CCB.

Além das pessoas jurídicas de direito privado, as de Direito público, também arroladas ao estatuto civil, subdividem-se nas de direito *interno* e *externo*. Estas, conforme o art. 42, CCB, identificadas pelos Estados estrangeiros e todas as entidades jurídicas submissas ao direito internacional público.

As pessoas jurídicas de direito público interno, de acordo com o art. 41, CCB, são formadas pela administração direta (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) e indireta, pelas autarquias, fundações públicas, e demais entidades de caráter público, criadas por lei (GONÇALVES, 2007, p. 198).

Sobre os entes da Administração indireta, é necessário parafrasearmos sobre alguns, em especial. Maria Di Pietro (2005, p. 532-533), destaca a existência de seis entidades: autarquia, fundação, consórcio público, sociedade de economia mista, empresa estatal e empresa sob controle acionário do Estado.

Sucintamente, as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, com prerrogativas e sujeições administrativas quase equivalentes à administração direta, destacando-se do Ente Político que a criou, mas a este vinculada. A fundação pública é semelhante àquela, mas neste caso, seu patrimônio é no todo, ou, em parte, público. Os consórcios públicos são associações de dois ou mais entes federativos visando uma gestão unida de serviços públicos, prevista no art. 241 da Constituição da República (CR), podendo equiparar-se às autarquias quando sua personalidade jurídica for de direito público ou às associações civis, se de direito privado, no que não for derogado pelo ordenamento público.

Por fim, as três últimas, acabam por, doutrinariamente, ser aglutinadas na noção de *Empresas Estatais*. As quais são reguladas pela Lei 13.303/16, tendo a sociedade de economia mista e as empresas públicas conceituação em norma posta, esta definida como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios” (art. 3º, Lei 13.303/16). Aquelas, mais à frente, veremos de modo aprofundado.

As identificadas como “sob controle estatal” são conceituadas como as pessoas jurídicas controladas pelo Estado, mas que não conquistam um dos elementos inerentes às sociedades de economia mista ou empresas públicas, aquelas, *a posteriori*, analisadas.

2.2 A definição legal

As Sociedades de Economia Mista, como se verá adiante, são entes integrados à Administração Pública, denominadas, *lato sensu*, de “empresas estatais”, as quais detêm personalidade jurídica diversa ao seu ente criador, mas que, por serem a ele vinculadas “em tudo e por tudo ficam sujeitas aos princípios básicos da Administração Pública” (MEIRELLES, 2011, p. 398).

Destes princípios, o que finca à rocha os atos de iniciativa Pública, sem dúvida é o da *legalidade*. Gasparani (2007, p. 7-8), em bela síntese, alude sobre a relevância deste:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Tal primado vê-se explicitamente disposto na CR, a qual, no art. 37, expressa que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade [...]”. Desta feita, não pairam dúvidas quanto à necessidade de observância daquele.

Determina o inciso XIX de tal artigo que somente via lei será autorizada a criação de Sociedades de Economia Mista, assim como dependerá de autorização legal, conforme o caso, a criação de subsidiárias e participação em outras empresas (art. 37, XX, CR).

Todavia, como destaca Alexandre Aragão (2017, p. 26), por tratar-se de pessoas distintas ao Estado:

O princípio da legalidade se aplica às estatais de forma negativa: desde que dentro da autorização legal para sua criação e atuação, não precisam ter

autorizações legais específicas para atuar, mas não podem, como qualquer particular, atuar contra o Direito.

A Constituição prevê no §1º do art. 173 (cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19/88) que as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas deverão ter seus estatutos regulados por lei. Quase vinte anos após, isto foi feito através da Lei Complementar (LC) nº 13.303/16 – “Lei das Estatais”. Importante salientar que, apesar do dispositivo tratar das estatais exploradoras de atividade econômica e pretender que mediante regulamentação, aquelas se aproximassem ao regime das sociedades privadas, a norma:

[...] por um lado, estabeleceu um regime jurídico abrangente também das estatais prestadoras de serviços públicos e, por outro, apesar de inegáveis avanços, foi tímida na aproximação das estatais ao regime jurídico das empresas privadas (ARAGÃO, 2017, p. 15).

Desta sorte, as Sociedades de Economia Mista foram identificadas como as pessoas jurídicas de direito privado, compostas por meio de recursos mistos – públicos e particulares – “com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”, de acordo com o art. 4º, da Lei do Estatuto.

Mesmo com a inovação legislativa, não há como negar que caracteres essenciais provenientes de norma, antes criada e aplicada, repercutiram na LC. Trata-se do Decreto-Lei Federal 200/67, cuja redação foi modificada pelo Decreto-Lei (DL) 900/69.

A norma supracitada, sobre as Sociedades de Economia Mista, em seu art. 5º, III, dispõe ser: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Observe-se que previamente à criação da Lei das Estatais, o DL 200 remete-se tão somente à União, logo, para Gasparini (2007, p. 446) o conceito “só é válido para a União. Assim, no âmbito federal, as sociedades de economia mista não de atender a essa conceituação”. Neste sentido, ratifica Bandeira de Mello (*apud* BONFIM, 2011, p. 24) que:

[...] só existe legislação conceituadora de sociedade de economia mista no âmbito federal, dada pelo Decreto-Lei nº 200, e em nosso regime constitucional leis meramente federais não obrigam a Estados e Municípios; desta forma só há uma conceituação legal válida para as sociedades de economia mista pertinentes à União, e não às demais, pelo que o conceito destas precisa ser buscado na Constituição Federal e na doutrina.

Hely Lopes Meirelles (2011, p. 410), em contramão compreende as normas de maneira sistemática, aludindo que:

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.1976) estabelece que as sociedades de economia mista ficam sujeitas aos seus preceitos, sem prejuízo de disposições especiais de lei federal (235). Conseqüentemente, Estados e Municípios também deverão obedecer a essa forma de organização, já que não têm competência para legislar sobre Direito Civil e Comercial. Mais ainda: tais sociedades deverão submeter-se às disposições que forem expedidas no âmbito federal. Para as empresas que explorem atividade econômica a EC 19/98 já previu a edição do respectivo estatuto jurídico, com as condicionantes previstas no art. 173,§1º, da CF.

Outro ponto de discussões foi acerca da limitação legal nas atividades de exploração econômica. Quanto a isto, Bandeira de Mello (1983, p. 96), distanciando-se da norma federal, defende as Sociedades de Economia Mista também como prestadoras de serviço público, argumentando que nestas há aplicação das normas de direito privado, assim como a assimilação do regime jurídico das S.As. por tratar-se de um “regime operacional ágil”.

Hely Lopes (2011, p. 409-410), paralelamente, entende que errou a União ao limitar-se às atividades puramente econômicas quando poderia ter estendido a possibilidade de atuação à consecução de outros interesses públicos.

Ainda sobre o conceito trazido, alguns autores, tais como Hely Lopes Meirelles (2011, p. 408-409), Celso Antônio Bandeira de Mello (1983, p. 96-100), Cretella Jr. (1965, p. 36-37), criticam a restrição das Sociedades de Economia Mista à quantidade de capital votante em domínio do Estado, destacando que o controle ali pregado poderia ser exercido doutro modo que não adstrito àquele montante.

Dos elementos destacados, a Lei das Estatais supriu parte das críticas doutrinárias. A extensão dos conceitos por esta trazidos abrange não só a União, mas os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º).

Em relação à prestação de serviços públicos, o mesmo artigo inclui no rol das pessoas jurídicas abarcadas pela norma, as Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviço público e, em ratificação, ao lançar mão de seu conceito (art. 4º), não faz qualquer distinção tal como fazia o DL 200/67.

Manteve-se, entretanto, restrição à propriedade da maioria acionária votante no ventre Estatal, sem convalidar-se das críticas jurídicas e estudos técnico-analíticos – cite-se Fábio Konder Comparato (1983, p. 36-67) e Berle e Means (*apud* REQUIÃO, 2007, p. 144). Neste ponto, em momento oportuno, tais críticas serão atentadas frente à LC 13.303/16.

Conforme o exposto, as Sociedades de Economia Mista apresentam amplos e reflexivos questionamentos e, por conta de sua complexidade jurídica, necessitam de aprofundados estudos. Para compreendê-las melhor e possibilitar análise quanto sua utilização

pela Administração Pública faz-se necessária abordagem sobre seu regime jurídico concomitantemente à atividade por estas desenvolvida.

2.3 Regime Jurídico e Atividade-fim

Determinado que as Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas de direito privado, se faz, previamente, necessário termos em mente o que vem a ser pessoa jurídica.

As pessoas jurídicas podem ser compreendidas como sujeitos de direito, criados por uma realidade técnica jurídica (TOMAZETTE, 2014, p. 230-231), mediante autorização legal genérica, que consolidam interesses lícitos sobre os quais é atribuída personalidade jurídica. Abrangidos por tutelas e obrigações jurídicas abstratas, como se pessoa natural fossem, aptos a praticar qualquer ato, à exceção dos expressamente proibidos (COELHO, 2007, p. 11).

Deste ponto de partida, analisar o regime jurídico destas pessoas é tarefa paralela ao estudo da atividade-fim realizada por estas.

As companhias mistas, por serem figuras provenientes da iniciativa pública – apesar de a Constituição, bem como a Lei 13.303, determinarem que se aplique o regime próprio de empresas privadas, à exceção das hipóteses previstas naquela – em decorrência de suas natureza e finalidade não terão, por excelência, a aplicação por completo deste. Nesse caso o regime terá caráter especial (MELLO, 1983, p. 94-97).

Assim entende Bandeira de Mello (2015, p. 205):

De toda sorte, quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista - sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) -, por força da própria Constituição, veem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado.

A inaplicabilidade substancial de normas concernentes ao regime privado está, intrinsecamente, ligada ao fato das Sociedades de Economia Mista comporem os quadros da Administração Pública e, conseqüentemente, frisarem na realização de interesses públicos.

Conforme alhures, estas devem atuar de modo a fazer cumprir o interesse coletivo que preexiste à sua instituição. Interesse, que Bandeira de Mello (2015, p. 62, grifo do autor) entende ser o “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.

Tem-se com tal definição que o Estado é detentor do dever de fazer valer as intenções corroboradas pelo sentimento individual dissipado em comunidade, cuja efetivação dependerá da atuação estatal através de seus órgãos vinculados (Administração direta) e de entes individualizados (Administração indireta) que lhes transmite aquele ônus.

Em reflexo ao *retro*, o criar das companhias mistas se aduz num contexto de descentralização dos serviços a serem prestados pela Administração. Isto é, o Estado, mediante lei, estabelece entidade diversa e lhe delega poderes relativos à consecução de determinado serviço público ou de utilidade pública (MEIRELLES, 2011, p. 427-428).

Tendo-se em mente que a Administração Pública é (OLIVEIRA; DIAS, 2017, p. 19):

[...] uma ‘máquina’ complexa, uma aparelhagem especializada para a realização daquele encargo, da qual fazem parte, designadamente, os órgãos (centrais e locais) do Estado. Mas a administração pública não é uma atividade exclusiva do Estado. Ao lado do Estado há muitas outras entidades que com ele se não confundem uma vez possuírem personalidade própria, constituindo, por isso, entidades política, jurídica e sociologicamente distintas.

A descentralização se mostra necessária para a execução dos interesses buscados em sociedade, observando-se os princípios administrativos basilares, mais especificamente, da *eficiência* e *finalidade*, pois tal mecanismo organizatório propicia que os essenciais fins almejados sejam obtidos com “presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, 2011, p. 98).

Nestes termos, não há como destacar as necessidades públicas do exercício das Sociedades de Economia Mista. Estas são vinculadas ao Estado, as quais, em nome da eficiência dos atos administrativos, atuam de forma descentralizada, buscando realizar interesses individuais, postos de âmbito macro, dos partícipes sociais.

O objeto destas companhias, portanto, tem como elemento essencial a satisfação social. Entretanto, para alcançar este fim, a ferramenta de cumprimento utilizada pelo Estado variará de acordo com o caso em questão. A partir disso, a efetivação de interesses poderá se dar a partir da *prestação de serviços públicos* ou *exploração de atividades econômicas*.

2.3.1 Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviços públicos

Para compreender os serviços públicos prestados pelas Sociedades de Economia Mista encontrar um conceito – ou, como melhor prefere Eros Grau (2008, p. 132-133), uma *noção* – de serviços públicos que corresponda às realidades constitucionais, legais e fáticas é requisito primordial.

Na conceituação de serviço público, Cretella Júnior (*apud* SIMONE, 2001, p. 4) interpreta este sendo "toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum".

Em semelhante entendimento, Meirelles (2011, p. 364, 365) compreende por serviço público “aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”.

Bandeira de Mello (2015, p. 691) entende estes como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para Di Pietro (2015, p. 141), serviço público é:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Mencione-se ainda Paulo Modesto (2005, p. 15, grifo do autor), que, ao tratar das parcerias público-privadas na ordem social, destacou os serviços públicos como:

[...] a atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de direito público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob titularidade do Poder Público.

Retira-se dos conceitos apresentados pelos juristas que haverá sempre a satisfação de interesse ou necessidade pública, a ser exercido direta ou indiretamente pelo Estado. Entretanto, como se retira do conceito apresentado por Di Pietro, a incidência do regime jurídico de direito, exclusivamente, público é divergente, o que será, mais à frente, esclarecido.

Abordagem que foge ao padrão é a introduzida por Eros Grau (2008, p. 92 e seguintes) adotando a noção de *serviço público como espécie de atividade econômica*. Para o autor, há, na realidade, o gênero *atividade econômica* (sentido lato) e, como espécies, o *serviço público* dito ser “*atividade econômica* cujo desenvolvimento compete

preferencialmente ao setor público” e *atividade econômica em sentido estrito*, aquela destinada pela CR como de titularidade primeira dos particulares.

Neste sentido, o autor (2008, p. 127, 133-134) denota que serviço público é:

[...] qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima).

O qual *deve* ser prestado pelo Estado, por seu caráter de essencialidade e indisponibilidade.

Interessante mencionar que o autor em questão não se restringe às disposições normativas. Destaca, muitas vezes, o fato da própria Constituição indicar serviços públicos, os quais, porém, materialmente tomam roupagem de atividade econômica em sentido estrito. Mencione-se a passagem onde exemplifica o caso concreto, RE 220.999-7-PE, julgado em 25.04.2000 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no qual se identificou que o serviço aquaviário na transposição de produtos agrícolas configurar-se-ia atividade econômica em sentido estrito, logo (GRAU, 2008, p. 131):

A mera leitura do preceito constitucional poderia levar-nos à conclusão de que estamos, no caso – serviços de transporte por via fluvial em trajeto que transpõe os limites de um Estado –, diante de serviço de competência da União. Sucede que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos – o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente – que a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima).

Com base na amplitude utilizada, pretendeu-se destacar o fato de que serviços públicos não se restringem àqueles estabelecidos como tais. Deste modo, torna-se permissível que pessoas de direito privado os realizem. Destarte, para demonstrar a solidez do argumento, Grau observa que dentro da espécie de serviços públicos, coexistem aqueles *privativos e não privativos*. Explica o autor (2008, p. 125):

Entre os primeiros, aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – *serviços públicos não privativos* – aqueles [...] prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização [...]. Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.

Nestes termos, conclui haver atividades econômicas que são, obrigatoriamente, serviços públicos (privativas), as que podem ser classificadas como serviços públicos (não privativas) e as que não podem ser serviços públicos (atividades econômicas em sentido estrito).

Bandeira de Mello (2015, p. 709) opõe-se à ideia apresentada por Eros Grau, estabelecendo que atividade econômica e serviço público não se confundem. Para aquele:

A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movidos por ‘imperativos da segurança nacional’ ou acicatado por ‘relevante interesse coletivo’ [...] é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material.

Paulo Modesto (2005, p. 19), em sentido diverso, pretendeu destacar que – aqueles vistos como *serviços públicos não privativos* por Grau (2008, p. 125) – devem ser abordados pelo conceito de “*Serviços de Relevância Pública*”. Para o autor, trata-se de zona convergente aos entes públicos e particulares.

Na visão de Modesto, os serviços concernentes à educação e saúde poderão ser executados independentemente de autorização ou celebração de contrato de concessão ou permissão. Há, neste caso, submissão às normas gerais de direito público, fundada no interesse geral, lindeiro à sua execução. Com isto dispõe o autor que (2005, p. 21):

O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente ‘públicas não estatais’ (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado.

Expomos ainda, a ideia de Alexandre Aragão (2006, p. 57) ao conceituar serviços públicos como:

[...] atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Retira-se que o autor (2009, p. 59-60) compactua da ideia utilizada por Eros Grau, *supra*, e justifica dizendo que o importante do conceito não é a exclusividade dos serviços públicos nas mãos do Poder Público, mas sim “a responsabilidade do Estado sobre a

atividade, a sua obrigação em prestá-la, com ou sem exclusão da atuação por direito próprio dos empresários privados”.

Sendo assim, não haveria proibição à livre iniciativa quando das hipóteses de serviços públicos não privativos, não havendo distanciamento da qualificação de serviços públicos.

Apesar dos posicionamentos em contrário, a Lei das Estatais adotou a interpretação apresentada por Eros Grau, dispondo no art. 1º a seguinte redação:

Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, **ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja de prestação de serviços públicos.** (grifo nosso).

A lei foi clara ao englobar os serviços públicos às atividades econômicas. Além disso, destacou-os das demais formas de intervenção econômica (que serão mais afrente abordadas).

Analisando as argumentações aduzidas, aqueles que interpretam os serviços públicos como espécie de atividade econômica – a nosso ver – demonstram a noção mais efetiva às questões práticas e, com o advento da LC 13.303/16, legais. Entendemos ainda, que a concretização deste conceito possibilita a atuação privada com finalidade lucrativa ou não. Ademais, permitem melhor filtro jurisdicional quando se fizer necessário analisar o regime jurídico incidente no caso concreto, sem excluir de todo modo, o condizente ao Direito Público – inerente aos serviços públicos.

Destarte, podemos dizer que *serviços públicos são espécies de atividades econômicas, preferencialmente, prestados pelo Estado – que, por força Constitucional, lhe pertence o dever de garantir –, submetidos, parcial ou exclusivamente, ao regime jurídico de Direito Público, visando suprir interesses socialmente relevantes e essenciais, com finalidade, ou não, lucrativa*¹.

Concatenada a ideia de serviços públicos, é de praxe que a doutrina classifique-os. Assim, Hely Lopes (2011, p. 410) descreve-os como públicos e de utilidade pública. Entendem-se, serviços públicos como aqueles privativos do Poder Público, em decorrência de sua essencialidade e, geralmente, dependentes de instrumentos compulsórios para sua efetivação. A título de exemplo destes, atos de defesa nacional e polícia.

¹ Sobre regime jurídico das Sociedades de Economia Mista, vide tópico 2.2.4, *infra*.

Serviços de utilidade pública, por sua vez, são os compreendidos pela conveniência, isto é, não são de natureza indispensável de tal modo que o Estado não os possa prestar indiretamente, outorgando ou delegando a tarefa a outros entes. Logo, estes servem como instrumento de satisfação dos interesses dos indivíduos sociais, observados singularmente.

Classificação que busca estabelecer outro caminho à questão é a que distingue os serviços públicos como próprios e impróprios; aqueles seriam os que a Administração pública exerce de modo direto ou indireto, objetivando a satisfação de interesses públicos. Por outro viés, impróprios são os serviços públicos que satisfazem o interesse coletivo, mas são exercidos pelos particulares, sob regulamentação, fiscalização e autorização estatal. Di Pietro (2015, p. 148-149) critica tal critério dissertando que os denominados serviços impróprios sequer são serviços públicos em sentido jurídico por não existir incumbência Estatal definida em lei. Hely Lopes (2011, p. 411) vislumbra os impróprios de outro modo. Como sendo aqueles prestados pelo Estado para satisfação dos indivíduos, mas que não correspondem necessidades coletivas.

Outra ótica a ser destacada é a qual interpreta os serviços públicos pelo seu objeto. Di Pietro (2015, p. 149-151) destaca três destes: administrativo, comercial ou industrial, e social. No caso do administrativo, a autora define como sendo os serviços prestados diretamente à comunidade, bem como atividades meio na prestação daqueles. O comercial ou industrial é a atividade econômica realizada direta ou indiretamente pelo Estado para consecução de interesses coletivos, isto é, para a autora, há aplicação do art. 175, CR, nesta definição, logo o Estado os prestaria diretamente, ou via regime de permissão ou concessão, rechaçando a ideia de que a exploração embasada no art. 173, CR configura serviço público, por entender inexistir lei que o defina como tal. Por fim, o social é o serviço público prestado para satisfação de interesses sociais previstos pela Carta Magna no capítulo destinado à ordem social.

Interessante destacar que quanto à classificação de serviços comerciais/industriais, em contramão, Hely Lopes (2011, p. 368) disserta que estes são fonte de renda para quem os presta. No caso de “órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários” via preço público². Enquadram-se para o autor as atividades econômicas por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, CR), considerados como “*impróprios do Estado*”.

² Preço público é espécie de receita originária, proveniente da exploração Estatal de seu patrimônio em relação voluntária e sinalagmática face os que contratam com este (ABRAHAM, 2013, p. 87-90).

Uti universi ou geral é o serviço voltado à uma coletividade indefinida, tal como serviços de iluminação pública e polícia. *Uti singuli* ou individual é o serviço prestado a todos, porém de modo distinto entre estes, têm-se por exemplo serviços de energia elétrica e água domiciliares (MEIRELLES, 2011, p. 412-413).

Caio Tácito (*apud* DI PIETRO, 2015, p. 151) dispõe sobre outros dois tipos de serviços públicos correlacionados à essencialidade da atuação Estatal em benefício dos administrados. Nestes termos destaca como originários ou congênitos os serviços prestados própria e privativamente pelo Poder Público e como derivados ou adquiridos, aqueles em que o Estado atua, por imperativo constitucional, em regime de monopólio ou em concorrência com a iniciativa privada.

Di Pietro (2015, p. 152) traz outra forma de classificar os serviços públicos como exclusivos ou não exclusivos. Aqueles exercidos tão somente pelo Estado, tal como o serviço de gás canalizado (art. 25, §2º, CR); estes prestados pelo particular mediante autorização do Poder Público.

Importante observar acerca da divergência entre Di Pietro (2015, p. 150) e Hely Lopes (2011, p. 412) quando da classificação de serviços públicos por força de seu objeto, a visão do autor se demonstra superada quando observada assimilação contemporânea. Em sede do Recurso Extraordinário 220.906, o STF decidiu pela distinção entre serviços públicos e exploração de atividade econômica em sentido estrito, defendendo que o tratamento jurídico regimental adaptar-se-á conforme a atuação do ente³. No caso, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi considerada, elementarmente, como prestadora de serviços públicos, o que impossibilitou a aplicação de determinadas medidas concernentes ao direito privado⁴.

Desta feita, interpretar que as atividades econômicas em sentido estrito, previstas no art. 173 da CR correspondem a serviços públicos é navegar em sentido contrário à Corte. Ademais, tendo-se em compreensão a noção ora adotada, ao se falar de serviço público é necessário tê-lo como elemento essencial para a interdependência social e como **dever** do Estado, prestá-lo, exigindo uma posição ativa deste, caso que não ocorre em sede de ordem econômica, à exceção das previsões contidas na Carta Política – cite-se o art. 21, XI, CR. Se fosse seu papel principal, a Constituição o teria, juntamente à propriedade privada, elencado sua função intervencionista como princípio no art. 170. Muito ao contrário, o *caput* do

³ Em moldes semelhantes, decidiu o STF nos: ARE 1020644 PR (DJe-035 22/02/2017); ACO 2757 RJ (DJe-100 15/05/2017).

⁴ No caso citado, a Suprema Corte decidiu pela inaplicabilidade do regime executório civilista comum por ser prestadora de serviço público, determinando que, em contrapartida, a sistemática de pagamento fosse de precatório, prevista no art. 100, CR.

dispositivo Constitucional, 173, estabelece duas condições excepcionais de atuação econômica.

Sendo assim, a nosso ver, a interpretação de que **serviços públicos** são espécies de **atividade econômica em sentido amplo**, parece ser a melhor assertiva e reflete questões teóricas e práticas do ordenamento jurídico.

2.3.2 Exploração de Atividade Econômica pelas Sociedades de Economia Mista

Se prestadora de serviços públicos por determinação constitucional, a Sociedade de Economia Mista terá seu objeto mais facilmente definido. Todavia, a mesma premissa não tem aplicação nas atuações essencialmente econômicas do Estado, haja vista que tal exercício – ainda que condicionado a certas hipóteses – será efetivado por meio de decisões políticas (ressalvados casos de Monopólio, determinados na Constituição).

A Carta Política de 88, ao destacar a livre iniciativa como princípio fundamental em seu art. 1º, bem como fundamento da ordem econômica no art. 170, demonstra o valor de tal elemento no arcabouço jurídico do ordenamento, o que condiz, segundo José Afonso da Silva (*apud* TAVARES, 2011, p. 234), com a consagração de uma economia mercadológica, de raiz capitalista. Neste sentido, destaca Barroso (2001, p. 202): “cabe não perder de vista que a atuação direta o Estado na economia é excepcional, só autorizada nos termos constitucionais, por representar uma exclusão da livre iniciativa”.

Sendo assim, quando se analisa que o Estado exerce atividade econômica, em sentido contrário às diretrizes gerais da Constituição, estabelece-se que isto deve acontecer tão somente nas hipóteses em que a própria defina. Para tanto, cumpre-nos assimilar o que é atividade econômica.

Eros Grau (*apud* GRAU, 2008, p. 101), sobre o tema propõe a interpretação da atividade econômica em dois sentidos. Amplo e estrito – ou seja, como gênero e espécie. A seu ver, aquele englobaria as atividades econômicas e os serviços públicos. O autor defende nestes termos que os serviços públicos seriam espécie de “*atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público”⁵.

Desta ótica, retrata também a interpretação *stricto sensu* da atividade econômica, a qual pode ser entendida como aquela que visa obtenção de lucros, por meio de venda, revenda

⁵ Em contrapartida, Bandeira de Mello (2015, p. 817) interpreta como insustentável, por força constitucional, enquadrar serviços públicos da categoria de atividade econômica haja vista que dispor nestes moldes é unir duas disciplinas constitucionalmente dadas como “antinomias jurídicas”.

ou produção de bens e/ou prestação de serviços (TOMAZETTE, 2014, p. 38-41) – termos estes consonantes aos utilizados no art. 173, §1º, CR.

Do entendimento *retro*, menciona-se que a iniciativa empresarial pública dar-se-á (BARROSO, 2001, p. 202):

[...] em duas normas, uma implícita e outra explícita. A primeira limita a criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam na Carta. E a segunda impõe a necessidade de lei autorizativa de qualquer forma de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cujos pressupostos são *os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*.

De acordo com o supramencionado, a Constituição da República estabeleceu sobre quais matérias a intervenção do Poder Público se dará. Dentre estas, o regime de monopólio, o qual tem suas hipóteses previstas de modo taxativo na norma fundamental. Ressalte-se que interpretar assim é buscar efetivar a excepcionalidade deste tipo de atuação. Sobre isto, Bandeira de Mello (2015, p. 835-836, grifo nosso):

Finalmente, convém lembrar que a Constituição previu o monopólio de certas atividades. São elas **unicamente** as seguintes, consoante arrolamento do art. 177 [...]. Tais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Constituem-se, também elas, em ‘serviços governamentais’, sujeitos, pois às regras do Direito Privado. Correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa.

Tal como denotam os ensinamentos, o Estado intervém em hipóteses especiais no domínio econômico, de acordo, estritamente, com as outorgas constitucionais, as quais no que tange à sua forma mais representativa da soberania nacional – princípio explícito da ordem econômica – são taxativas.

Além da intervenção via monopólio estatal, a Carta Política prevê ainda, no art. 173 as hipóteses – como denomina Barroso (2001, p. 202) – explícitas de intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo-a a duas hipóteses: *quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.

Até por isto, a Lei das Estatais determina que o legislador, no momento de instituir certa Sociedade de Economia Mista, descreva com clareza por qual motivo (seja este por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo) está sendo criado aquele ente administrativo e com isso, delimita seu âmbito de atuação (art. 2º, §1º).

O dispositivo Constitucional supramencionado autoriza que o Estado atue através de “*iniciativa pública empresarial*” nas mesmas condições mercadológicas que as pessoas de direito privado, quando por necessidade motivada nos pré-requisitos supramencionados,

objetivando alcançar estes interesses, os quais de outra forma restariam desatendidos (ORTIZ, *apud* FONSECA, 2010, p. 205).

Sobre isto, Sidnei Turczyn (2006, p. 207) ratifica:

A constituição de 1988 adotou o modelo de Estado Liberal, pois ela diz que a exploração da atividade econômica cabe à iniciativa privada (CF, art. 170), [...]. O Estado apenas deve atuar na economia nos casos excepcionais e autorizados por lei.

A partir disso, não há como conceber a atuação via livre iniciativa estatal, haja vista esta ser prerrogativa dos particulares, necessitando, portanto que sejam observados primados que lhe outorguem tal intervenção. O primeiro, citado no art. 173 é a *segurança nacional*, sobre o qual bem obtempera Figueiredo (2014, p. 77):

Cumprе ressaltar que o conceito de Segurança Nacional é eminentemente político, variando de acordo com a época, com o contexto social e com as necessidades do Estado, podendo ser classificado, portanto, no campo do Direito, como um conceito jurídico indeterminado, que depende do caso concreto para ser devidamente delineado.

Neste contexto, houve (já que foi privatizada) a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (EMBRAER), criada por meio do DL 770/69, a qual em conexão direta à Força Aérea Brasileira (FAB) destinou-se a (art. 2º):

[...] promover o desenvolvimento da indústria aeronáutica brasileira e atividades correlatas, inclusive projetar e construir aeronaves e respectivas acessórios, componentes e equipamentos e promover ou executar atividades técnicas vinculadas a produção e manutenção do material aeronáutico, de acordo com programas e projetos aprovados pelo Poder Executivo.

Importante destacar que à época de sua criação, a vinculatividade do legislador – tal como ocorre hoje, por força do art. 2º, §1º, Lei 13.303 – não se fez presente, entretanto, determinadas disposições destacam a ideia dos imperativos por segurança nacional⁶.

O segundo e, talvez, mais genérico motivo é o *relevante interesse coletivo*. Entendemos, pois, que sobre este ainda encontramos uma zona de penumbra, dependente da interpretação judicial, doutrinária e, condicionada, assim como ressaltou Figueiredo, ao contexto político em questão.

Quanto à causa supramencionada, com o intuito de não deixar ao léu sua delimitação, autores pretendem correlaciona-las a diferentes formas de interpretação. Cite-se André Tavares (2011, p. 280) que defende aplicação das disposições constitucionais acerca do

⁶ Visível se faz a segurança nacional quando o decreto-lei dispõe: “Art. 13. A EMBRAER poderá requisitar militares e servidores públicos através de solicitação ao Ministério da Aeronáutica, para a realização de suas atividades.” E reforça no artigo subsequente: “Art. 14. Os administradores e empregados da EMBRAER, bem como os militares e servidores públicos a seu serviço, são obrigados a manter absoluto sigilo quanto aos trabalhos e tarefas de que forem incumbidos.”.

Ministério Público, interpretando-as como direitos coletivos e difusos (art. 129, CR); há quem defenda aplicação dos ditames previstos no código consumetrista (FIGUEIREDO, 2014, p. 92, 93), bem como quem o interprete em consonância ao conceito de “interesse público” já aqui defendido⁷ (TOSTA, 2014, p. 30). Todavia, apesar das respeitáveis doutrinas, ousamos discordar, sem, entretanto, distanciarmo-nos da definição de interesse público, aqui aduzida.

Marcelo Holanda (2012, P. 30) em seu estudo sobre o controle de representação adequada nas tutelas judiciais coletivas parte, em síntese, da convergência entre: “direitos” e “interesses”, realizada pela Constituição, a qual “enquanto padrão legitimador para toda e qualquer lei, consagra direitos e não interesses, e mesmo quando a lei (infraconstitucional) determina a certa posição jurídica (de interesse), o faz expressando direitos”.

Com isto, reforça a síntese de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (*apud* HOLANDA, 2012, p. 33) de que “interesses legítimos compreendem-se interesses ocasionalmente protegidos e direitos imperfeitos”.

Concatenando sua ideia, o autor destaca que, para abarcar os interesses coletivos (interpretados como direitos coletivos na obra), a melhor expressão seria “direitos de grupo”. Conceito este abrangente tanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, direitos difusos e individuais homogêneos. Neste sentido, mencione-se a lição de Gidi (*apud* HOLANDA, p. 44):

Os direitos superindividuais [difuso e coletivo (*stricto sensu*)] não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluída e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica. Isso não significa [...] que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou a coletividade sem personalidade jurídica. [...] com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada. A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais uma origem comum [...].

Cumpre-nos salientar que o retromencionado em nada diverge da noção paradigmática aqui adotada, ao contrário, entendemos que o legislador Constituinte ao momento de tutelar “interesses coletivos” estava, por sua vez, tutelando os direitos individuais manifestos, fosse a teor transindividual, por meio de grupo (coletivo *stricto sensu*) ou mesmo subjetivamente, desde que conexos aos demais indivíduos em sociedade.

Ressaltamos o fato de que a acepção ora defendida não se restringe ao plano das ideias, esta tem sua materialidade refletida nas sociedades de economia mista. Cite-se, a título de exemplo o Banco do Brasil, o qual, no Decreto – Lei 4595/64, lhe é derogado a

⁷ Vide tópico 2.2 supra.

competência de “IX - financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural, nos termos da legislação que regular a matéria” que remonta à clara satisfação de interesse coletivo *stricto sensu* – objetivando tutelar uma parcela específica da sociedade – assim como “IV - executar os serviços de compensação de cheques e outros papéis” o qual representa satisfação de interesses individuais homogêneos, determináveis e disponíveis. Por fim, mencione-se a Lei 3.890-A/61 que autoriza a criação da ELETROBRÁS, a qual deve, dentre seus objetos, “realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de comércio decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica”, o qual pode ser enquadrado como direito difuso haja vista sua dispersão e indivisibilidade.

Aceitando tal ideal, alcançamos uma definição jurídica que, diferentemente daquela adstrita às funções do Ministério Público, abarcada de modo além dos direitos difusos e coletivos, os individuais homogêneos. Ainda – ao invés de rechaçar as compreensões trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) – concede-as um *status* de homogeneidade. Supera a equalização ao conceito de interesse público, cuja “definição é de difícil alcance, posto que, por sua natureza de *conceito jurídico indeterminado*, seu núcleo está constantemente aberto para a realidade” (BONFIM, 2011, p. 65).

Nossa pretensão, logicamente, não é engessar o legislador a uma interpretação de *interesse coletivo*. Entendemos ao contrário, adotar a acepção *retro* facilita o trabalho daquele e aproxima a efetividade normativa que se pretende com o art. 2º, §1º, Lei 13.303, tornando possível que o agente legiferante alcance indivíduos não só em suas subjetividades, mas também entes coletivos que possam se beneficiar, sem que, necessariamente, tenha de abordar acerca de direito indivisível, tornando desnecessário restringir cada um para alcançar o perfeito encaixe das distinções dadas no CDC, e evitando, para tanto, a utilização de um substrato indefinido.

Cabe-nos analisar ainda, o adjetivo “relevante”, o qual também pode ser interpretado como conceito jurídico indeterminado. Entendemos, tal como o fizemos quanto às questões de segurança nacional, que a relevância dependa do contexto econômico real do País (TAVARES, 2011, p. 280). Entender de modo diverso significa trancar os *direitos de grupo*, os quais estão em constante modificação.

Com isso, raciocinamos que, no momento de autorizar determinada sociedade de economia mista, estes direitos devem ser observados de modo claro, mas sem que restrinja o âmbito de incidência das atividades da Sociedade de Economia Mista a despeito de um ou outro direito coletivo. Desta sorte, vê-se que não há como deixar à discricionariedade pura do

político por força de todo e qualquer contexto fático que o circunde. É necessária observância das diretrizes supramencionadas. Só assim, a Sociedade de Economia Mista terá a potencialidade de executar suas finalidades.

Portanto, deve-se manter em mente que o Estado não deve atuar por um, mas *por todos e cada um*.

2.3.3 A Conjugação de Capitais Públicos e Privados e a auferição de lucros

A doutrina, salvo certa oposição (MEIRELLES, 2011, p. 409), concorda que a união dos capitais públicos e privados é elemento fundamental das sociedades, ora estudadas. Entretanto, diverge-se acerca da possibilidade de conciliação dos interesses públicos e privados envolvidos e, conseqüentemente, sobre a lucratividade decorrente da atividade desenvolvida.

Dissertam alguns autores que, tratando-se de Sociedade de Economia Mista prestadora de serviços públicos, a remuneração dos lucros demonstra-se inconciliável ao exercício em tela. Neste sentido, Vítor Schirato (2005, p. 227-228) alude que a união dos capitais públicos e privados representa efetivo limitador para a satisfação de interesses públicos, em decorrência da potencial concorrência de interesses na gestão, a qual seria prejudicial ao efetivo exercício desta. No mesmo sentido, Bilac Pinto (*apud* BONFIM, 2011, p. 99) defende este ser um “conflito irreconciliável” entre particulares e poder público.

Nosso entendimento, porém, caminha noutro sentido. Compreendemos totalmente pertinente a auferição de lucros provenientes do exercício da Sociedade de Economia Mista. Tal como dispusemos sobre o conceito de serviços públicos anteriormente, o lucro proveniente destas atividades não é elemento imprescindível, i.e., aqueles que os prestam podem fazê-lo em caráter deficitário, filantrópico, ou lucrativo, dependendo do sujeito que o faça.

Soa-nos impreciso defender que os particulares investidores neste tipo de companhia não pretendem obter remuneração de seu investimento, caso contrário, o fariam mediante pessoas jurídicas não estruturadas para tal. Logo, apesar de possíveis conflitos, comuns em qualquer relação de interesse, bem disserta Luiz Gastão (1965, p. 10-11): “as partes sempre souberam conciliar, com maior ou menor dificuldade, seus divergentes pontos de vista”.

O ponto de embate neste caso decorre da, em geral, execução deficitária dos serviços

públicos, por conta da acessibilidade pretendida à população⁸. Nestes casos, as Sociedades de Economia Mista que os prestassem o fariam com mais dependência do Estado, o que, por sua vez não impede, de qualquer modo, a remuneração aos particulares acionistas.

Sobre o tema, vale a lição de Souvirón Morenilla (*apud* GROTTI, 2006, p. 64-65) ao tratar dos serviços universais como:

[...] um conjunto mínimo de serviços – de prestações – de uma qualidade determinada, prestados a todos os usuários – independentemente de sua situação geográfica e, à vista das condições nacionais concretas, a um preço acessível e que, baseado nos princípios da universalidade, igualdade e continuidade a fim de permitir o acesso ao mesmo a todos os usuários, constituirá uma obrigação imposta a determinados agentes, que poderá ser-lhes compensada financeiramente a partir do cálculo dos custos líquidos eventuais correspondentes e de sua divisão entre os próprios agentes do mercado sob o controle das autoridades nacionais de regulação.

Assim, não se mostram óbices à retirada de lucros por parte dos particulares envolvidos, ainda que as Sociedades sejam dependentes do Estado. Nessa hipótese, Alexandre Aragão (2017, p. 60), apesar de não considera-las recomendáveis destaca que:

Todavia, a situação de dependência não é institucional e permanente, podendo ser conjuntural (basta, por exemplo, que se autorize a estatal a aumentar as suas tarifas a ponto de suprir o seu déficit). Por essa razão, apesar de não ser recomendável a criação de uma sociedade de economia mista dependente, ela não chegaria a ser inconstitucional.

Contudo, não se pode olvidar que estarão os particulares submetidos aos riscos inerentes a qualquer investimento econômico, mas nem por isso há impossibilidade destes lucrarem mediante ingresso de capital quando as companhias mistas prestam serviços públicos.

Dessarte, podemos concluir, nesse ponto, que os acionistas privados alicerçados numa atividade de interesse público podem receber dividendos provenientes de tal atividade, principalmente⁹ quando exercida por Sociedades Anônimas – caracterizadas pela essência mercantil (art. 2, §1º, LSA) – embora estejam submissos, nessa estrutura econômica, ao fim público pleiteado pela companhia mista.

⁸ Dispõe Eros grau que, nesta hipótese, ao contrário das companhias privadas submetidas ao regime de concessão, as sociedades mistas “não visam, no exercício da atividade de prestação de serviços públicos, **precipua**mente a obtenção de lucros, mas sim a satisfação do interesse público.” (grifo nosso).

⁹ Diz-se “principalmente”, pois, como veremos a seguir, compreendemos que não somente as S.As. podem ser enquadradas como companhias mistas, desde que verificados os pressupostos naturais destas sociedades.

2.3.4 O Regime Jurídico das Sociedades de Economia Mista

Ao estudar as atividades exercidas pelas companhias mistas, viu-se que estas podem, ora intervir nas atividades econômicas em sentido estrito, por outorga constitucional, ora prestar serviços públicos, por determinação normativa. Constatado isto, definir o regime jurídico, i.e., as normas aplicáveis nestas entidades, passa, necessariamente, pelo crivo do exercício objetivo supracitado.

Antes de delimitar o tipo de regime jurídico aplicado, sem, contudo, afastarmo-nos da irrefratável noção de que como fato social e histórico que é, “o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas” (REALE, 2002, p. 3). Neste diapasão, faz-se primordial destacar quais os ramos do direito, presentes. Utilizando da lição explicitada por Lopes Meirelles (2011, p. 38) tem-se que:

O direito é dividido, inicialmente, em dois grandes ramos: *Direito Público* e *Direito Privado*, consoante a sua destinação. O *Direito Público*, por sua vez, subdivide-se em *Interno* e *Externo*. O *Direito Público Interno* visa a regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual. Reparte-se em *Direito Constitucional*, *Direito Administrativo*, *Direito Tributário*, *Direito Penal* ou *Criminal*, *Direito Processual* ou *Judiciário (Civil e Penal)*, *Direito do Trabalho*, *Direito Eleitoral*, *Direito Municipal*. Esta subdivisão não é estanque, admitindo despontar de outros ramos, com o envolver da Ciência Jurídica, que enseja, a cada dia, a especialização do Direito e a conseqüente formação de disciplinas autônomas, bem diversificadas de suas coirmãs. O *Direito Público Externo* destina-se a reger os interesses individuais, de modo a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens, quer nas relações de indivíduo a indivíduo, quer nas relações do indivíduo com o Estado. Biparte-se o *Direito Privado* em *Direito Civil* e *Direito Comercial*.

A partir disso, utilizaremos como noções de ramos do direito, o *Público Interno* e o *Privado*, para observar sua ocorrência nas Sociedades de Economia Mista.

Deste modo, há autores que distinguem a aplicação tão somente pela interveniência no domínio econômico, ou pela prestação de serviço público, o que corresponderia, respectivamente, aos regimes de direito privado e público. Neste sentido destacam-se Cretella Júnior (1965, p. 39-41), Luciana Gonçalves Nunes (2011, p. 92-93) e Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 12).

Por outro lado, há, tal como Tavares Borba (*apud* BONFIM, 2011, p. 36), quem defenda o regime jurídico aplicável sendo de Direito Público, em decorrência da participação Estatal nessa espécie de entidade e pelo fato da mesma ser criada para consecução de interesses públicos.

Outro posicionamento encontrado na doutrina diz respeito à característica híbrida das Sociedades de Economia Mista. Logo, estariam submissas a uma espécie de “*hibridismo normativo*” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 332). Para Di Pietro (2015, p. 556), o regime jurídico teria este caráter por haver nas companhias mistas simbiose dos ramos Público e Privado do Direito. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 408), por existir “empreendimento particular com amparo estatal”, assim sendo, “embora reguladas pelo Direito Privado, as sociedades de economia mista adentram também no domínio do Direito Público” (RACINE *apud* MEIRELLES, 2011, p. 408).

Doutro modo, mas assemelhando-se, Bandeira de Mello (1983, p. 94) e (2015, p. 205) identifica que as Sociedades de Economia Mista dotam de regime jurídico especial, cuja característica não é “*tertium gentium*” (BONFIM, 2011, p. 36), qualificada pelo hibridismo, mas oriunda de aplicação específica das normas de Direito Privado, haja vista que essas regras, “leis civis ou comerciais, serão aplicáveis à medida que se compatibilizem com a natureza peculiar dessa associação”.

Proposta que remonta maior complexidade, e, a nosso ver, aproximada de mais precisão é aduzida por Eros Grau (2008, p. 109-121), cuja interpretação se alinha a depender dos “*distintos níveis de incidência dos princípios jurídicos*” sobre as companhias mistas, cujo encaminhamento será a “*construção de modelos de regimes jurídicos em diversos níveis*”. Noção a qual nos debruçaremos a seguir.

Para indicar os distintos níveis de incidência, Grau destaca das empresas estatais dois momentos. O *estrutural* e *funcional*. Trata-se o momento *estrutural* da natureza de determinada entidade, verificando-se, pois, sua particularidade no ordenamento jurídico a partir de um “ponto estático” que identificará seus *status* e peculiaridades. Assim identificar-se-á, por exemplo, uma Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista, respectivamente, com base nas redações dos artigos 3º e 4º da Lei 13.303/16.

Momento *funcional*, por sua vez, consubstancia as relações vinculadas ao exercício da companhia; cuja perspectiva pode ser dos particulares – nos tratamentos entre a Sociedade de Economia Mista para com estes –, ou, do ponto de vista proveniente do Estado, quando há interação entre Poder Público e a entidade.

Da noção apresentada pelo autor, retira-se ainda, subdivisão do momento *funcional*, qualificando-o como *interno* ou *externo*.

No momento funcional interno, haverá análise das relações entre a Sociedade e o Estado, cite-se, por exemplo, “os tipos e extensões de controles estatais a que está sujeita a empresa”. Quando externo, tratar-se-á das conversações entre a sociedade mista e o setor

privado, neste caso, como hipótese, “se o contrato celebrado entre empresa e particulares é do tipo denominado administrativo ou privado” (GRAU, 2008, p. 109-121).

Destarte, poder-se-ia concluir que não há aplicação exclusiva de determinado regime jurídico, mas sim que a incidência, ora será de Direito Público, ora de Direito Privado, em defesa, justamente, dos momentos destacados pelo autor.

Temos, portanto, como base a ideia de que o regime jurídico irá incidir de modo sazonal, sem que, para isto, haja exclusão de um ou outro, sequer almeje-se coincidência destes – caso do hibridismo –, ou que se caracterize por uma normatividade especial. Fique posto, então, que a atividade exercida pela companhia mista não pode sozinha definir a aplicabilidade (o que se veria, supostamente, nas intervenientes do domínio econômico). Resta necessário, porém, cumular-se às diretrizes legais estabelecidas, bem como, às relações travadas com o próprio Estado e os particulares.

2.3.5 Proposta de Conceituação da Sociedade de Economia Mista

Destacamos sucintamente no item anterior quais as interpretações doutrinárias acerca do regime jurídico aplicável às Sociedades de Economia Mista, expondo filiar-mo-nos à ideia elencada por Eros Grau. Embora a noção proposta seja harmônica, entendemos, porém, ser conveniente obtemperar acerca do momento estrutural incidente nessas companhias para que possamos ousar expor nosso ponto de vista sobre o conceito destas.

Dispõe o ex-ministro (GRAU, 2008, p. 112, 120, grifo nosso) entendimento de que, adotado certo modelo jurídico previsto no ordenamento – no caso, Sociedade de Economia Mista –, a caracterização do momento estrutural se afigura pelo Estado ocupar “*posição assimétrica em relação aos acionistas privados*”, no que tange às atribuições que lhe são conferidas quando em confronto com aqueles¹⁰.

Luiz Gastão (1965, p. 2-10) alude que tal posição é resultante da participação efetiva do Estado na gestão da sociedade para a consecução de interesses públicos de modo preponderante face aos interesses exclusivamente privados, independentemente da quantidade de capital instituído por aquele¹¹. Logo, embora não seja o aporte financeiro investido

¹⁰ Disserta isso, ainda sob égide do Decreto-Lei 200/64, cuja dicção não se contrapõe ao, hoje, disposto na Lei 13.303/16.

¹¹ Não há, explicitamente, em lei, determinação de que tal ponto seja fundamental à caracterização das Sociedades de Economia Mista, entendemos, todavia que a mera observância numérica demonstra-se defasada frente à dinâmica mercadológica, principalmente no que tange à circulação de valores mobiliários. Ademais, a Lei das Estatais, no Art. 4º, §1º, bem como a LSA, no Art. 238, tratam do acionista controlador como direcionador das atividades sociais à satisfação dos interesses públicos justificadores da Sociedade de Economia Mista, o que representa normatização desta posição diferenciada.

condição *sine qua non* para caracterizar uma sociedade como sendo de economia mista, tal situação “constitui forte presunção de que virá esta a sê-lo”.

Tendo isso em mente, não podemos compactuar da ideia restritiva disposta na Lei das Estatais, sequer interpretar que o momento estrutural se configuraria, unicamente, quando aplicados recursos correspondentes à maioria de capital votante, haja vista em outros momentos, que não este, o Estado se encontra em posição díspare comparado aos acionistas comuns, citem-se o acordo de acionistas e criação de *Golden shares*, a serem abordados no seguinte capítulo, que podem influenciar no ponto principal do tipo societário – o controle estatal.

Todavia, não se pode olvidar, tal como destacamos nas palavras de Luiz Gastão, que a detenção do capital majoritário por parte do Estado corresponda à significativa potencialidade no exercício da gestão, fato que se afigura na atual conceituação legal de Sociedade de Economia Mista.

Contudo, apesar das críticas que vimos aduzindo e, posteriormente, aprofundaremos acerca do poder de controle, não podemos deixar ao relento as sociedades empresariais em que o Estado detenha a maioria do capital social votante.

Em decorrência disso, embora a quantidade de propriedade não seja fator fundamental das Sociedades de Economia Mista, devemos abraçar aquelas em que o Estado seja acionista majoritário e o objeto social se destine à prestação de serviços públicos ou atividade econômica que verse sobre segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ou atue em regime de monopólio.

Deve-se isto ao fato de presumirmos a detenção daquele significativo montante será convertida em ação Estatal que vise a prossecução de interesse público. Não o sendo, estaremos diante de absurda irresponsabilidade fiscal, nos termos do art. 1º da Lei Complementar 101/00. Como bem destaca Bandeira de Mello (1983, p. 97-98), é válido interpretar que a “voluntária absorção pelo Estado de maioria acionária de uma pessoa, por sua vez autorizado por lei a proceder desse modo, revelará seu propósito de assumir a pessoa como instrumento de sua ação”.

Sobre o tema, julgamos válido citar o Direito Comunitário Europeu, que aglutinou ambas as acepções supramencionadas, filiando-se à quantidade de capital majoritário, sem excluir a possibilidade de controle por parte do poder Público quando não detivesse aquela propriedade, porém, para definir o que chamam de “empresa pública”. A diretiva 80/723/CEE de 1980, com posteriores alterações, conceitua-as como: “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em

consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem”.

Sobre a influência, dispõe:

Presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, directa ou indirectamente, relativamente à empresa: a) Detenham a maioria do capital subscrito da empresa ou b) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa ou c) Possam designar mais da metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa.

O direito português adaptou-se às dicções supracitadas e no seu Regime Setorial Empresarial do Estado (Decreto Lei 558/99), revogado pelo Decreto Lei 133/2013, indicando no art. 5º:

1 - São empresas públicas as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei.

2 - Consideram-se ainda empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo IV.

E, adiante, sobre a influência dominante, no art. 9º¹² a legislação expressa que as organizações comerciais serão enquadradas como “empresas públicas” quando o Estado tiver poder significativo sobre a administração da companhia – para além da presunção proveniente da maioria do capital social votante. Desta feita, circunstâncias que imprimam algum tipo de ascendência advinda do Poder Público também são abarcadas a fim de inserir a pessoa jurídica naquele conceito.

Nuno Cunha Rodrigues (2004, p. 66) destaca (mesmo que ainda sob o regime do DL 558/99, mas com compreensão extensível) que o ordenamento descolou-se da visão demasiadamente restrita, a qual fugia da ótica já estabelecida pelo direito comunitário. Fica

¹² 1 - Existe influência dominante sempre que as entidades públicas referidas nos artigos 3.º e 5.º se encontrem, relativamente às empresas ou entidades por si detidas, constituídas ou criadas, em qualquer uma das situações seguintes: a) Detenham uma participação superior à maioria do capital; b) Disponham da maioria dos direitos de voto; c) Tenham a possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização; d) Disponham de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada. 2 - Para efeitos do cômputo dos direitos de voto nos termos do disposto na alínea b) do número anterior, são ainda contabilizados, para além daqueles que são inerentes à titularidade direta da participação social das entidades públicas referidas nos artigos 3.º e 5.º, os direitos de voto: a) Detidos ou exercidos por terceiro em nome ou no interesse do titular da participação social; b) Detidos por entidade cuja maioria do capital, social ou estatutário, seja detida pelo titular da participação social; c) Detidos por sociedade com a qual o titular da participação social se encontre em relação de domínio ou de grupo; d) Detidos por titulares com os quais tenha sido celebrado acordo quanto ao exercício dos respetivos direitos de voto; e) Detidos por entidades, singulares ou coletivas, que tenham celebrado com o titular da participação social qualquer tipo de contrato ou acordo que confira a este último uma posição de influência dominante.

claro, naquela legislação, que a denominada “influência dominante” compactua-se de modo mais certo ao regime mercantil. Fato que não ocorre em nosso Direito Pátrio.

Sobre as características destas chamadas empresas públicas, Antônio Pinto Duarte (*apud* RODRIGUES, 2004, p. 67) explica que o:

[...] conceito rege-se por dois critérios: um de natureza formal – segundo o qual a empresa pública é uma sociedade constituída de acordo com o regime geral das sociedades comerciais, atento ao critério de detenção da maioria do capital social ou da maioria dos direitos de voto por parte do ente público – e outro, de natureza substancial, assente na influência dominante que o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer sobre a sua orientação.

Apesar da denominação diversa, o que foi elencado na norma demonstra-se aplicável à caracterização de Sociedades de Economia Mista, ora proposta, principalmente frente às alíneas *d* e *e* do art. 9º que se compatibilizam ao conceito de acionista controlador disposto no art. 116, LSA. Em decorrência disso, estariam abrangidas neste conceito aquelas em que o Estado detém a maioria do capital social votante, já que representam uma potencialidade material do exercício de voto, presumindo-se a consolidação do poder de gestão, mas também aquelas em que o Estado, mesmo não detentor da maioria do capital votante, possui influência dominante sobre aquelas, tomando suas rédeas.

Entretanto, para Grau (2008, p. 110), as sociedades controladas pelo Estado que não integradas pela maioria do capital social votante em poder deste, identificam-se como “empresas estatais”; da mesma compreensão compartilha Di Pietro (2005, p. 560) e Hely Lopes Mierelles (2011, p. 397). Não podemos compartilhar desta acepção. Diz-se isto, primeiramente, por um simples motivo: após discorrermos acerca do ***intervencionismo estatal na economia***, parece-nos inconsistente e contraditório pregar que o Estado venha intervir por pessoa jurídica que não elencada no art. 173, CR – ora, se o Poder Público controla sociedade desenvolvedora de atividade econômica, está, “pessoalmente”, atuando no domínio econômico, o qual é, constitucionalmente, reservado, em regra, ao particular –, caso contrário, desconstruiríamos toda argumentação aduzida em sede do tópico precedente.

Desta feita, pregamos que não haja redução de interpretação e evasão de tipicidade das entidades públicas, mas sim, alargamento da figura *Sociedade de Economia Mista*, objetivando sistematizar o ordenamento jurídico que, por vezes, remonta esta entidade de modo diverso¹³, assim sendo, compatibilizar-se-ia a exploração do Poder Público sobre seus

¹³ Quanto às divergências do ordenamento, para análise mais profunda, leia-se: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112-116.

bens, cujo resultado será a arrecadação de receitas originárias (ABRAHAM, 2013, p. 75), com o respeito à dicção Constitucional que restringe a intervenção na atividade econômica.

Cumpre-nos, antes de tratar das entidades que desenvolvem serviço público, analisarmos a acepção de Meirelles (2011, p. 397), que descreve tais pessoas jurídicas terem surgido sem que houvesse qualquer autorização legal, mas decorrentes da expansão Estatal, as quais, controladas pelo Poder Público são adaptadas aos interesses do poder Executivo. Justificando sua tipicidade, menciona que a Constituição Federal trata delas nos artigos 37, XVII, 71, II e 173, §1º. A nosso ver, falece razão o autor.

Por motivo de sistematização, analisaremos, primeiramente, o artigo mais genérico. Trata-se do art. 71, II que dispõe:

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da **administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal**, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (grifo nosso)

A título de interpretação, parece-nos que o autor referiu-se às sociedades “*instituídas e mantidas pelo Poder Público*”. A partir disto, havemos de nos contrapor no sentido de que, como por ele mesmo indicado, as empresas estatais não passam pelas determinações características para se enquadrarem como sociedades de economia mista. Desta forma, não passariam pela precedência legal que é meio ordinário de criação das Sociedades de Economia Mista; fato este, que ocorrido, impediria a incidência no requisito. Assim, nota-se que teríamos uma contradição do próprio autor. Logo, não vislumbramos que a menção destacada fuja das características das companhias mistas.

Quanto à manutenção do Poder Público, vimos que as Sociedades de Economia Mista podem ou não ser mantidas por aquele, apesar de não recomendável. Assim sendo, não há, à vista, qualquer indicação normativa que identifique as empresas estatais.

Em análise ao art. 173, §1º, conforme refutado alhures, o dispositivo em questão não destaca qualquer instituição que possa, para além das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, intervir no domínio econômico. Se, porém, estiver o Douto autor se referindo às subsidiárias destes entes, devemos parafrasear no seguinte ponto: A Carta Magna, no art. 37¹⁴ dispõe que estas espécies de sociedades devem passar pelo fito da autorização

¹⁴ XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XX - depende de autorização

legislativa, a qual pode inclusive, desde já, estar prevista na lei que formaliza a criação daquelas entidades administrativas.

A subsidiária em questão é definida pelo art. 251, LSA, como a sociedade cujo único acionista é sociedade brasileira, logo, apesar de ter personalidade jurídica diversa, é controlada por uma das pessoas jurídicas supramencionadas. Importante ressaltarmos o fato de que este tipo de sociedade objetiva, via de regra, satisfazer interesses de sua controladora para fins que prescindam atuação específica de uma sociedade empresária. Citem-se, as atuantes em Arrendamento Mercantil.

Conclui-se assim que as subsidiárias mencionadas não podem ser identificadas como “empresas estatais”, pois não fogem ao escopo das Sociedades de Economia Mista ou Empresa Pública que as controlam, submetendo-se às determinações àquelas impostas, as quais acabam por atuar como tentáculos da sociedade principal.

Por fim, dispõe o art. 37, XVII: “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”. Conforme alhures, as subsidiárias não podem ser interpretadas como nova espécie de ente administrativo, mas uma extensão da Administração Indireta.

As sociedades controladas, por sua vez, poderiam ser as únicas a se enquadrarem no conceito de empresas estatais. Entretanto, embora a nomenclatura, tal como fizemos frente àquelas que exploram atividades econômicas, mostraremos que a qualificação em tela não corresponde às atividades a serem, potencialmente, desenvolvidas por estas. No caso, *prestação de serviços públicos*.

Nesta circunstância não se pode convalidar que o Estado controle-as sem que corresponda a Sociedade de Economia Mista, isto porque, havendo prestação de serviços públicos, a Constituição determina, no art. 175, seja feito mediante concessão ou permissão, quando prestado por particulares ou pessoas jurídicas de direito público vinculadas a Ente Federativo diverso¹⁵ – hipótese em que disputa em concorrência com aqueles – por intermédio de certame licitatório (SCAFF, 1999, p. 117-120) ou, por lei que delega ou outorga o serviço público a ente da Administração criado àquele fim¹⁶.

legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada

¹⁵ Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação, da Lei 9074/95.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles (2011, p. 378-379) entende que quando prestado o serviço de modo descentralizado, serão por meio de **outorga** legal, e legal tão somente, não havendo, entre estes, relação de “concessão de serviço

O transpasse do dever de prestar serviço público dar-se-á mediante lei quando feito de modo descentralizado. Se acatarmos a ideia de que haja, efetivamente, pessoa jurídica da administração indireta – “empresa estatal” – que não Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública ou suas subsidiárias, o Estado estará infringindo a legalidade já que o fará delegando a ente não autorizado mediante lei que objetive aquele fim.

Por outro lado, se compreendermos estas entidades controladas como quaisquer outras sob controle Estatal, que atua nos termos do art. 175 (DI PIETRO, 2005, p. 533) esbarraríamos na isonomia, primado das licitações (art. 3º, Lei 8.666/93). Ora, não há como aceitar que um ente estritamente vinculado ao poder concedente não fira a livre concorrência que embasa os certames licitatórios. Para TURCZYN (2006, p. 209): “A criação de um mercado concorrencial em matéria de serviços públicos revela a intenção do Estado de deixar, futuramente, por conta deste mercado a fixação do preço da prestação de serviço”, o que impossibilitará qualquer tipo de burla à concorrência buscada.

Em decorrência do exposto, compartilhamos da ideia aduzida por Luiz Gastão (1965, p. 20). Uma análise mais ampla das Sociedades de economia mista possibilita alinhar os diversos tipos de entidades onde o Estado atue, para:

[...] obter um controle mais rigoroso das empresas com as notas apontadas, a fim de lograr uma maior vigilância da aplicação do dinheiro público, e garantir que a sociedade participada não desvie do interesse geral, objetivado pela intervenção do Estado, ou de seus agentes.

Do mesmo modo, compactuamos ao que esclareceu Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 267-268, grifo nosso), sobre as pessoas jurídicas dadas como distintas às Sociedades de Economia Mista:

A Constituição Federal de 1988, tanto em sua redação original como na resultante da Emenda 19, de 1988, menciona as “sociedades de economia mista” e as “empresas públicas” (por exemplo: art. 22, XXVII; art. 37, XIX), chegando a aludir, também às (à primeira vista) enigmáticas figuras das “sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público” (caso do art. 37, XVII) e das sociedades “sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público” (Art. 71, II), ademais das “subsidiárias” de todos esses entes (exemplo: art. 37, XX). Mas essa diversidade tipológica não adquire qualquer sentido constitucional, pelo simples fato de a Constituição não se

público” (2011, p. 399). De modo semelhante, Eros Grau (2008, p. 141-145) compreende que quando descentralizado, a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos o faz mediante **delegação** de lei, haja vista que “são constituídas visando à prestação de serviço”. Não iremos aprofundar em análise nominativa (delegação ou outorga), o que se retira dos entendimentos em destaque trata-se, justamente, do fato de que quando prestado certo serviço por ente vinculado à Administração Pública titular do dever, este o será passado por meio de lei, salvo quando prestá-lo a outro Ente Federativo, hipótese que o fará em concorrência aos particulares. Em suma: “Quando o Estado resolve adotar a gestão descentralizada dos serviços públicos, procede à delegação legal ou negocial, editando a lei autorizadora da criação de entidade a ele vinculada para executar certo serviço específico, ou firmando a concessão ou permissão para o serviço.” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 262).

haver encarregado de, direta ou indiretamente, apontar as diferenças, limitando-se a tratar do que há de comum a todas essas sociedades: o regime da Administração Indireta. Portanto, não existe um conceito constitucional de empresa pública e de sociedade de economia mista [...] empresas estatais eram as que *a lei* criasse como um instrumento da ação do Estado, mas não as que este viesse a “controlar” ou “manter” por outras circunstâncias. Essa distinção, porém, perdeu sentido com a Constituição de 1988, **pois as tais sociedades apenas “controladas” e as “mantidas” acabaram equiparadas com as “sociedades de economia mista” e as “empresas públicas”**, integrando-se, todas, no gênero “entes da Administração Indireta”.

Merece destaque das menções anteriores, o fato de que abrangendo as sociedades sob controle estatal, não se poderia racioná-las, simplesmente, à estrutura jurídica de sociedade anônima, incluir-se-ão, também, por exemplo, as sociedades limitadas. Entretanto, por conta da complexidade exigida pelas atividades desenvolvidas pelo Estado acionista, cite-se, a atividade bancária – caso do Banco do Brasil S/A – a companhia mista aberta, enseja uma organização que permita maior funcionalidade e rapidez (BANDEIRA DE MELLO, 1983, p. 96) condizente à união de capitais públicos e privados, que permitam (principalmente a estes) a transferibilidade de suas participações sociais sem maiores embargos, bem como, a adoção por parte do Estado pelo regime de leilão de ações na hipótese de desestatização (SCAFF, 1999, p. 120-121), facilitando a transação dos valores mobiliários, o que se realça com a revogação, no ano de 2018, da instrução normativa 286, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela instrução 595/18 (art. 3º), da mesma autarquia, a qual regulamentava de modo exaustivo a venda de ações de propriedade da Administração Pública. Por isso, apesar de não elementar, deve-se dar preferência à adoção do regime das sociedades anônimas.

Adotando tal compreensão esbarramos em um ponto fundamental, diretamente correlacionado às Sociedades de Economia Mista. Vimos dizendo, desde o início do trabalho, que tal tipo de pessoa jurídica prescinde norma específica que a autorize, conforme dicção constitucional.

Nesse sentido, Vítor Schirato (2005, p. 214-215) explica sobre a imprescindibilidade normativa:

A necessidade de lei advém da submissão da Administração Pública ao Princípio da Legalidade que determina que somente a lei poderá estabelecer competências administrativas (artigo 37, caput, da Constituição Federal), bem como da necessidade de autorização legislativa para a constituição de empresa estatal mediante (artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal).

Todavia, embora fundamental tal requisito, deve-se ter em mente que a atuação Administrativa, marcada por burocracias necessárias – tais como a em comento – tem o caminho marcado por severos embargos que impedem íntima correlação ao dinamismo das

relações privadas. Em decorrência disso, tornam-se inúmeras as possibilidades do Estado atuar de modo a controlar certas companhias sem que o faça mediante lei específica¹⁷.

Sendo assim, não nos opomos à determinação constitucional, que prevê especificidade normativa à instituição das Sociedades de Economia Mista, as quais, criadas mediante lei, estarão diretamente inseridas neste quesito, mas consideramos ser fundamental no âmbito jurídico identificarmos as companhias que se enquadrarem nos caracteres daquela entidade, sem que precisemos recorrer à aceitação doutro tipo de pessoa jurídica administrativa, que, conforme demonstrado não se compatibiliza a exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos, haja vista o ponto fundamental ser a utilização da entidade como instrumento de ação pelo Estado para a consecução de interesses públicos (BANDEIRA DE MELLO, 1983, p. 99).

No mesmo sentido, Lucia Figueiredo (2001, p. 1096, Nota de Rodapé n. 2) destaca:

[...] se a criação não se der com a autorização legislativa, se as empresas se revestirem das características de empresas estatais, não podem fugir, pela ausência de lei instituidora, dos mecanismos do ordenamento jurídico para sua fiscalização e, inclusive, da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, pois o capital é público.

Quando enfrentarmos uma situação em que a Administração controle uma sociedade, em conjugação de capitais com particulares, prestando serviços públicos ou explorando atividades econômicas, em posição assimétrica aos particulares, sem que tenha sido sua criação autorizada por lei específica, estaremos frente à *Sociedade de Economia Mista de fato*, a qual decorre de um ato unilateral pelo Estado empreendedor, no qual adere às cláusulas institucionais (COELHO, 2007, p. 116).

Desta forma, ter-se-á o contrato societário – no caso das S.A's, um estatuto social –, no qual se integra o Estado, como um negócio jurídico com efeitos de norma jurídica (WEIDMANN *apud* ADAMEK, 2010, p. 31, Nota de Rodapé n. 38), sob as quais se vincula o acionista, abrindo mão de certo montante patrimonial e assumindo posição jurídica determinada, tornando-se detentor de direitos e deveres recíprocos.

Acordando-se ao obtemperado, quando o Estado age nos moldes da Lei de Sociedades Anônimas, participando em concomitância com demais acionistas, estará atuando

¹⁷ Basta supormos que, após desestatizar certa Sociedade de Economia Mista (nos termos do Art. 4º, Lei 13.303, que prevê maioria do capital votante em poder Estatal), o Estado passe a deter, dos 100% de ações desta, 30% de ações ordinárias e 21% de ações preferenciais s/ direito a voto e os demais 49% dissipados no mercado. Havendo falta de remuneração a título de dividendos durante o prazo estabelecido no estatuto, não superior a três exercícios financeiros (Art. 111, §1º, LSA), passa o Poder Público, novamente, a deter o direito de voto conferido aos seus valores preferenciais. Nesse caso, o Estado retornaria à posição de acionista majoritário com alto potencial do exercício de controle, sem precisar que qualquer norma tivesse determinado a retomada de tal direito.

como particular, estabelecendo relações de Direito Privado – relação de poder societário – e, por conta disso, os atos realizados neste cerne não serão assimilados como atos administrativos (MEIRELLES, 2011, p. 160-161)¹⁸, mas como de sujeito participante de negócio jurídico.

Delineada esta ideia, pode-se concluir que a atuação do Estado como particular, vinculando-se a um laço jurídico societário, apesar de não estar revestida da forma previamente determinada (autorização legal para a instituição de Sociedade de Economia Mista), deve ser encarada como um fato que sobressai à lei formal, posta, podendo ser claramente visível no mundo jurídico, devendo assim ser encarada e posteriormente enquadrada à normatividade, pois estará encaixando-se num molde preestabelecido (BANDEIRA DE MELLO, 1983, p. 99).

Logo, a criação legal deve ser vista não como elemento essencial ao estabelecimento das Sociedades de Economia, mas como a formalização necessária do interesse Estatal em assumir certa pessoa jurídica e fazê-la substrato de seus propósitos (BANDEIRA DE MELLO, 1983, p. 99-101). Evita-se que tal instrumento legislativo seja óbice à identificação das Sociedades de Economia Mista e às implicações jurídicas atinentes seu regime de direito.

Assim, tal formalização deve dar-se para assegurar a “administratividade” de uma situação de fato ou, exatamente, para criar uma Sociedade de Economia Mista, conjuntamente aos demais elementos. A lei demonstra ser fundamentalmente prévia na hipótese de desapropriação (art. 5º, XXIV, CR) (MEIRELLES, 2011, p. 649, 650) por ser hipótese excepcional de intervenção estatal na propriedade privada e para criar companhias mistas por iniciativa pública.

Parece-nos, portanto, razoável interpretar que o legislador constituinte foi cuidadoso até o ponto de o ser redundante – mencionando: sociedades “controladas” ou “mantidas”, bem como “controladas, direta ou indiretamente”, “subsidiárias” – a aceitar que o mesmo se contradisse, permitindo a intervenção do Estado na atividade econômica que não através de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (art. 173, CR) e, além disso, deixasse aberto espaço para o Poder Público atuar de modo potencialmente prejudicial à livre concorrência, verificada nos casos de licitação para concessão de serviço público (art. 175, CR). Diante o exposto, respeitosamente, pautamo-nos, em parte, no conceito dado por Luiz

¹⁸ Devemos ressaltar que mesmo não se tratando de ato **formalmente** administrativo, toda e qualquer atividade do Estado deve estar pautada nos princípios que lhe circundam. Dentre estes, e o mais relevante, da Supremacia do Interesse Público. Sendo assim, o Estado, ainda que acionista meramente participante dos lucros sociais, deve atuar de modo a respeitar aquele primado basilar.

Gastão (1965, p. 20) ¹⁹, com da devida *venia*, contido de modificações nossas e ousamos definir que pode-se assim entender a Sociedade de Economia Mista como: a Pessoa jurídica de direito privado, integrada à Administração Indireta, prestadora de serviços públicos, interventora de atividade econômica por motivos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, ou atuante na economia em monopólio; formada pela conjugação de capitais públicos e privados, sob estrutura, preferencialmente, de Sociedade Anônima, na qual o Estado detém a maioria do capital social votante ou exerça seu controle, de modo a satisfazer, primordialmente, o interesse público, conciliando-o aos interesses particulares envolvidos, regida, ora por normas de direito privado, ora por derogatórias, de direito público, cuja criação advém de autorização legal ou convalidação legislativa se as hipóteses decorrerem de situação de fato.

Por tais motivos, opomo-nos à ideia residual da existência de sociedade que não contemplada nos caracteres das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas e, por isso, discorreremos acerca da essencialidade gerencial para a caracterização daquelas, sejam exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos. Ademais, tal elemento refletirá de modo mais claro no *regime estrutural*, figurado pela posição assimétrica do Estado frente aos particulares na internalidade das pessoas jurídicas – que as identifica como companhias mistas – devendo, portanto, se estender às sociedades, por vezes, denominadas como meras “empresas estatais”.

O regime funcional, por sua vez, demonstrará sua íntima correlação à posição acionária da Administração Pública, caracterizada pela gestão de modo diferenciado, o que refletirá nas relações entre a companhia e os particulares com quem contratar, assim como sobre a incidência de determinados controles (decorrentes das relações com o Estado).

¹⁹ Conceitua o autor ser: “aquela que se verifica, provisória ou definitivamente, sob uma estrutura de direito privado, via de regra, sociedade por ações, a participação financeira de pessoas públicas ao lado dos particulares no capital da empresa de forma a conciliar os interesses econômicos dos acionistas privados com o interesse público, podendo ou não reger-se por normas especiais, derogadoras de direito comum”.

3. GESTÃO COMO ELEMENTO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FACE O REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

No capítulo anterior buscamos destacar os elementos caracterizadores, a definição legal atual, atividades exercidas e regime jurídico, das Sociedades de Economia Mista, pretendendo estabelecer um conceito amplo que abranja pessoas jurídicas sob controle estatal, em observância do elemento fundamental – a utilização deste ente como instrumento de consecução de interesses públicos –, nas quais o Poder Público se estabelece como controlador, assumindo posição díspare frente aos demais acionistas.

Em decorrência deste caráter elementar, cabe-nos, neste tópico, destacar quais as formas de controle identificadas nas companhias anônimas e seu reflexo na efetiva necessidade desta gestão, bem como justificar o porquê não deve prevalecer o disposto no art. 4º, da Lei 13.303/16; servindo de base para, posteriormente, apontarmos a posição acionária pertinente ao Estado nas hipóteses quando não lhe convém gerir; e exemplificar situações em que o Poder Público pode passar a exercer o controle da companhia sem fazê-lo nos moldes do artigo supracitado.

3.1 O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas e sua incidência nas Sociedades de Economia Mista

As companhias anônimas são pessoas jurídicas de direito privado de essência mercantil, criadas por meio de um negócio jurídico que conecta interesses das partes buscando executar seu fim em observância à função social, no exercício de atividade empresária, partilhando os sócios, entre si, os frutos derivados do empreendimento (art. 981 e 982, CCB).

Sobre o contrato de sociedade, Marcelo Adamek (2010, p. 24) esclarece ser:

[...] contrato plurilateral do tipo associativo que, por efeito, possui nas palavras de Hebert Weidmann, ‘a própria qualidade, porquanto ele constitui materialmente uma comunhão de interesses e formalmente uma unidade organizacional. O contrato de sociedade é necessariamente um contrato de constituição de comunhão’ (*gemeinschaftsbegründender Vertrag*) e ‘de regra um contrato de constituição de organização’ (*organisationsbegründender Vertrag*). Ou seja, contrato de comunhão de escopo, de cooperação e, pois, duradouro – o que facilmente explica a relevância do fim comum na sociedade e a maior intensidade dos deveres acessórios ou laterais de conduta (*Nebenpflichten*) decorrentes da boa-fé objetiva, no âmbito da relação jurídica societária.

As Sociedades Anônimas enquadrar-se-ão, por seu substrato pessoal, como sociedade pluripessoal integrada por grupos majoritários e minoritários (ADAMEK, 2010, p. 26), de caráter institucional quanto seu instrumento constituidor (COELHO, 2007, p. 25-26), e de capital (COELHO, 2007, p. 24), i.e., a conjuntura patrimonial assume papel preponderante frente à figura dos acionistas, o que a afasta, em regra, da característica *intuitio personae*, visível em tipos societários menos complexos.

Podem ser subdivididas em dois subtipos, segundo o art. 4º da Lei 6.404/76: sociedades anônimas abertas e fechadas. Serão abertas quando os valores mobiliários emitidos puderem ser negociados no mercado de valores mobiliários (por meio das bolsas de valores ou mercado de balcão), enquanto que as fechadas correspondem àquelas que realizam negociações diretas de seus títulos, sem intermédio de corretores.

Além das classificações enunciadas, deve-se destacar os elementos nucleares do tipo Sociedade Anônima, quais sejam: “(i) responsabilidade limitada dos sócios em relação às dívidas sociais; e (ii) a divisão do capital social em ações passíveis de transferência, de modo a permitir a constante alteração da composição acionária” (PELA, 2012, p. 138).

Estabelecidas características inerentes às Sociedades Anônimas, precisamos sinalizar, ainda que sucintamente, a função do capital social. Carlos Lobo (2012, p. 9-10) destaca que em seu sentido jurídico, este corresponde a:

[...] uma ideia abstrata, um mero número ou cifra, sem relação com o conjunto de bens integrantes do patrimônio, ou com este ou aquele determinado bem. Diz-se que o capital é uma ‘cifra de retenção’. Com efeito: trata-se meramente de uma cifra fixada no ato de constituição da companhia (e nas modificações subsequentes, se houver), que se publica para ciência dos credores. Nos balanços patrimoniais da companhia, essa cifra aparece imutável, para servir de gabarito, de ponto de referência fixo, a ser comparada com o patrimônio líquido, este último variável por natureza, em função das vicissitudes e fortunas dos negócios.

De outra forma, Fábio Coelho (2006, p. 159) compreende o capital social, ao dispor que este não é uma demonstração aos credores de modo a garantir-lhes a satisfação de seus direitos, haja vista isso ser resguardado pelo patrimônio da companhia. O capital deveria ser visto, porém, como “uma medida de contribuição dos sócios” o que resulta na “referência de sua força econômica”.

Observando tal função, adota-se o princípio da intangibilidade que proíbe à sociedade retornar, vias de regra, aos seus acionistas o montante investido no negócio jurídico. Permite-se, contudo, tal circunstância na hipótese de liquidação.

Merece ainda obter-se que a partir de certo momento e avançar econômico da companhia, o patrimônio social passa a dotar de certa independência da contribuição inicial dos sócios, sendo possível aumentar seu capital social através da auferição de lucros (art. 169, LSA), distanciando-se daquele primeiro investimento.

Seja o fim de medir contribuição dos acionistas, seja a proteção de credores, deve-se ter em mente que o capital surge como uma abstração numerária que nem sempre corresponderá à situação patrimonial da atividade e, muito menos pode, decerto, caracterizar o controle de determinado acionista.

Dizemos isso pelo fato do capital social nas companhias anônimas ser dividido e representado por ações – valores mobiliários que conferem a determinado indivíduo status de sócio acionista (RAMOS, 2016, p. 360) –, tipificadas nas espécies ordinárias, preferenciais e de fruição.

As ações que conferem ao acionista direito a voto e ao recebimento de certa parcela dos lucros provenientes da atividade societária, sem restrição de direitos e de emissão obrigatória, são denominadas ordinárias.

Entende-se por preferenciais os valores mobiliários que conferem ao seu titular algum tipo de vantagem em relação aos “ordinaristas” (RAMOS, 2006, p. 360), podendo, em contrapartida, sofrer restrições através do estatuto social, inclusive no direito a voto (cuja quantidade de ações não pode superar 50 (cinquenta) % do total de ações emitidas – art. 15, §2º, LSA).

Por fim, as ações de fruição são aquelas concedentes ao titular direito à parcela do patrimônio social em situação de hipotética liquidação, cujos direitos podem ser restringidos em estatuto ou assembleia geral que deliberar sobre amortização (art. 44, §5º). Estas surgem após o processo de amortização de ações (TOMAZETTE, 2016, 438).

Estabelecidos estes conceitos básicos, passemos à caracterização dos acionistas.

Com base nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 274 - 275), nas Sociedades Anônimas Abertas, os acionistas, tomando por *standard* sua motivação, podem se enquadrar em *empreendedores* e *investidores*, aqueles pautados na atuação econômica da companhia, estes, visualizando-a como modo de auferição de lucros por meio da comercialização de ações. Destes últimos, destacam-se duas espécies: *Rendeiros* e *Especuladores*. Os primeiros correspondem aos que pretendem constituir um quadro de ações, as quais representem um patrimônio relativamente estável, realizando negociações de compra e venda, com almejos de contrapartida a longo prazo podendo adotar posição mais ou menos ativa na sociedade, conforme o momento econômico que esteja passando, já que seu interesse

depende da perpetuação de bons negócios. Os *especuladores* são por sua vez identificados pela busca na auferição de lucros por imediatismo, através de investimentos pautados em liquidez e segurança.

Nas companhias fechadas, em contrapartida, entende o autor, que a figura do investidor especulador seria inexistente, pois a sociedade não teria a liquidez buscada. Ainda que improvável, a presença de rendeiros pode ser vista apesar das abertas lide serem mais atraentes. Conclui-se que neste tipo de SA, o acionista característico será o empreendedor, preocupado com os rumos que esta pode tomar.

Neste diapasão, podemos vislumbrar que o interesse dos acionistas no cotidiano da companhia será um ponto chave para que compreendamos o poder de controle vertente nas Sociedades Anônimas.

Faz-se fundamental, previamente, destacarmos que o controle a ser abordado, tratar-se-á do tipo **interno**. Ou seja, observaremos o poder de dominação:

[...] em função da assembleia geral, pois ela é o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais e constitui a última instância decisória. Embora, num caso determinado, devam participar da reunião, também, os administradores e o auditor independente, se houver (Lei n. 6.404, art. 132, §1º), nas assembleias gerais só vota o acionista e, ainda assim, desde suas ações não sejam ao portador (art. 112) (COMPARATO, 1983, p. 36).

Desta feita, não nos aprofundaremos ao estudo do **controle externo**, identificado como o que não gera produtos por meio do poder de voto. Por isso não se enquadra ao molde de “controle acionário”, mas é resultante de vínculos contratuais (*stakeholders*) ou acontecimentos não respaldados pela Lei 6.404/76 (EIZIRIK et al., 2011, p. 390).

Ao tratar do controle interno, a lei de sociedades anônimas disserta de modo direto, três dispositivos que tratam do controle acionário.

O basilar, art. 116²⁰, destaca três requisitos cumulativos para caracterização do acionista controlador mencionados em suas alíneas, quais sejam, a maioria dos votos nas **deliberações da assembleia**, o **poder** de eleger a maioria dos administradores e o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (EIZIRIK et al., 2011, p. 388).

²⁰ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Em sede de oferta pública de aquisição – OPA – (*takeover bid*)²¹, prevista no art. 254-A²² e regulada pela instrução normativa da CVM n. 361²³, a caracterização do acionista controlador dá-se de maneira ainda mais abrangente que a definida no art. 116, envolvendo, para além dos acionistas, os *holders* geralmente identificados por bancos, grandes corporações e órgãos sindicais que, por meio de negócios jurídicos que versem sobre potencial subscrição de ações (FULLER, 2007, p. 16-19) – citem-se as debêntures conversíveis (art. 57, LSA), bem como os bônus de subscrição (art. 75, LSA). Tem-se deste modo que, para fins de aquisição de controle, englobar-se-á o que, ora denominamos **controle externo**, ainda que tais ligações versem sobre ações.

A Lei 6.404/76 trata ainda, no art. 243, §2º, do grupo societário onde figura controladora aquela que “diretamente ou através de outras controladas, é titular de *direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*”.

Para fins do presente trabalho, apesar do avanço que as normas relativas à OPA apresentam ao direito societário, nos pautaremos na redação do primeiro dispositivo mencionado, principalmente, pelo fato de sofrer menção expressa na Lei das Estatais.

Passados os pontos fundamentais para o estudo do poder de controle, conforme expusemos acerca dos tipos de ações e dos perfis de acionistas, preliminarmente, poderíamos

²¹ Em poucas linhas, a oferta pública de aquisição de controle (*takeover bid*) é uma proposta pública irrevogável de compra de ações de uma determinada companhia aberta (*target*) feita por uma pessoa natural ou jurídica (*bidder* ou *offeror*). A oferta é destinada à pessoas indeterminadas que possuem a característica comum de serem proprietárias das ações objeto da oferta. Essa aquisição estará, necessariamente, condicionada à compra de um número de ações suficientes para assegurar o controle da companhia alvo. A quantidade de ações a serem compradas deverá estar especificada no edital (BIANCHI, 2010, p. 9).

²² Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutive, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

²³ Art. 3º IV – acionista controlador: a pessoa, natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, direto ou indireto, que: a) seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. §1º Salvo para o efeito de alienação de controle, a qual considerar - se - á caracterizada segundo as regras específicas aplicáveis, equipara - se ao acionista controlador, para os efeitos desta Instrução, o detentor de títulos conversíveis em ações ou de títulos que confirmam o direito à subscrição de ações, desde que tais ações, por si só ou somadas às já detidas pelo titular e pessoas a ele vinculadas, confirmam - lhe o controle acionário.

concluir que o titular de 50% + 1 das ações ordinárias que adotasse um padrão empreendedor poderia ser dito como controlador da companhia, nos termos do art. 116.

Todavia, o estudo do poder de controle exaure a órbita da propriedade de ações e adentra numa questão fática e estratégica que, pode sim, muitas vezes envolver a detenção quantitativa de parcela majoritária do capital social votante, mas não exclui outras formas de ingerência na companhia.

Cientes deste fato, dois estudiosos americanos (BERLE; MEANS *apud* COELHO, 2007, p. 277-280) realizaram estudo consubstanciado na análise entre a separação da propriedade e o poder de dominação e destacaram a existência de cinco tipos característicos de controle acionário: o de totalidade da propriedade acionária; o majoritário; o obtido mediante expedientes legais; o controle minoritário e o gerencial, cuja análise, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, tem como expoente Fábio Konder Comparato (1983, p. 38-67).

Sobre o controle totalitário, indicou o autor a existência de dois modos de sua apresentação no direito brasileiro. O primeiro caracterizado pelas sociedades unipessoais (COMPARATO, 1983, p. 38-39), figurado no ordenamento jurídico pátrio pelas sociedades subsidiárias (*wholly owned subsidiary*), que só pode ter como acionista, outra sociedade controladora, prevista no art. 251, LSA – hipótese de caráter específico. Identificam-se ainda hipóteses momentâneas de unipessoalidade das sociedades, quais sejam: da existência de um único acionista durante o intervalo de duas assembleias gerais ordinárias, (art. 206, I, *d*, Lei 6.404/76) e nas demais sociedades (art. 1.033, IV, CCB) durante 180 (cento e oitenta) dias, ambas sob pena de dissolução, caso novo acionista não a integre (ADAMEK, 2010, p. 25-26). Num segundo momento, ter-se-ia o controle totalitário no que fosse concernente à deliberação unânime de acionistas, independentemente da detenção ou não do direito a voto, tendo-se como exemplo a transformação do tipo societário, disposto no art. 221, LSA.

Por majoritário entende-se o controle exercido pelo detentor da maioria do capital votante, cujo exercício pode afigurar-se de caráter simples ou absoluto, de acordo com a posição qualificada ou não da minoria (COMPARATO, 1983, p. 46). O autor menciona ainda uma série de instrumentos que auxiliam nesta subdivisão, dos quais detalha-se, exemplificativamente, a possibilidade da minoria representante de 5% do capital social votante promover ação de responsabilidade contra administradores quando a assembleia deliberar em sentido contrário (art. 159, §4º, LSA). Poder este que será identificado nas sociedades pluripessoais cuja formação paute-se em grupos majoritários e minoritários, estáveis ou cambiantes (ADAMEK, 2010, p. 25).

Quanto ao controle mediante expedientes legais, explica Fábio Konder (1983, p. 47) que apenas na hipótese dos *trustees* ter-se-ia tal classe, isto é, seria identificado pela detenção de um terceiro dos direitos concernentes aos acionistas, não o sendo proprietário das ações, mas atuando de modo a gerir determinada companhia. Refuta o autor tal identificação por ser de difícil generalização jurídica²⁴.

No que tange ao controle minoritário, expressa o autor que tal se consubstanciará nas companhias onde a dispersão é tamanha que fique nas mãos de acionista detentor de menos da metade do capital votante o poder ingerência. Disserta ainda, que na disposição do art. 116 há implicitamente o reconhecimento deste tipo de controle, o qual “nunca é presumido de acordo com as circunstâncias” e ressalta que “um controle minoritário bem estruturado, em companhia com grande pulverização acionária, pode atuar com a mesma eficiência que um controle majoritário” (COMPARATO, 1983, p. 49-51).

Faz-se relevante, neste momento, ressaltar a sistemática do dispositivo em comento com os artigos que versam sobre assembleia geral, da Lei de Sociedade por Ações. Isto porque, dos requisitos cumulativos já citados se vê que prescindir a maioria dos votos nas deliberações da assembleia se vincula ao, relativamente, pequeno quórum geral de instalação previsto no art. 125, LSA²⁵, e o poder de eleger a maioria dos administradores se compactua ao art. 129, LSA²⁶, o qual expõe o quórum de deliberação de maioria absoluta dos acionistas presentes (REQUIÃO, 2007, p. 184), o qual, por sua vez, liga-se ao art. 132, III, LSA²⁷.

Neste sentido, é perceptível que os tipos legais tratam de dois elementos do poder de controle e corroboram para a caracterização do poder minoritário, por não exigirem quóruns elevados para instalação, sequer para deliberação acerca de eleição dos administradores, haja vista a desnecessidade de estarem presentes acionistas que representem a maioria do capital social votante.

Por fim, ao abordar o controle gerencial (*management control*), alude ser:

²⁴ Apesar da repulsa feita pelo autor, não podemos expurgar pautando-nos somente à inaplicabilidade do instituto característico naquele tipo de controle. Isso porque o art. 40, LSA, permite a oneração de usufruto, fideicomisso e alienação fiduciária das ações, cuja consequência será o exercício dos direitos emergentes àqueles valores mobiliários. Apesar daqueles interesses não estarem consolidados nas mãos de quem figura como acionista, o beneficiário do usufruto atua como se acionista fosse, o que poderá levar a efetivação destes à caracterização dos controles.

²⁵ Art. 125. Ressalvadas as exceções previstas em lei, a assembleia-geral instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 1/4 (um quarto) do capital social com direito de voto; em segunda convocação instalar-se-á com qualquer número.

²⁶ Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

²⁷ Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para: III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso.

[...] aquele não fundado na participação acionária mas unicamente nas prerrogativas diretoriais. É o controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social. Dada a extrema dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial *de facto*, transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação (COMPARATO, 1983, p. 51).

Em conclusão destaca o autor que, com base na separação entre a propriedade acionária e o poder de controle empresarial, das modalidades típicas de controle interno, veem-se o totalitário, majoritário, minoritário e gerencial (COMPARATO, 1983, p. 57).

Resta-nos, ainda, salientar acerca do controle exercido por um “grupo de pessoas” (*joint control*). Incidirá tal hipótese por meio de pacto de votos (art. 118, LSA), cujo negócio pode ser feito inclusive tacitamente, haja vista não haver forma prescrita em lei, sequer necessita ser arquivado, pois tal circunstância busca tão somente resguardar-se perante terceiros ou consubstanciar título executivo. Nesse caso um conjunto de pessoas acordará sobre seus votos de modo a cumprirem os requisitos elencados no art. 116, configurando o controle, por alguns, denominado “compartilhado” (EIZIRIK et al., 2011, p. 395). Entretanto, não se configura a existência doutro tipo de controle, mas a coligação societária que se vislumbrará majoritária ou minoritariamente (COMPARATO, 1983, p. 46, 50, 65-66).

O bloco de pessoas também pode ser aquele sob controle comum, isto é:

[...] um grupo de sociedades, no qual a controladora, pela regra do art. 243, §2º, seria a sociedade colocada no cume da pirâmide e não as que, embora submetidas ao poder de mando dessa, controlam, por sua vez outra. Ou seja, na hipótese de incidência definida no art. 116, o controle é sempre direto e as sociedades sob controle comum são tidas, em conjunto, por controladoras (COMPARATO, 1983, p. 65).

Ao analisarmos o aludido, face ao art. 4º da Lei 13.303/16 no que tange à conceituação de “Sociedades de Economia Mista”, é de fácil constatação que se emprega naquela norma o tipo clássico de “controle majoritário” interno.

Contudo, conforme também destacado, a ingerência das companhias anônimas vai além da forma legalmente utilizada. Ora, pode o Estado permanecer detentor e controle seja este minoritário – apesar de suas limitações –, seja majoritário, ainda que não detenha maioria do capital votante, mas que mediante acordo de votos desempenhe aquele papel com um grupo de acionistas.

Outra conclusão parece-nos impossível, que não interpretar a recente norma defasada para as realidades societárias. O que, por sua vez, culminará na marginalização das sociedades empresárias em que o Estado venha a exercer atos de gestão sem deter o material puramente quantitativo que prevê a lei, haja vista ser expressa no que tange à sua incidência, para além

das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, nas “Sociedades de Mera Participação”, as quais, segundo Carvalho Filho (2017, p. 355) são aquelas em que o Poder Público figura como sócio minoritário.

O entendimento do doutrinador reflete exatamente o caráter patrimonial envolvido na caracterização das Sociedades de Economia Mista. O que, conforme alhures foi desmistificado face à dinamicidade do direito societário.

Por isso, compreendemos que o capital social não deve ser o único ponto de medida para a caracterização de Sociedade de Economia Mista. No mesmo sentido, a doutrina administrativa recorrentemente objeta quanto à restrição ao numerário detido pelo Ente Público, devendo a gestão ser encarada como elemento essencial desta entidade.

Cite-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 560, grifo do autor):

[...] quanto ao fato de não bastar a participação majoritária do Poder Público na entidade para que ela seja sociedade de economia mista; é necessário que haja **gestão** da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado.

Assim, faz-se importante destacar que no caso das Sociedades de Economia Mista, identificadas como pessoas jurídicas de direito privado, têm-se girando em seu entorno o interesse público premente sua instituição, tornando-se substrato necessário para atuação do Estado.

Desta feita, suplementando a hipótese da maioria do capital votante, que já declaramos ser necessário englobar tal situação²⁸, deveria a lei adaptar-se não só às relações fáticas, mas àquilo que, embora implicitamente, está prescrito no art. 116, LSA – o qual tem menção expressa na Lei das Estatais.

Se o legislador, ao indicar o art. 116, realmente buscou que suas dicções fossem eficazes na aplicação da Lei Complementar 13.303/16, deveria ter adaptado o próprio *caput* do art. 4º à interpretação daquele.

Ao qualificar juridicamente o poder de controle, Comparato, pelo mister de Champaud (*apud* COMPARATO, 1983, p. 91-94), elencou três componentes fundamentais para o estabelecimento do controle. O primeiro vincula-se a uma situação fática que enseje a instalação daquele poder. Nas Sociedades Anônimas, isto se remonta na separação entre a propriedade e a administração. Num segundo momento, a imprescindibilidade dos bens sociais serem delegados a quem lhe faça gerir. O terceiro passo se enquadra, justamente, na ingerência dos bens sociais de modo a satisfazer o fim comum, sem que os assumam a

²⁸ Vide tópico 2.2.5.

propriedade, refletindo as ações gerenciais na própria sociedade (FERRI *apud* COMPARATO, 1983, p. 94-95).

Conclui Comparato dispondo ser um poder de dominação (1983, p. 16, 106) que se compatibiliza a figura do empresário individual, titular da empresa²⁹ (1983, p. 103), cujo exercício afigura-se no direito de dispor sobre os bens de produção (equivalente a um direito de propriedade dinâmica) – neste caso, numa análise global, envolvendo trabalhadores, maquinários, contratos, sobre estes exercendo papel diretivo –, estando perante os outros acionistas como aquele que lhes faz às vezes, produzindo efeitos jurídicos nas suas esferas patrimoniais sempre veementes ao fim comum³⁰ (1983, p. 103-106).

Vislumbrando no escopo do fato jurídico (MONTEIRO; PINTO, 2012, p. 355-372), podemos qualificar aquele direito de propriedade dinâmica como o derivado de uma composição de atos jurídicos *stricto sensu*³¹ (previstos no art. 116 LSA) dos quais resulta modificação subjetiva (ou seja, mantém-se a identidade do direito e o vínculo negocial - no caso, contrato de sociedade) ou aquisição originária (novo direito proveniente da iniciação de uma nova organização societária ou tomada coercitiva pelo Estado do controle) de direitos – condução dos negócios sociais, eleição da maioria dos administradores, influir no planejamento estratégico da sociedade, dentre outros (COELHO, 2007, p. 281, 286) –, predispostos legalmente, em concomitância ou substituição de outrem que ocupava aquela posição (cite-se a alienação de controle mediante oferta pública).

Interpretar o controle de tal modo possibilita concatenar a ideia de que a criação legal das Sociedades de Economia Mista não assegura ao Estado a aquisição dos direitos, exemplificativamente, elencados, mas tão somente a garantia de deter a maioria das ações com direito a voto, das quais pode exercer, em potencial, o poder de controle³². Tal aquisição quantitativa de voto majoritário, portanto, será vista de modo originário quando a lei autorizar a desapropriação de determinado montante acionário de companhia preexistente ou instituir nova sociedade. Independente disto, o poder legiferante assegurará apenas a detenção quantitativa de uma parcela acionária.

²⁹ No justo sentido de “atividade econômica” realizada por uma *pessoa*.

³⁰ Sobre fim comum, pode-se indicar o elemento volitivo que propugnou a união de indivíduos a ser satisfeito através de um “escopo-meio” representado pelo objeto econômico. (FRANÇA; ADAMEK, 2008, p. 118).

³¹ Importante destacar que se identifica como tal, com base na classificação dos atos jurídicos subdivididos em duas espécies, ato-fato e ato jurídico *lato sensu*, este formado pelos negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*. Tal forma de interpretar leva em consideração, para estes últimos, a “vontade de produção do ato” (MOURA, 1985 in MENDES; STOCO, 2011, p. 97).

³² Por isso não devem estar de fora aquelas em que a posição estatal seja majoritária.

O poder de dominação, por outro lado, advirá de uma sequência preestabelecida de atos jurídicos, por meio do Estado acionista, os quais poderão ser efetivados, seja o Estado minoritário, seja majoritário quando por meio de bloco de controle.

Neste contexto, perfeita é a lição de Mário Aguiar Moura (1985 in MENDES; STOCO, 2011, p. 96):

No ato jurídico *stricto sensu* a opção volitiva, como pressuposto de seu nascimento para o mundo jurídico, restringe-se em o agente querer ou não querer criá-la. Quanto aos efeitos ou aos resultados práticos que do ato hão de projetar-se, não há disponibilidade a serviço dos interesses do sujeito ou dos sujeitos. O conteúdo e o alcance das consequências da relação jurídica provocada estão preestabelecidos na norma.

Assim sendo, não só a lei, mas também, a comissividade por parte do Poder Público deve ser tida como elemento para a caracterização das Sociedades de Economia Mista, devendo o instrumento normativo ser visto como formalização de sua identidade e, se for o caso, como meio de assegurar a maioria do capital votante, tendo em vista que a consecução de interesses públicos buscados, será resultado, via de regra³³, de uma gestão estatal.

Logo, sendo o intermédio das Sociedades de Economia Mista uma forma de desafogar a Administração, ter-se-á que o “objetivo dessa descentralização administrativa é o de utilizar o modelo empresarial privado, seja para melhor atendimento aos usuários do serviço público, ou para maior rendimento na exploração da atividade econômica” (MEIRELLES, 2011, p. 408).

Destarte, pode o Poder Público mediante atuação minoritária ou majoritária utilizar-se dos mecanismos societários de maneira a fazer prevalecer a supremacia do interesse público sem que, para tanto, deixe a companhia de submeter-se a uma série de normas fiscalizatórias e assecuratórias de respeito às verbas públicas.

Neste caso, ter-se-á como proclama Luiz Gastão (1965, p. 2-10) e Eros Grau (2008, p. 112, 120), o Estado como acionista figurante de uma posição assimétrica face aos demais acionistas, ainda que detentor de menos da metade do capital votante, tendo o regime jurídico privado aplicável nas relações insertas no momento estrutural por tratar-se de Sociedade Anônima, onde os atos praticados são de cunho privado e não formalmente administrativos; sem prejuízo dos momentos funcional interno, vinculado às normas públicas ligadas aos controles administrativos aplicáveis e ao externo, dependendo da hipótese – de dispensa ou não de licitação – privado ou público.

³³ Faz-se tal objeção, já que, ao aduzirmos sobre serviço público, mostramos a possibilidade de o particular atuar na prestação deste, em se tratando de serviço público não privativo.

3.2. Circunstâncias exemplificativas de assimetria do Estado

O direito societário de modo geral resguarda àqueles que se inserem neste mundo jurídico, uma série de mecanismos de acesso ao poder de controle. No presente capítulo exporemos dois modos pelos quais o poder de controle pelo Estado pode se estabelecer, elevando-o a uma posição assimétrica que se coadune à ideia de Sociedade de Economia Mista já destacada.

3.2.1. A figura das *Golden Shares* nas Companhias desestatizadas

As “ações de ouro”, como bem explica Juliana Pela (2008, p. 188-189), são instrumentos jurídicos de Direito Societário advindos da necessidade de coadunar, num mesmo contexto, interesses políticos e econômicos oriundos, em primeiro momento, de crises financeiras, cuja perspectiva de fuga era a figura da *privatização* – mecanismo de transferência da gestão do Estado ao particular, sobre atividades de interesse grupal – buscando compatibilizar as expectativas estratégicas do Estado e a eficiência econômica. Todavia, fez-se fundamental encontrar maneiras de resguardar nas mãos estatais alguma dose de ingerência nas companhias privatizadas.

No Brasil, sua normatização foi iniciada pelo Programa Nacional de Desestatizações – PND, Lei 8.031/90, revogada pela, ora vigente Lei 9.491/97, que dispõe em seu art. 8º:

Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais.

Por meio da Lei 10.303/01, recebeu direcionamento próprio na Lei das Sociedades por Ações, sendo encaixada no art. 17, §7º³⁴, ganhando status de ação preferencial, cuja qualificação foi de “classe especial”.

Esse instrumento confere, hodiernamente, ao Ente desestatizante o direito de veto nas deliberações da Assembleia Geral, que versem sobre determinados assuntos. Apesar da norma não restringir o âmbito de incidência destas matérias específicas, é de praxe incidir sobre questões que envolvam os permissórios de intervenção direta do Estado no domínio econômico (PELA, 2012, p. 156-157).

³⁴ “Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar”.

O funcionamento dessas ações de classe especial, nos termos *supra*, se dá como um bloqueio, *a posteriori*, face às decisões tomadas pela assembleia geral, de modo que “o exercício do veto concorre com a deliberação tomada segundo o critério da maioria” (PELA, 2012, p. 170). Em decorrência disso, por se tratar de ingerência às aceções assembleares e, por aquele ser o órgão máximo da Sociedade Anônima – tal como identificou Fábio Konder Comparato (1983, p. 36) e ratificou André Luiz Santa Cruz Ramos (2016, p. 389) – certos autores passam a aduzir as *Golden shares* como uma forma de poder de controle.

Calixto Salomão Filho (*apud* PELA, 2012, p. 166-167) propõe que as ações de classe especial detidas pelo Ente desestatizante configurariam uma espécie de controle externo, que, como visto, é aquele estranho aos quadros sociais e aos complexos internos da Sociedade Anônima. Há aqueles que interpretam como uma forma de controle estatal sem a detenção da maioria votante do capital social (OLGUIM, 2012, p. 3), ou como um controle gerencial, no qual o poder da Assembleia é transferido à administração, pois suas deliberações já não se efetivam (TOAMAZETTE, 2016, p. 482). Ainda vislumbrando feito um modo de controle, Nuno Cunha Rodrigues (2004, p. 255), defende esse posicionamento sob a ótica da influência dominante do Direito Europeu, quando o Estado adota posição minoritária.

Data venia, discordamos dos posicionamentos, frente à realidade jurídica societária nacional. Num primeiro plano, quanto à suposta existência de controle externo, tal poder exercido não seria o externo, i.e., ainda que se admitisse a existência de um controle proveniente das ações de classe especial, tal adviria da atuação *societária*, não de uma posição influente, extra aos quadros corporativos (PELA, 2012, p. 167-168).

Tangente à ideia genérica de “controle sem maioria votante” e a aceção do controle gerencial, merecem contraposição acerca da identificação plena do poder de dominação. Como já explicitado, o poder de controle exaure a órbita meramente normativa e se aproxima dos fatos jurídicos, pela necessidade de reflexão no mundo material. O art. 116, LSA, prescinde uma série de atos jurídicos que formem o controle por determinado acionista. Embora represente sim, certa ingerência, as *Golden shares* do §7º, *per si*, não invalidam toda e qualquer deliberação assemblear, sequer supre suas forças, pois será específico seu âmbito de atuação.

Observando-se a *influência dominante* do direito alienígena, embora as congratulações merecidas, por demonstrar um escopo mais aprofundado das relações societárias (COMPARATO, 1983, p. 59) e ter refletida sua – apesar de sutil – aplicação no ordenamento brasileiro, de modo mais claro nas OPA’s (art. 254-A, LSA e instrução normativa 361, CVM), não é o ponto paradigmático de identificação do acionista controlador,

principalmente, em se tratando de Sociedade de Economia Mista, por dicção direta do §1º, do art. 4º, Lei 13.303/16.

Filiamo-nos, pois, àqueles que observam a norma jurídica conceituadora na Lei das Sociedades por Ações, sob pena de interpretação *contra legem* (PELA, 2012, p. 169, Nota de Rodapé n. 431). Logicamente, o poder de veto representa significativa ingerência, porém, pautar-se tão somente neste para qualificar determinado acionista como controlador é, de certo modo, exacerbado.

Para além do instrumento identificado no §7º do art. 17, a norma das Sociedades por Ações destaca no art. 18, outra forma de *Golden share*, que permitiria de maneira mais clara a assunção do Estado no controle e elevaria seu status diante dos demais acionistas privados. Neste caso, o dispositivo disserta sobre dois modos de utilização deste mecanismo. A eleição em separado de membros do conselho administrativo e a dependente aprovação em matérias específicas.

Marcelo Bertoldi (2003, p. 70-71) destaca que esta prerrogativa corresponde a um “poderoso mecanismo capaz de deslocar o poder de controle”, por admitir que certa espécie acionária nomeie a maioria dos administradores – exercendo, sobre estes, “inegável ascensão” – e dar a última palavra acerca da proposta de alterações estatutárias. Calixto Salomão Filho (*apud* BERTOLDI, 2004, p. 71) dispõe ser esta, outra qualificação de poder dominante, caracterizado como “controle gerencial de direito”, o qual funcionaria pela previsão estatutária de matérias negociais relevantes a serem dirigidas pelos órgãos administrativos quando lhes conferidos poderes substantivos (*apud* PELA, 2012, p. 167, Nota de Rodapé n. 424, 426) e se estabeleceria porquanto o detentor desta *Golden share* exercesse poder sobre a companhia, quando vetasse deliberações assembleares que viessem a restringir seus poderes (art. 116, *b*) e, além da já mencionada designação da maioria dos diretores, impedisse a tomada decisória. Ademais, ainda que nem todas as matérias estivessem submissas à aprovação do acionista privilegiado, isso não descaracterizaria o controle, pois a “inexistência de direitos permanentes que assegurem a maioria nas deliberações sociais” não tem prerrogativa de fazê-lo.

No mais, Juliana Krueger Pela (2012, p. 170) destaca que nas matérias especificadas, haverá, em assembleia especial, deliberação independentemente de oposição doutros acionistas, tendo por premissa que aqueles deterão competência exclusiva.

As companhias fechadas têm a emissão de *Golden shares* como ação ordinária, positivada no art. 16, III, do diploma 6.404/76, as quais conferirão ao detentor vantagem política de decidir sobre as deliberações, agindo em concorrência e limitação às aceções

majoritárias (PELA, 2012, p. 170). Nestas, ver-se-á percepção de controle assemelhada àquelas do art. 17, §7º, LSA.

Assim, a emissão das ações especiais poderá refletir de modo mais agressivo, ou mais brando, uma posição diferenciada do Estado, podendo inclusive elevá-lo à posição de controlador, como se vê no art. 18, LSA.

Desta sorte, a título da noção de Sociedade de Economia Mista adotada, as *Golden shares*, quando somadas à posição do Estado, onde este, majoritário (em bloco de controle, sem detenção da maioria votante) ou minoritário, agindo como controlador, resultariam de modo indubitável, na característica elementar daquelas: a posição assimétrica deste (LEÃES, 1965, p. 2-10) no momento estrutural (GRAU, 2011, p. 112, 120), o que torna inconcebível supor se tratar de uma companhia privada comum, sem necessária observância dos primados administrativos.

Apesar da difícil constatação prática, não há que se olvidar a possibilidade iminente deste tipo de posição assimétrica se configurar, pois o próprio Programa Nacional de Desestatização, posto na Lei 9.491, em seu art. 4º, I, dá preferência à alienação das participações acionárias de maneira pulverizada, o que facilita a caracterização da concentração de poder separado da propriedade acionária (COMPARATO, 1983, p. 51) e, atualmente, se reforça com a revogação da instrução normativa 286, CVM.

Ocorrendo isto, o Poder Público se identificará com uma “maioria de fato”, em que graças à dispersão do capital acionário junto à abstenção dos inúmeros investidores, o controle acaba concentrado numa minoria, o que leva, no caso, ora destacado, a inevitável “reprivatização de uma empresa” e “uma desproporcionada proteção aos interesses do Estado” (RODRIGUES, 2004, p. 216, Nota de Rodapé n. 493, p. 389).

3.2.2 O acordo de voto entre Estado e particulares

Face ao já destacado, o art. 116, reconhece como acionista controlador não só aquele individualmente observado, mas também o grupo de titulares de valores mobiliários que, conjuntamente, cumprem com os requisitos em Lei dispostos. Uma das formas consolidantes dessa junção é o acordo de acionistas (*shareholders agreement*), previsto no art. 118, LSA.

Também denominados de “sindicação de ações” (REQUIÃO, 2007, p. 166), os acordos, segundo Molano-León (2008, p. 226) são contratos, cujo objeto é definir a forma e extensão das relações entre acionistas e entre acionistas e a companhia – nesse caso,

entendem-se incluídos os administradores –³⁵, objetos estes que dependerão da flexibilidade da legislação e a política pública que circundam os contratantes. Sendo assim, podem versar sobre vendas de ações, exercício do direito a voto, controle acionário, dentre outras possibilidades asseguradas pela autonomia da vontade que não viole a ordem pública.

Quando dispuserem sobre o direito a voto estas convenções, indica Comparato (1983, p. 188-189):

[...] podem ser classificadas em dois grandes grupos: as que têm por objeto a organização do controle, seja ele totalitário (como nas sociedades familiares) ou majoritário, e as que visam à defesa da minoria. Seu objeto não é apenas o voto, mas também – sobretudo nas convenções de minoria – o comparecimento ou não às assembleias da companhia.

No que concerne aos seus efeitos, os acordos sobre o exercício de voto podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, conforme façam surgir obrigações para uma só das partes, para ambas, num contrato sinalagmático, ou para todas elas na convenção em que duas ou mais partes perseguem um objetivo comum.

Sobre os contratos plurilaterais, o autor ressalta que nestes o escopo comum se funda na manutenção do controle, seu alcance pela maioria dispersa ou a defesa da minoria.

Quanto ao funcionamento, Ricardo Molano-León (2008, p. 234) destaca que os acordos de votos – *pooling agreements* – configuram um contrato no qual se estabelece a maneira de se exercitar o voto, os quais não se dão por ilícitos ao tratarem do poder de controle, pois os acionistas tem o direito de combinar seus interesses e direito a voto, para garantir a gerência da corporação mediante adesão duma espécie de planejamento de negócios (CURTIS *apud* MOLANO-LEÓN, 2008, p. 234, Nota de Rodapé n. 108).

Tangente esta liberdade negativa sobre o direito de voto, Fábio Konder Comparato (1983, p. 191) destaca que este é, em verdade, uma “fração de sua esfera patrimonial” correspondente a um ato comercial, não ao direito de sufrágio – personalíssimo –, o qual pode ser objeto de autonomia da vontade, na medida em que permite, inclusive, abster-se de utilizá-lo, logo, admite-se negociar sobre sua utilização.

O que não se aceita, por outro lado é a comercialização do voto (COMPARATO, 1983, p. 195) que enseja penalidade prevista no Código criminal no art. 177, §2º. Segundo Rubens Requião (2007, p. 167) a legislação pátria busca coibir a vantagem ilícita que “consiste no proveito, em detrimento da sociedade ou de outrem, que o acerto entre os acionistas possa acarretar”.

³⁵ Em adição, destaque-se Fabio Konder Comparato (1983, p. 188) que disserta ainda sobre os acordos que tenham como sujeitos, acionistas e pessoas estranhas à sociedade.

Ao Estado, como acionista abarcado pelo regime jurídico em comento, não é defeso utilizar da ferramenta sindical para manter-se no controle, ou mesmo conquistá-lo, entretanto, um ponto precisa ser sobressaltado. Não pode o Poder Público agir de maneira a barganhar os interesses públicos ensejadores de sua participação. Afinal, este não é passível de disposição, pois tal atuação infringiria a norma de ordem pública e faria se esvair requisito necessário para composição de negócio jurídico, o objeto lícito. Neste sentido, qualquer acordo que verse sobre a restrição de uso das atribuições conferidas numa *Golden share* que tutele interesses grupais estratégicos seria nulo de pleno direito.

Por outro lado, pode o Estado agir de modo a exercer, em compartilha, o controle da companhia (EIZIRIK et al., 2011, p. 395), utilizando-se deste instrumento, não por objetificação do interesse público supremo, mas ao estabelecer formas de atuação que possam compatibilizar as vontades mistas dos acionistas.

Atento a esta possibilidade, Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 280-283) destacou a importância da convenção para que o Estado, em conjunto a acionistas estratégicos, através da “liberdade de escolha de formas” permitida no regime jurídico societário, pudesse manter a instrumentalização da companhia para a consecução dos fins publicistas, afinal, se, porventura, “o Estado deixar totalmente de influir na entidade, ela não mais servirá como instrumento de ação administrativa, perderá o caráter de empresa estatal, extinguindo-se, portanto, a personalidade governamental”.

O pensamento contrário também se faz pertinente. O Estado, se nas hipóteses que a Constituição lhe outorga, passa a atuar de modo a influir decisivamente na vida da companhia, sem sombra de dúvida, leva-a ao status de meio administrativo para tutela de interesses públicos, o que, por si só, já aclara a necessidade de observância aproximada das derrogações de direito público, que nesta circunstância, faz sobressair o momento funcional interno – no que tange à relação da Sociedade com o Poder Público – devendo, pois, ser observada de jeito mais aprofundado, mas tal essencialidade se realça pela possibilidade deste instrumento levar o Estado à ingerência econômica de empresas que não se enquadram nas permissões constitucionais.

Sendo assim, consolidada a outorga de realizar os acordos de votos, que sequer necessitam ser averbados nos assentamentos da companhia, vê-se existir no direito societário, mecanismos dos quais o Estado pode tirar proveito para fazer prevalecer o interesse público levando-o a um degrau acima frente aos demais acionistas privados, ainda que não marginalize os interesses destes.

3.3 Considerações Parciais: A posição pertinente ao Estado nas Companhias

Realizado este aparato geral, cumpre-nos destacar, ainda que brevemente, sobre o viés do poder de controle nas S.As.e a participação acionária do Estado.

Tem-se buscado analisar a possibilidade da Administração servir o público ou intervir diretamente no domínio econômico por meio de suas entidades indiretas, o que, quando pelas Sociedades de Economia Mista (S.E.M.), faz-se na estrutura mercantil das Sociedades Anônimas³⁶, as quais, por seu regime próprio, resguarda uma vasta série de mecanismos facilitadores de ingerência em sua atuação.

Quanto ao controle das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, buscou-se indicar o funcionamento e caracterização do poder de dominação o qual pode se dar através daqueles instrumentos societários.

Por isso, pretende-se aclarar o quão fundamental e elementar é a **gestão** do Poder Público nas pessoas jurídicas que atuam no domínio econômico de modo a satisfazer interesses coletivos relevantes ou garantir a segurança nacional, ou, ainda, prestem serviço de natureza pública.

Desta sorte, Lucia Valle Figueiredo (2001, p. 110), em concomitância com a melhor doutrina³⁷, destaca:

[...] só há sociedade de economia mista (de interesse do para o Direito Administrativo) quando o Estado participa da sociedade, utilizando-se de prerrogativas especiais, interferindo na gestão dessa sociedade e alocando recursos não apenas na qualidade de sócio, mas na de interessado pelo seu destino.

Embora ilustre explicitação, cabe-nos observar, que se teria a figura da companhia mista não **somente** quando gerente, o Estado, mas, também, quando aplicados recursos no aporte da maioria acionária votante – ainda que isto não configure o poder de controle, por excelência –, caso contrário, ter-se-ia “sério risco para a lisura no manejo de recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 191).

Diante disso, a situação do Ente Público atuante na estrutura das sociedades que, na forma da lei 13.303/16, não se enquadram nas S.E.M., como já alertado, pode configurar severa ofensa a preceitos constitucionais, no que tange às restritas possibilidades de intervenção direta no domínio econômico e prestação de serviço público privativo, ou não, do

³⁶ Lembre-se que, na noção de S.E.M., adotada não haveria embargos à manipulação doutros tipos societários, sendo, porém, preponderante e preferencial a estrutura de S.A.

³⁷ Cite-se DI PIETRO (2014, p. 560), MEIRELLES (2011, p. 409), LEÃES (1965, p. 20), REQUIÃO (2007, p. 46), BANDEIRA DE MELLO (1983, p. 96-100), CRETELLA JR (1965, p. 36-37).

Estado à própria pessoa jurídica federada que atua naquela sociedade. Portanto, é de suma importância apontar como seria pertinente àquele, agir.

O Poder Público, quando inserido de modo a situar-se como controlador no sentido já exposto, em quadro de pessoas jurídicas que prestam serviços públicos privativos (possibilitam a atividade por meio de concessionárias), nos quais se faz necessário licitar, por respeito à impessoalidade da Administração pública; seria válida somente quando não prestada ao próprio Ente interventor, ou se a este, mediante autorização da lei, quando a instituir ou formalizá-la aos ditames administrativos, isto porque, como demonstrado, estar-se-ia frente uma Sociedade de Economia Mista regular, não perante sociedade empresária comum.

Se atuante no mercado, a companhia que contiver em seu complexo acionário o Estado, não detentor da maioria acionária instituída por lei, posicionado como gestor dos bens sociais, poderá ter dois viés. Se a atividade econômica exercida for de relevante interesse coletivo ou vise segurança nacional, poder-se-á convalidar e formalizar aquela S.E.M., haja vista serem hipóteses explícitas e excepcionais de intervenção direta do Estado no domínio econômico, contidas no art. 173, §1º, CR. Entretanto, se o escopo fim daquela sociedade não pugnar pelas circunstâncias permissivas, taxativamente retromencionadas, a atuação estatal será legal, frente à Lei 13.303/16, mas indubitavelmente, inconstitucional, pois estará intervindo diretamente no mercado, devendo os agentes serem responsabilizados e anulados os atos por estes realizados.

Situação diversa, todavia, é quando o Estado afigura-se como acionista *investidor*, com caráter especulativo ou rendeiro, para que seus dividendos sejam revestidos à prestação estatal, além seus atos *interna corporis* objetivarem, tão só, a proteção patrimonial, não a dirigir, efetivamente, as atividades sociais. Estar-se-á, deste modo, diante ao direito estatal de gerir seus bens dominicais (art. 99, III, CCB)³⁸.

A classificação das ações em dominicais, diga-se de passagem, decorre do fato de serem bens disponíveis pelo Poder Público, ou seja, desafetados por não destinarem-se à especial serviço ou estabelecimento público (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 887-888).

Não se pode aceitar, portanto, as “empresas controladas”³⁹, presentes no bojo da Lei

³⁸ Art. 99. São bens públicos: III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispenso a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

³⁹ Controle este que, na lei, segundo Carvalho Filho (2017, p. 335), corresponde à detenção da maioria acionária votante.

das Estatais, nas quais, residualmente, se apoia a doutrina para rechaçar o enquadramento em companhia mista. Isto porque, a própria Lei se contradiz ao, em primeiro momento distingui-las e equipará-las, no art. 1º, §6º, às Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, para aplicação da norma e, posteriormente, conceitua as S.E.M., no art. 4º, como as, “cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”. Assim, observa-se completa impropriedade do legislador.

Ademais, ainda que, forçosamente, indagasse-se o art. 1º, §6º, não tratar do controle majoritário – aplicado no art. 4º, *caput* –, seria indicar que o legislador contradiz-se ao determinar a incidência do art. 116, LSA nas Sociedades de Economia Mista, no §1º do quarto dispositivo. Ou seja, estar-se-ia utilizando, numa mesma norma, duas concepções diferentes de controle.

Por isto, como já percebeu Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 267-268), tratam-se de pessoas jurídicas equivalentes e o que ocorre, na verdade, é impropriedade no conceito estabelecido de *Sociedade de Economia Mista*.

Além disso, segundo o art. 1º, §7º, da Lei das Estatais, novamente, utilizando-se do “controle acionário” – que na lei mostra-se ser o majoritário, unicamente –, as normas regulamentadoras de fiscalização só se aplicam às sociedades, nas quais os entes específicos da Administração Indireta (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mistas) detêm *mera participação* (CARVALHO FILHO, 2017, p. 335), logo estão lançadas ao relento aquelas em que demais entes da Administração Indireta (autarquias e fundações públicas) e a Administração Direta, detenham participação minoritária.

Tem-se, com isto, amplíssima abertura jurídica para que o poder de controle seja exercido em moldes diversos do majoritário, o qual já se demonstrou não ser o único, sem incidências regulatórias, as quais visam tutelar princípios administrativos.

Dessarte, aludida a dicção jurídica em torno do poder de controle, aclarado que este pode se dar através de diversos mecanismos societários, a gestão societária como elemento caracterizador das companhias mistas, a falta de abrangência e reconhecimento da Lei 13.303/16 daqueles instrumentos e a indubitável possibilidade de violação dos dispositivos constitucionais, deve-se modificar, essencialmente, a forma de enxergar as S.E.M. e adaptar a lei a isto, além de reanalisar as normas fiscalizatórias que incidem sobre estas.

4. REFLEXO DA NOÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ADOTADA SOBRE O ARTIGO 2º, II, DA LEI DE RESPONSABILIDADE DE FISCAL

No presente capítulo, buscar-se-á demonstrar a importância prática de uma interpretação mais alargada do conceito de S.E.M., com base na legislação orçamentária e de sua doutrina. Problematizando, ainda que abstratamente, a falta de alcance pregado na dicção do art. 2º, II, da norma, tornando entidades, que não se insiram nos termos da lei, estranhas aos primados de responsabilidade, transparência e gestão financeira, além de ficarem de fora das previsões orçamentárias anuais que buscam conglobar todas as pessoas administrativas.

Isso porque, como será demonstrado adiante, a Lei de Responsabilidade Fiscal, utiliza-se de conceito jurídico restrito – tal como a Lei das Estatais – enquadrando as S.E.M. e rechaçando as entidades empresariais que, como justificado, podem claramente ser dominadas pelo Estado. Assim, suas receitas não se submeterão às ordenações daquela legislação.

4.1 Conceitos preliminares

4.1.1 Orçamento Público

Neste item, cabe-nos – antes de estudar a Lei Complementar 101/00 – salientar, ainda que de maneira sumária, o que vem a ser o orçamento público, à quais funções se destina e como se estrutura. Segundo Sandoval Alves da Silva (2007, p. 112), este é “um instrumento de planejamento da administração pública para captar e alocar recursos públicos e de controle da atividade financeira do Estado por parte do Poder Legislativo”.

Embora pareça ser um simples mecanismo organizativo, tal instrumento assenta outras nuances, sob a ótica técnica, política, econômica e jurídica (SILVA, 2007, p. 113-117).

Tecnicamente, trata-se de expressão numérica da atividade financeira do Estado, na qual se contabilizam receitas e despesas, através do exercício legislativo, dispondo sobre quais meios utilizará para captar recursos destinados ao suprimento das necessidades públicas.

Num aspecto político, o orçamento demonstra suas formas de ação governamental, aclarando quais os pontos a serem perseguidos pelo governo, face aquilo prometido na candidatura, bem como a consistência parlamentar em sustentação ao Poder Executivo.

Do ponto de vista econômico, é uma intervenção Estatal no domínio econômico, direta ou indireta, de modo cambiável, buscando obter recursos para garantia da existência digna de seus administrados.

Por fim, o autor disserta sobre o aspecto jurídico. Neste, extrai-se a interpretação de que o orçamento é uma positivação (na medida em que é formalizado por lei) da relação obrigacional do Estado para com seus administrados, sendo um instrumento de materialização dos direitos fundamentais sociais.

Quanto à positivação, o orçamento assume um caráter tridimensional. Dividir-se-á em três normas principais (previstas no art. 165, CR) destinadas ao lançamento das informações financeiras do Estado. O plano plurianual define o planejamento das atividades governamentais em longo prazo de mandato do governo, de modo a estabelecer condições para o desenvolvimento federativo. A lei de diretrizes orçamentárias traça regras gerais de aplicação ao plano plurianual e orientação dos orçamentos anuais. Por fim, a lei orçamentária anual demonstra ser o meio mais detalhado de recursos e despesas de todos os entes vinculados à atividade financeira do Estado, consagrando o princípio da *universalidade* (OLIVEIRA, 2013, p. 425-433).

4.1.2 Receitas Públicas

Ao falar-se de orçamento, é fundamental destacar dois elementos. Receita e despesa, dos quais trataremos neste momento da primeira.

Para Aliomar Baleeiro (*apud* HARADA, 2017, p. 58) receita é a “entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. Isto é, seu ingresso aos cofres públicos é estável, não passageiro.

Sobre estas, surgiram classificações, das quais, duas demonstram ser de maior razoabilidade ao presente trabalho. A disposta na Lei 4.320/64 – disciplina sobre normas gerais de direito financeiro – e quanto à origem dos recursos.

De acordo com a legislação supracitada, as receitas, conforme a *fonte*, podem distinguir-se em *correntes* e de *capital*. Entende-se por receitas correntes aquelas advindas do poder coercitivo do Estado – arrecadação de tributos –, bem como da exploração de seu patrimônio, conforme o art. 11, §1º, Lei 4.320/64⁴⁰. As de capital, por sua vez, provêm da concretização de recursos oriundos de constituição de dívidas; decorrentes da conversão em espécie, de bens e direitos; além daqueles adentrados mediante outras pessoas de direito

⁴⁰ Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

público ou privado cujo fim é adimplir as despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente (HARADA, 2017, p. 57).

Quando o método classificatório é a origem, ter-se-ão três espécies, as receitas originárias, derivadas e transferidas. As primeiras são oriundas de relações bilaterais, seja esta de direito público ou privado, advindas da exploração de seus próprios bens. Derivadas, são marcadas por uma característica coercitiva estatal, identificadas pela arrecadação tributária e de seus deveres anexos. Transferidas, aquelas recebidas por outros Entes Políticos, em decorrência do exercício da competência destes – por exemplo, a repartição entre União, Estado e Distrito Federal sobre os montantes arrecadados do IPI, previsto no art. 159, II, CR – (OLIVEIRA, 2013, p. 150).

4.1.3 Despesa Pública

Em contrapartida às receitas, há a despesa pública, a qual, conforme destacado ao tratar do orçamento, destina-se a suprir as necessidades sociais e econômicas da coletividade, mas, para além disto, caracteriza-se pelo planejamento governamental na pretensão de satisfazer fins públicos programados, alimentando ainda, a própria máquina pública para efetiva gestão (ABRAHAM, 2013, p. 166).

Importante salientar que, apesar de não ser o objeto deste tópico, as despesas são fundamentais para a política pública orçamentária, tendo em vista que a estas deve corresponder uma receita, justamente para que possa o Estado suplantar os anseios coletivos e cumprir com suas programações.

4.2 Dividendos como Receita Orçamentária

Ao tratarmos das Sociedades de Economia Mista, vimos seu regime jurídico e de quais formas atua, seja prestando serviços públicos, seja intervindo na economia em sentido estrito.

Quando prestadoras de serviço público, faz-se mediante indicação legal do ente que as criou ou como concessionárias em outros entes federativos. Se interventoras do domínio econômico, podem atuar em regime de monopólio, nas hipóteses constitucionalmente previstas, ou em concorrência com as entidades empresárias de direito privado.

Quanto as primeiras, destacou-se que por necessitarem alcançar as necessidades da população, geralmente atuam em déficit operacional, recebendo rendas estatais para sua

manutenção, as quais chamou a Lei de Responsabilidade fiscal de “empresas dependentes” no art. 2º, III.

Interventoras do domínio econômico ou aquelas que prestam serviços públicos sem necessitar de respaldo econômico do Ente Público, são denominadas pela Lei Complementar 101/00 no art. 2º, II, como “empresas controladas”, por se enquadrarem, segundo a dicção legal já abordada, como aquelas das quais o Estado detém maioria do capital social, estendendo-se ainda às criticadas “empresas estatais” que não seriam Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista.

Ao tratar destas formas de atuação Estatal intermediadas pelas S.E.M, pôs-se que o objetivo primordial não é a obtenção de lucros da participação societária, mas a satisfação do interesse público que ensejou a movimentação da máquina pública; aquele, porém, pode advir da atividade quando – logicamente – não está deficitário, sendo a receita dali proveniente, deduzidos os encargos obrigatórios, rateada entre os sócios da companhia e retribuindo-lhes determinada quantia em dinheiro. O dividendo⁴¹.

Faz-se necessário, portanto, indicar qual a natureza destes lucros partilhados quando ingressam nos cofres públicos. Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 170-171, 258-259) explica que quando a S.E.M. age como interventora do domínio econômico ou concessionária de serviços públicos doutros entes federativos (hipótese em que se afigura o serviço público não privativo, o qual pode ser exercido por particulares) a contraprestação terá caráter de *preço público*⁴² que representa espécie de receita originária – obtida da exploração patrimonial do Estado – e receita corrente, nos termos da Lei 4.320/64.

Do mesmo modo são identificados os dividendos provenientes das participações acionárias não inseridas nas características *retro*. Estes advêm da atuação do Estado como sócio investidor⁴³, explorando seu patrimônio mobiliário (OLIVEIRA, 2013, p. 232).

Em contrapartida, há as companhias mistas que prestam serviços públicos de maneira descentralizada. Estas se submetem ao regime estatal, como se diretamente o Poder Público o fizesse, pois não se equiparam aos entes privados. Neste caso, identificar-se-á como atividade própria do Estado, da qual se pode exigir *taxa* em decorrência da utilização pelos

⁴¹ É como explica a Comissão de Valores Mobiliários, disponível em https://investidor.cvm.gov.br/menu/Menu_Investidor/acionistas/participacao_nos_resultados.html.

⁴² Baleeiro (*apud* OLIVEIRA, 2013, p. 259) identifica os preços públicos como “as rendas provenientes dos bens e empresas comerciais ou industriais do Estado, que os explora à semelhança de particulares, sem exercer os seus poderes de autoridade, nem imprimir coercitivamente a exigência de pagamentos ou a utilização dos serviços que os justificam, embora, não raro, os institua em monopólios.”

⁴³ Vide tópico 3.1.

administrados de serviços prestados, conforme indica o art. 145, CR (OLIVEIRA, 2013, p. 167-171).

Kiyoshi Harada (2017, p. 239) conceitua as taxas como “um tributo que surge da atuação estatal diretamente dirigida ao contribuinte, quer pelo exercício do poder de polícia, quer pela prestação efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível”.

Como tributo, insere-se na qualidade de receita derivada e de receita patrimonial, conforme explicado alhures.

Todas as receitas daí derivadas ensejarão submissão às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida em que as entidades das quais provêm serem expressamente abarcadas pela norma.

4.3 A Lei de Responsabilidade Fiscal

Criada como mecanismo de controle e estruturação da gestão econômico-financeira pública, a Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) busca estabelecer no ordenamento jurídico, dentre outros, os princípios da responsabilidade (*accountability*) e transparência fiscais. Aquele, cujo país expoente mais recente foi a Nova Zelândia, mediante criação do *Fiscal Responsibility Act* de 1994 que o normatizou, com vistas a consolidar gerência pública eficiente, de modo que o Estado disponha previamente sobre níveis de desempenho e destinação de recursos a produzir resultados desejados, além de elucidar a execução ou não das previsões feitas. Isto tudo, por meio de sua incidência nos vários momentos orçamentários (TORRES, 2008, p. 198-199).

A transparência fiscal, por sua vez, vê-se circunscrita de uma noção Estado-Sociedade, onde o Poder Público, responsável pela elaboração orçamentária, tem o dever informacional para com seus administrados acerca de que modo estão sendo geridos, donde vem e para onde vão os recursos, cujo fim primordial é a satisfação dos interesses públicos na sua excelência (TORRES, 2008, p. 203). Tais primados conversam entre si e com o da *universalidade*, previsto no art. 165, §5º, CR⁴⁴.

Dos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres (2007, p. 333) retira-se que o princípio da universalidade propõe a necessidade do orçamento dever contar com todas as receitas e

⁴⁴ A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

despesas, de qualquer natureza ou procedência, o qual é de suma importância ao equilíbrio financeiro⁴⁵.

Para a efetivação destes primados, o Estado assume posição ativa no que tange ao controle das contas da administração pública. Nisto, incluídas as Sociedades de Economia Mista, as quais, porém, se encontram, novamente, no conceito restritivo vinculado à quantidade de capital social detida pelo Poder Público, de acordo com o art. 2º, II, da lei em comento.

Tal embasamento axiológico se refletiu na Lei das Estatais, conforme se visualiza no art. 6º:

O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Nota-se que o legislador pretendeu estabelecer parâmetros que impossibilitassem desvios finalísticos no manuseio do aporte patrimonial destas entidades, assumindo seus gestores, posição responsável e transparente. Novamente, tais primados tem seu campo de atingimento tolidos, com base numa restrição conceitual incompatível às nuances da estrutura empresarial interna que assume a Sociedade de Economia Mista.

4.3.1 As empresas controladas – art. 2º, II, Lei Complementar 101/00.

Dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal que empresa controlada é a “*sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação*” (grifo nosso).

Vê-se no conceito supracitado a mesma noção fechada do art. 4º, da Lei das Estatais, sendo ampla, por outro lado, no que se refere à criação mediante lei. Com isto, ter-se-ão incluídas em sua redação, tanto as Empresas Públicas, quanto as Sociedades de Economia Mista e demais Empresas Estatais, que não sejam dependentes do Estado, nos termos do inciso terceiro do artigo em questão.

Todavia, tal como deveras criticada, a noção inscrita na lei é insuficiente para alcançar companhias que podem ser – efetivamente – controladas pelo Poder Público,

⁴⁵ Conceito este que não fugiu à expertise do autor que o diz ser: “[...] a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico. O desequilíbrio orçamentário é sempre resultado de *contradição entre princípios constitucionais do Estado de Direito*. O orçamento não se desequilibra pela falta de dinheiro, mas pelo desencontro entre valores e princípios jurídicos.” (TORRES, 2008, p. 174).

fazendo-as estar destacadas de normas extremamente importantes para uma gestão equilibrada, proba e transparente.

Torna-se questionável neste ponto: se o Estado pretende intervir na economia como controlador, ainda que sem deter a maioria do capital social, não estaria este obrigado a respeitar os primados previstos na norma? Afinal, se o seu ponto objetivo é a satisfação de interesse coletivo, a segurança nacional ou a prestação de serviços públicos, não deveria este, ainda mais, submeter-se à transparência e equilíbrio prescritos pela Lei de Responsabilidade Fiscal?

Poder-se-ia dizer que o interesse do legislador foi de poupar das burocracias públicas companhias de estrutura mercantil para melhor eficácia da atuação. Entretanto, não mereceria prosperar tal ponto, visto que a própria LRF, em seu art. 47, previu o instrumento do *Contrato de Gestão* que concede liberdade gerencial, orçamentária e financeira, sem que, por outro lado, afaste-se do controle público, pois será necessário prestar informações sobre seus balanços trimestrais.

Dessarte, estarão de fora as companhias que o Estado possa controlar minoritária ou majoritariamente, mediante bloco de controle. Consequentemente, são estranhas às responsabilidades gerenciais que preceitua a norma, sofrendo as receitas dali originadas pouca ou nenhuma fiscalização.

Portanto, ampliando-se o conceito de S.E.M., ter-se-á – o que outrora pregado Luiz Gastão (1965, p. 20) – um controle maior sobre as entidades públicas, além de se compatibilizar as realidades econômicas e ao dinamismo empresarial ao qual se submetem as companhias que adotam a forma de Sociedades Anônimas, principalmente aquelas que foram submetidas a processos de privatização voltados à dispersão acionária.

5. CONCLUSÃO

As Sociedades de Economia Mista são utilizadas como instrumentos da Administração Pública de maneira descentralizada, para alcançar melhores e mais eficazes resultados, em decorrência de sua estrutura jurídica, buscando a satisfação dos interesses públicos – interesse este, resultante do conjunto dos anseios que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem. Para tanto, assumem personalidade jurídica de direito privado, sem se submeter, num todo, às regras pertinentes aos entes públicos por excelência.

Seu objeto de atuação poderá ser a prestação de serviços públicos ou intervenção econômica direta. Aqueles, entendíveis como espécies de atividades econômicas, preferencialmente, prestados pelo Estado – que, por força Constitucional, lhe pertence o dever de garantir –, submetidos, parcial ou exclusivamente, ao regime jurídico de direito público, visando suprir interesses socialmente relevantes e essenciais, com finalidade, ou não, lucrativa, de modo que as companhias mistas, os prestarão por delegação do ente prestador ou como concessionárias ou permissionárias, em outros entes federativos, concorrendo com os particulares.

Atividade econômica, por sua vez, é encarada nos âmbitos *lato* e *stricto*, naquele incluem-se os serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, estas últimas identificadas pela busca na obtenção de lucros, por meio de venda, revenda ou produção de bens e/ou prestação de serviços, cuja permissão às Sociedades de Economia Mista é de caráter Constitucional – haja vista a livre iniciativa ter sido reservada aos particulares – a qual poderá ser explorada somente quando versar sobre Monopólio (art. 177, CR) ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme preceito expresso do art. 173, CR.

Face os requisitos do art. 173, CR, o constituinte pautou-se em conceitos normativos abertos para que pudesse a intervenção variar de acordo com o momento político. Entretanto, o interesse coletivo, pode ser interpretado como os direitos de grupo, identificados pelo conglobamento dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivo em sentido estrito. Isto porque, a Carta Magna ao tratar dos “interesses” compatibiliza-os aos direitos.

Ao realizar estas atividades, assumem a forma de pessoa jurídica de direito privado comercial, preferencialmente, de Sociedades Anônimas, contendo em sua organização, acionistas privados em concomitância ao Estado, o que facilita a transmissão, por parte

daqueles, de seus títulos mobiliários. Sendo pertinente que ambos afirmam lucros da atividade explorada a título de dividendos, ainda que não seja o interesse primeiro da entidade.

Por assumir feição pública e privada, têm, sobre si, incidentes normas de ambas as naturezas, cujas manifestações no mundo jurídico dependerão do momento ao qual se estiver observando. Serão encarados, para tanto, os momentos funcional (interno ou externo) e estrutural. Aquele marcado pelas ligações no exercício da companhia, internamente marcado pelo que tratar com o Estado (citem-se os controles fiscais) e externamente, pelas conversações com o setor privado. Os quais variarão segundo o objeto desempenhado (visto que os serviços públicos são marcados, em regra, pelo regime de direito público).

O momento estrutural trata da natureza de determinada entidade, verificando-se, pois, sua particularidade no ordenamento jurídico a partir de um “ponto estático” que identificará seus *status* e peculiaridades.

No caso das S.E.M., a estaticidade se vislumbra no conceito do art. 4º, LC 13.303/16, mas a característica determinante desta entidade se pauta na posição assimétrica do Estado face os demais acionistas privados, a qual é marcada pela submissão destes ao interesse público, objetivo das Sociedades de Economia Mista, posto que este escopo-fim poderá se sobrepor aos interesses particulares, tal como outorga o art. 238, LSA.

Levando em conta essa especificidade, a posição assimétrica se coaduna ao controle societário materializado pela sobreposição do interesse público, hipótese em que o Estado acionista, nos termos do art. 116, LSA, será aquele que detém a maioria dos votos nas deliberações da assembleia, o poder de eleger a maioria dos administradores e o uso efetivo do poder de controle para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia, requisitos estes, cumulativos que representam fatos jurídicos, cuja concretização, por parte do Estado permitirá que exerça aquele poder, tornando-se titular de direitos de gestão.

Em decorrência disso, torna-se visível que o Estado pode, por conta da abrangência elementar do art. 116, LSA, assumir posição assimétrica através do poder de dominação, sem que o faça por meio da dicção restritiva do art. 4º, Lei das Estatais, o qual torna vinculada a S.E.M, por força da autorização legal e da maioria do capital social, sem considerar as normas da Lei 6.404/76, apesar de expressar a incidência daquele conteúdo, em seu §1º, fato que impossibilita abranger juridicamente no contexto, sociedades nas quais o Estado exerça controle sem que seja sócio majoritário.

Existem, portanto, no direito empresarial, instrumentos de controle que superam o âmago fechado da LC 13.303/16, tais como o acordo de acionistas e as *golden shares*

somadas ao exercício de controle social, na medida em que aquele pode resguardar ao Poder Público, ainda que minoritário, poder decisório exauriente e estas, em regra, buscam ingerência do Estado na companhia por força de interesse público, o que retira, inclusive, a força da necessidade prévia de lei criadora.

Embora haja tais mecanismos, não se pode olvidar que a assunção majoritária do capital social votante por parte do Estado representa significativo interesse deste utilizar-se daquela pessoa jurídica para a consecução de interesses públicos, motivo pelo qual deve ser elemento característico, também, das S.E.M.

Portanto, a fim de evitar fuga aos preceitos Constitucionais de limitação à intervenção direta no domínio econômico e prestação de serviços públicos, faz-se fundamental interpretar de forma ampla as S.E.M., as quais podem ser raciocinadas como pessoas jurídicas de direito privado, integradas à Administração Indireta, prestadoras de serviços públicos, interventoras de atividade econômica por motivos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional ou atuantes na economia em monopólio; formadas pela conjugação de capitais públicos e privados, sob estrutura, preferencialmente, de Sociedade Anônima, nas quais o Estado detém a maioria do capital social votante ou exerça seu controle, de modo a satisfazer, primordialmente, o interesse público, conciliando-o aos interesses particulares envolvidos, regidas, ora por normas de direito privado, ora por derogatórias, de direito público, cuja criação advém de autorização legal ou convalidação legislativa se as hipóteses decorrerem de situação de fato.

O alargamento do conceito ensejará reflexos em leis diversas, dentre estas, a Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja importância orçamentária é significativa por normatizar princípios que buscam tornar transparente, responsável e equilibrada a gestão fiscal. Isto porque, engloba no seu art. 2º, II, as Sociedades de Economia Mista, por utilizar-se do mesmo conceito restrito no que tange à detenção patrimonial.

Assim sendo, estariam destacadas da necessária observância desses primados, as sociedades controladas pelo Estado em que detenha menos da maioria do capital social com direito a voto. O que enseja na falta de transparência e responsabilidade (nos termos da lei) na gestão dos dividendos, dali derivados, os quais representam receita originária do Estado, fundamental para a satisfação de despesas. Ou seja, tem a função de garantir a satisfação de direitos sociais e devem da melhor forma, ser geridos e demonstrados de qual forma o são.

Dessa sorte, abordar amplamente as Sociedades de Economia Mista é medida de sistematização de realidades jurídicas, tanto de direito público quanto privado, além de meio garantidor da probidade na gerência dos recursos públicos.

Afinal, interpretar restritivamente algo temperado de noções amplas e dinâmicas é lançar ao limbo jurídico seu estudo e conceituação.

Deste modo, embora este trabalho não encerre a temática posta como cerne de suas análises e discussões, propôs-se a trazer à luz do direito empresarial as S.E.M. e sua correlação ao controle das S.A.'s, a estas aplicável, ressaltando o reflexo deste posicionamento no conceito pregado no art. 2º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que leva à restrição da incidência de alguns de seus primados, os quais são instrumentos jurídicos essenciais para a economia política, por serem mecanismos de satisfação de necessidades coletivas da população.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral. v. 61, 2006, p. 27-79.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica Constitucional e os limites à atuação Estatal no controle de preços**. v. n. 226 Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, p. 187-212, out/dez 2001.
- BERTOLDI, Marcelo M.. **O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas – Alguns Aspectos**. Londrina. v. n. 7/8. p. 51-74., 2003/2004.
- BIANCHI, Pietro. **Oferta Pública para Aquisição de Controle**. Rio de Janeiro. 2010.2. 69 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.2.
- BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público as sociedades de economia mista**. São Paulo. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 200/67. **Dispõe sobre a Administração federal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 770/69. **Autoriza a União a constituir a EMBRAER - Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. e dá outras providências**. Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 101/00. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.** Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406/02. **Código Civil.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.303/16. **Dispõe sobre os Estatutos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.890-A/61. **Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.595/64. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.404/76. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.491/97. **Dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** parte geral. v.1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa 361/02. **Dispõe sobre o procedimento aplicável às ofertas públicas de aquisição de ações de companhia aberta, o registro das ofertas públicas de aquisição de ações para cancelamento de registro de companhia aberta, por aumento de participação de acionista controlador, por alienação de controle de companhia aberta, para aquisição de controle de companhia aberta quando envolver permuta por valores mobiliários, e de permuta por valores mobiliários, revoga a Instrução CVM nº 229, de 16 de janeiro de 1995, a Instrução CVM nº 299, de 9 de fevereiro de 1999 e a Instrução CVM nº 345, de 4 de setembro de 2000, e dá outras providências.** Disponível em: <www.cvm.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa 595/18. **Altera e acrescenta dispositivos à Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003, e à Instrução CVM nº 480, de 07 de dezembro de 2009.** Disponível em: <www.cvm.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade Anônima.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMUNIDADE EUROPÉIA. Directiva da Comissão 80/723/CEE. **Relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980L0723&from=PT>>. Acesso em: 23 jan, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Sociedades de economia mista no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 80, p. 33-43, jul. 1965. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27230>>. Acesso em: 22 Nov. 2017.

DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna Bohomoletz, PARENTE, Flávia, HENRIQUES Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** v.1. 12. ed. Bahia: JusPodvim, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social.** São Paulo: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros), 2008. p. 108-130.

FULLER, Geoffrey. **The Law and Practice of International Capital Markets.** Nova Iorque: LexisNexis, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: parte geral.** v.1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação,** em: **Direito Administrativo Econômico.** 1. ed. 3ª tiragem São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-72.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HOLANDA, Marcelo. **Ações Coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo.** 1. ed. Belém: Paka-Tatu, 2012.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **O conceito jurídico de sociedade de economia mista.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 79, p. 1-22, jun. 1965. ISSN 2238-5177.

Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26726>>. Acesso em: 03 Jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v79.1965.26726>.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Advocacia de empresas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas**. n. 2. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 Jan. 2018.

MOLANO-LEON, Ricardo. **SHAREHOLDERS' AGREEMENTS IN CLOSE CORPORATIONS AND THEIR ENFORCEMENT IN THE UNITED STATES OF AMERICA**. Universitas, Bogotá, n. 117, p. 219-252, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Mar. 2018.

MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2012

MOURA, Mário Aguiar. **O contrato em face da sistematização do fato jurídico**. *Revista dos Tribunais*. RT 594/22. abr./1985. In MENDES, Ferreira Gilmar; STOCO, Rui (Org.). **Direito Civil Parte Geral: atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. 2ª tiragem. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 95-99.

NUNES, L.G. **Finalidades e limitações da intervenção do Estado na economia sob a ótica da Constituição de 1988**. v. 2. n. 1. Curitiba: Rev. Direito Econ. Socioambiental, p. 83-99, jan/jul, 2011.

OLGUIN, Pedro Rocha. **A Importância da golden share no Direito Empresarial brasileiro e as novas possibilidades de utilização na sucessão empresarial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3433, 24 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23083>>. Acesso em: 11 out. 2017.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013

PELA, Juliana Krueger. **A origem e desenvolvimento das Golden Shares**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. n. 103. p. 187-238., jan./dez. 2008.

PELA, Juliana Krueger. **As Golden Shares No Direito Societário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 133/2013. **Regime Jurídico do Sector Público Empresarial**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1992&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **“Golden Shares”** – As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. **Privatização: leilão das ações x licitação da concessão em: Ordem econômica e social: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira**. v. 1. São Paulo: LTr, 1999.

SCHIRATO, Vítor Rhein. **Novas anotações sobre as empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 209-240, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43868/44726>>. Acesso em: 05 Jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43868>.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMONE, Mônica do Nascimento. **A Descentralização no Município do Rio de Janeiro: o estudo de caso da RioFilme**. caderno n. 113. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Participação Privada nas Empresas Estatais**, em: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 3ª tiragem São Paulo: Malheiros. 2006, p. 264-286.

TAVARES, André ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. 5. v. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOSTA, André Ribeiro. **A intervenção do Estado no domínio econômico e o regime dos contratos na Petrobras**. Rio de Janeiro. 2014. 113 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2014.

TURCZYN, Sidnei. **O Direito da Concorrência e os Serviços Privatizados** em: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 3ª tiragem São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200-211.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. **O abuso de minoria em direito societário** (abuso das posições subjetivas minoritárias). São Paulo. 2010. 152 f. Tese (Doutorado em Direito

Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02082011-142051/pt-br.php>>. Acesso em: 05 Mai. 2018.