

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THIAGO GROSZEWICZ BRITO

**OS CONCEITOS DE SOCIEDADE “SUBSIDIÁRIA” E SOCIEDADE
“CONTROLADA”, PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 24, INCISO XXIII, DA
LEI Nº. 8.666/93**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2014**

THIAGO GROSZEWICZ BRITO

**OS CONCEITOS DE SOCIEDADE “SUBSIDIÁRIA” E SOCIEDADE
“CONTROLADA”, PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 24, INCISO XXIII, DA
LEI Nº. 8.666/93**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção título de
Mestre em Direito na linha de pesquisa de
Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Marilda de Paula Silveira

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2014**

Thiago Groszewicz Brito

Os conceitos de sociedade “subsidiária” e sociedade “controlada”, para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito na linha de pesquisa de Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília-DF, 29 de agosto de 2014.

Prof. Ma. Marilda de Paula Silveira
Professor Orientador

[Nome do membro da Banca com sua titulação e
instituição a qual é vinculado]
Membro da Banca Examinadora

[Nome do membro da Banca com sua titulação e
instituição a qual é vinculado]
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus familiares pelo suporte, carinho e compreensão nos momentos de ausência. Em especial, ao meu pai, meu super-herói e exemplo de perseverança, e à minha mãe, fonte do meu amor mais puro e sincero.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Marilda de Paula Silveira por me guiar de forma irreparável na execução deste estudo, mesmo diante de todas as adversidades encontradas.

RESUMO

O presente trabalho analisa os conceitos de sociedade “subsidiária” e sociedade “controlada”, para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei n. 8.666/93. Tal dispositivo prevê hipótese de contratação direta, por meio de dispensa de licitação, por empresas públicas e sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço seja compatível com o mercado. Busca-se estudar qual a interpretação a ser conferida aos termos “subsidiária” e “controlada”, tendo em vista que no âmbito da Lei nº. 8.666/93 não há definição expressa de tais expressões, fato este que acarreta na necessidade de se utilizar outras normas do ordenamento jurídico pátrio para suprir tal lacuna. No entanto, dentro da legislação brasileira atual existem, ao mínimo, dois conceitos distintos de sociedade “subsidiária” e sociedade “controlada”; um de Direito Empresarial, outro de Direito Administrativo. Assim, avaliam-se as definições empresariais e administrativas dentro do contexto do art. 24, inciso XXIII, da Lei n. 8.666/93, com o intuito de saber qual das duas deve ser utilizada na hipótese de contratação direta ora em referência.

Palavras-chave: Sociedades “subsidiárias” e “controladas”. Dispensa de licitação. Art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93.

ABSTRACT

This paper examines the concepts of "subsidiary" society and "controlled" company for the purpose of application of art. 24, item XXIII, of Law n. 8666/93. This device provides direct contracting hypothesis by bid waiver, for public companies and mixed capital company with its subsidiaries and affiliates, to purchase or sale of goods, provision or obtaining of services, provided that the price is compatible with market. A search to study what interpretation should be given to the terms "subsidiary" and "controlled", considering that under Law n. 8666/93 there is no express definition of such expressions, a fact that leads to the need to use other standards of the national legal system to address this gap. However, within the current Brazilian legislation exist at the minimum, two different concepts of "subsidiary" society and "controlled" company; one of Business Law, another Administrative Law. Thus, we evaluate the business and administrative settings within the context of art. 24, item XXIII, of Law n. 8666/93, in order to know which of the two should be used in case of direct recruitment herein by reference.

keyword: Society "subsidiary" and "controlled" company. Bid waiver. Art. 24, item XXIII, of Law n. 8.666/93.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EMPRESAS ESTATAIS	18
1.1 Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista	18
1.2 Sociedades “subsidiárias” e “controladas”	22
1.3 Da extensão dos termos “subsidiária” e “controlada” no Ordenamento Jurídico Brasileiro	26
1.3.1 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” na legislação civil e societária	27
1.3.2 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101)	35
1.3.3 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” para fins de submissão às regras de licitação e contratos administrativos	39
1.4 Interpretação restritiva e ampliativa dos conceitos de “subsidiária” e “controlada”	43
2. DO CONCEITO DE SOCIEDADE “CONTROLADA”, PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 24, XXIII, DA LEI N. 8.666/93	45
2.1 Breves considerações sobre o Instituto da Dispensa de Licitação	45
2.2 Do custo/benefício trazido pelo inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93 às estatais exploradoras de atividade econômica, para fins de definição do termo “controlada”	51
2.3 Interpretação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 no conjunto do ordenamento jurídico	55
2.4 Apreciação de fatos e valores que, originariamente, constituíram o inciso XXIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93	56
2.5 Apreciação de fatos e valores que, de maneira superveniente, possam ter alterado a interpretação a ser conferida ao inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93	58
2.6 Da interpretação sistemática do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 com outras normas do ordenamento jurídico e do real custo/benefício pretendido com esta hipótese de dispensa de licitação	60
2.7 Acordo de acionista e suas garantias	64
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80
ANEXO	85

INTRODUÇÃO

A exploração de atividade econômica, via de regra, é destinada aos particulares, por força dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, tendo o Poder Público papel de observar e regulamentar as regras de mercado. Contudo, o Estado pode em determinadas situações desenvolver atividades que buscam o lucro, desde que necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Nesse sentido é a redação do *caput* do art. 173 da Constituição Federal de 1988 (CF/88):

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.¹

Assim, no que se refere à ordem econômica, tem-se, ordinariamente, um Estado Regulador, enquanto, em hipóteses excepcionais, um Estado Executor. Mas, nem sempre foi assim.

Como destacado por José dos Santos Carvalho Filho², por volta do século XVIII, em doutrina de Adam Smith, o liberalismo econômico definia as bases do Estado moderno, tendo cada indivíduo a liberdade de promover seus interesses.

Essa teoria atendia aos interesses da burguesia, passando o Estado a ocupar a figura de mero espectador do mercado, na medida em que não caberia a ele interferir nem regular qualquer atividade econômica.

No entanto, o liberalismo econômico, como doutrina, passou a sofrer duros golpes. De um lado, a eclosão de movimentos sociais denunciava o inconformismo com a forma de direção do poder e, de outro, novos filósofos sociais procuravam incutir ideias antagônicas à da excessiva liberdade, destacando-se entre eles Karl Marx, propulsor da ideia de governo da sociedade e da eliminação das classes como fator de proteção do operariado.³

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 119.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 833.

³ BASTOS, Celso Ribeiro, 1996 *apud* CARVALHO FILHO, 2011, op. cit., p. 834.

As novas ideias acabaram por inspirar uma nova posição do Estado perante a sociedade. Diferentemente do que vinha ocorrendo, o Estado saía de sua posição indiferente para uma posição atuante e fiscalizadora e, o que é mais importante, uma postura compatível com os reclamos invocados pela própria sociedade. Do modo liberal, o Estado passou a adotar o modelo interventivo.⁴

No Brasil, desde a Constituição de 1934, a ordem econômica é objeto de dispositivo constitucional (artigos 115 a 143). O estudo comparativo dos capítulos dedicados ao tema apresenta um processo evolutivo, refletindo a alteração e a criação de mecanismos interventivos frequentemente compatibilizados com as ideias políticas, sociais e econômicas de cada época.

Na Constituição vigente – CF/88 –, a ordem econômica e financeira está disciplinada no Título VII (artigos 170 a 192) e busca formar um sistema geral dentro de várias disciplinas. Algumas dessas indicam a fórmula de atuação e de intervenção do Estado no domínio econômico.

Todavia, cabe lembrar que a regra atual aponta para uma postura menos intervencionista do Estado, comumente denominada como desregulamentação da economia.⁵ Isso em razão de o art. 170 da CF/88 prever que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

A valorização do trabalho humano almeja conciliar fatores de capital e trabalho de forma a atender aos preceitos da justiça social. Essa, por sua vez, tem escopo preventivo e se direciona as categorias sociais mais desfavorecidas. Ou seja, a valorização do trabalho humano tem uma relação intrínseca com os valores sociais, devendo o Estado intervir na ordem econômica para proteger os menos favorecidos.

Já a livre iniciativa busca a liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. De certa forma, aqui há uma lembrança dos tempos do liberalismo econômico, porém difere pelo fato de o Estado não ser mero observador, mas sim um efetivo participante e fiscal do comportamento econômico dos particulares.

É a partir daí que surge a classificação do Estado contemporâneo como Regulador ou Executor.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 834.

⁵ Nesse sentido: *Ibid.*, p. 836.

A atuação estatal regulatória está prevista constitucionalmente no *caput* do art. 174 da CF/88, *verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁶

Como Regulador, o Estado cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares, com objetivo de ajustá-la à justiça social.

Sua atuação propriamente dita, como estabelece o art. 174 da CF/88, se dá por meio da fiscalização, do incentivo e do planejamento.

A fiscalização implica na verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, causando gravames a setores menos favorecidos. O incentivo – denominado por alguns como fomento – representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como isenções fiscais, aumento de alíquotas para importação, abertura de créditos especiais etc. Por fim, o planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos, tais como metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia em determinado período futuro.

O Estado Executor, por sua vez, age exercendo atividade econômica. Tal atuação, contudo, é excepcional e encontra limites na Constituição, exatamente para preservar a livre iniciativa, conforme se pode verificar pela redação do já citado *caput* do art. 173 em combinação com o art. 170, inciso VI e parágrafo único, da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
IV - livre concorrência;
(...)

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 120.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁷

Contudo, presentes os requisitos constitucionais (quais sejam: imperativo de segurança nacional ou interesse público relevante), o Estado pode assumir duas posições para explorar atividade econômica.

A primeira é aquela em que ele próprio se incumba de explorar a atividade econômica por meio de seus órgãos internos. É o exemplo em que uma Secretaria Municipal adquire medicamentos e passa a fornecê-los, muitas vezes até gratuitamente, à população de baixa renda. Pode-se dizer, nesse caso, que há exploração direta de atividade econômica pelo Poder Público, na medida em que, via de regra, compete aos particulares a comercialização desse tipo de produto. Entretanto, pela natureza filantrópica de tais situações, isto é, em que a perseguição por lucro fica em último plano, a atividade econômica executada pelo Poder Público acaba se confundindo com a própria prestação de serviço público, já que na situação acima indicada há o desenvolvimento de um dos objetivos sociais do Estado, a saúde, (CF/88, art. 6º) em detrimento do ganho econômico (CF/88, art. 173).

No entanto, o que mais frequentemente acontece é a criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele vinculadas, destinadas mais apropriadamente à execução de atividades mercantis. Para tanto, institui normalmente empresas públicas e sociedade de economia mista, que passam a explorar diretamente atividade econômica. Nesse caso, há exploração indireta pelo Estado, tendo em vista a personalidade jurídica própria dessas estatais.

Pede-se licença aqui para fazer um parêntese e ressaltar que as empresas públicas e sociedade de economia mista, além de desempenhar atividade econômica, podem também prestar serviço público, apesar de o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, conceituar tais entidades apenas como exploradoras de atividade econômica.⁸

Quando exercem atividade econômica, essas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e agem como verdadeiros particulares no

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 119.

⁸ Nesse sentido: BRASIL. STJ. REsp 929.758/DF, Rel. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/12/2010.

campo mercantil, tendo em vista a redação do inciso II do §1º do art. 173 da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;⁹

Frisa-se que apesar de as sociedades estatais seguirem o regime jurídico das empresas privadas, estas entidades também se sujeitam às regras de vinculação com a respectiva Administração Direta, tais como: obrigação de prestar contas (CF/88, art. 71), realizar concurso de provas ou provas e títulos para contratação de pessoal (CF/88, art. 37, inciso II), obrigatoriedade de realização de licitação (CF/88, art. 37, inciso XXI) e etc.

Diante desse quadro, a doutrina moderna¹⁰ entende que há, na verdade, um regime híbrido, pelo qual as estatais exploradoras de atividade econômica, de um lado, sofrem influxo de normas de direito privado, quando desempenham suas funções ordinárias, e, de outro, submetem-se às regras de direito público, quanto aos efeitos decorrentes de sua relação jurídica com o Estado.

Veja que a exploração de atividade econômica pelo Estado não se confunde com a prestação de serviço público ou o desempenho de atividade sob regime de monopólio.

O serviço público é, por natureza, estatal, de titularidade de uma entidade pública, nos termos do art. 175 da CF/88. Logo, sujeita-se ao regime jurídico público, não existindo titularidade privada nem mesmo nos serviços executados por particular por meio de concessão ou permissão (*v.g.*, telecomunicações).

Já no regime de monopólio, em que há, em tese, possibilidade de exploração de atividade econômica, o Estado atua de maneira protetiva ao interesse público. Neste caso, é a Constituição que determina quais atividades serão exercidas pelo

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 119.

¹⁰ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 856.

regime de monopólio estatal. O art. 177 traz um rol de atividades que constituem monopólio do Estado. Contudo, há outras implicitamente previstas na Carta Magna que também são exercidas exclusivamente pelo Poder Público, tal como a emissão de moeda (CF/88, art. 21, inciso VII).

É, portanto, diante dessas considerações que a CF/88 determina que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica fiquem sujeitas ao mesmo regime das sociedades regidas pelo Direito Privado, posto que, assim como estas, aquelas buscam a atividade mercantil.

Nessa linha, de acordo com o art. 173, §1º, inciso III, da CF/88, além da paridade de regimes, a lei específica deve estabelecer o estatuto jurídico dessas sociedades, dispondo ainda sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações efetivados por essas empresas, observados os princípios da administração pública.

Foi a Emenda Constitucional nº. 19 (EC/19), de 4 de junho de 1998, que acrescentou ao texto constitucional o inciso II do §1º do art. 173. A referida emenda também alterou o disposto no art. 22, inciso XXVII, da CF/88, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;¹¹

Ou seja, com a EC/19, a União passou a ter a responsabilidade de legislar sobre normas gerais de licitações de duas categorias: uma das entidades previstas no art. 37, inciso XXI; e outra das exploradoras de atividade econômica elencadas no art. 173, §1º.

Todavia, antes mesmo da alteração constitucional promovida pela EC/19, o art. 37, inciso XXI da carta fundamental já determinava que todos os entes da administração indireta, incluindo as estatais exploradoras de atividade econômica,

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 33.

se subordinassem às regras de direito público fixadas em lei, no tocante à realização de licitação e assinatura de contratos administrativos.

No contexto do art. 37, inciso XXI, da CF/88, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, foi editada e estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as sociedades estatais exploradoras de atividade econômica.

Até a elaboração deste estudo, o Congresso Nacional não editou lei específica dando eficácia ao §1º do art. 173 da CF/88, o que vem fazendo com que a Lei n. 8.666/93 seja, em regra, a legislação aplicada para fins de licitação e contratação das estatais exploradoras de atividade econômica.

Como exceção, pode-se citar o caso da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), que tem procedimento licitatório específico regido pelo Decreto n. 2.745/1998, editado a partir da autorização contida no art. 67 da Lei n. 9.478, de 6 agosto de 1997.

De todo modo, no que se refere à grande maioria das sociedades tratadas no §1º do art. 173 da CF/88, o fato é que o legislador não vem esperando a edição de lei específica para dar eficácia ao dispositivo constitucional. Exemplo claro disso é o inciso XXIII do art. 24, que foi inserido na Lei n. 8.666/93 no mesmo ano da EC/19, por intermédio da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

O inciso XXIII do art. 24, a bem da verdade, foi incluído por meio da Medida Provisória nº. 1.531-18/98, convertida posteriormente na Lei n. 9.648/98. A medida excepcional, antes de ser convertida em lei, foi alterada dezoito vezes. Uma dessas alterações se deu por meio da MP 1.531-12/97, que de fato acrescentou o inciso XXIII no art. 24 da Lei n. 8.666/93.

O que se busca dizer com essas considerações é que o Congresso Nacional abordou de forma simultânea as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Isto é, determinou, por meio de emenda constitucional, que fosse editada a lei que regulasse o estatuto jurídico dessas sociedades. Até lá, vem inserindo dispositivos legais na legislação aplicável, a fim de dar regulação especial à matéria.

No entanto, a falta de uma lei específica traz problemas às sociedades estatais exploradoras de atividade econômica. Isso em razão de a Lei nº. 8.666/93

ser norma geral para todo o Poder Público, ou seja, não supre as peculiaridades dessas empresas, além de que a interpretação conservadora dada pelos operadores do direito, em algumas vezes, retira a eficácia dos dispositivos legais.

Pegando como exemplo o citado inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, esse traz que é dispensável licitação na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Leia-se a redação do dispositivo:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.¹²

Na exposição de motivos da MP 1.531-12/97, o Poder Executivo justificou a exceção acima reproduzida da seguinte forma: “esta proposição tem como fundamento básico assegurar que as controladoras, subsidiárias e controladas se situem, sob o aspecto econômico, em pé de igualdade com suas congêneres do setor privado”.¹³

Tais considerações são semelhantes àquelas do legislador constitucional, quando da edição do §1º do art. 173 da CF/88, na medida em que aqui buscou-se também equiparar as empresas estatais com suas concorrentes privadas, conforme se verifica pela redação do inciso II do dispositivo constitucional acima citado, no sentido de que as empresas públicas e sociedade de economia mista se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Em decorrência da incidência de normas de direito público e privado a que essas entidades estão sujeitas é que surge grande controvérsia na interpretação de determinados dispositivos legais, pois a linha divisória entre o regime público e o privado nem sempre é muito clara, fazendo com que haja dúvida quando da análise

¹² BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União 22 jun 1993.

¹³ Conforme anexo.

de casos concretos. Isto é, não se tem uma resposta definida no ordenamento jurídico de quando alguns casos serão regidos pelas regras de direito público ou pelas as normas do setor privado.

O presente estudo buscará analisar um pequeno ponto dessa controvérsia, ilustrado na interpretação a ser conferida ao inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, para fins de contratação direta pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica de suas “subsidiárias” e “controladas”.

Pelo fato de a Lei de Licitações não trazer um conceito próprio para esses tipos societários, o operador do direito é obrigado a buscar no ordenamento jurídico o conceito de “subsidiária” e “controlada”, fato esse que dá margem a algumas interpretações distintas quanto ao alcance da autorização legal.

Essa indefinição traz consequências que transcendem a mera discussão doutrinária, pois as estatais exploradoras de atividade econômica podem ser alvo de ações no Poder Judiciário e no respectivo Tribunal de Contas, bem como os seus dirigentes responsabilizados criminalmente pela prática da conduta tipificada no art. 89 da Lei nº. 8.666/93, caso se entenda que a contratação direta foi realizada de forma indevida.

Dessa forma, o trabalho em tela averiguará a extensão das expressões “subsidiárias” e “controladas” na legislação vigente, demonstrando as semelhanças e diferenças dos conceitos existentes no ordenamento, bem como as interpretações possíveis, desde a mais restritiva até a mais ampliativa.

A mais restritiva, adianta-se, fica a cargo de alguns respeitáveis professores de Direito Administrativo, que entendem que as expressões “subsidiárias” e “controladas” possuem o mesmo significado para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, sendo consideradas como sociedades em que o Poder Público possui a maioria do capital social com direito a voto.

Já a interpretação ampliativa tem apoio em doutrina do Direito Empresarial, que conceitua sociedade “controlada” de forma diferente dos estudiosos de Direito Administrativo, assim como traz uma definição de sociedade “subsidiária”, a qual se aproxima muito da definição defendida pelos administrativistas. Logo, os conceitos não se equivaleriam, existindo, pois, duas possibilidades de as estatais exploradoras de atividade econômica contratarem diretamente com base no dispositivo acima citado. Dessa forma, explicitar-se-á de forma mais detalhada as duas correntes mencionadas e, ao final, será analisado especificamente os conceitos possíveis

dentro do contexto do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, tecendo breves comentários sobre o instituto da dispensa de licitação, bem como a respeito dos motivos que ensejaram a inserção do referido dispositivo na lei, para, assim, chegar à interpretação mais coerente da norma frente à legislação em vigor.

1. EMPRESAS ESTATAIS

Em um regime constitucional como o vigente no Brasil, em que o princípio da livre iniciativa impera como princípio da própria República, o Estado, como destacado acima, tem papel secundário na exploração de atividade econômica. A sua intervenção se dá em casos expressamente autorizados pela Constituição, quando pode executar direta ou indiretamente a exploração de atividade mercantil. O mais comum é a participação indireta, por meio de empresas estatais.

O gênero “empresas estatais”, explica Marcos Juruena Villela Souto, “envolve, além das empresas públicas e sociedades de economia mista, outras empresas, subsidiárias e controladas”.¹⁴

As primeiras – empresas públicas e sociedade de economia mista – são consideradas como empresas de primeiro grau, enquanto as outras duas – subsidiárias e controladas – de segundo grau.¹⁵ Se houver uma cadeia de criação, há o surgimento de empresas de terceiro grau e assim sucessivamente.¹⁶

Dessa forma, começa-se o presente estudo pelas empresas de primeiro grau e, depois, passar-se-á a analisar propriamente as empresas subsidiárias e controladas para, ao final, chegar ao fim proposto pelo presente trabalho.

1.1 Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

Na opinião de Caio Tácito, as empresas constituídas pelo Estado, visando fins econômicos, têm como antecedentes históricos as companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa destinados a alcançar, por meio da conquista dos mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimentos para os mercados europeus.¹⁷

O objetivo inicial, de acordo com Aliomar Baleeiro, era captar recursos públicos para o Erário Real. Com a separação dos valores advindos desta captação

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

¹⁵ Id., **Criação e Função Social da Empresa Estatal : A proposta de um Novo Regime Jurídico para as Empresas sob Controle Acionário Estatal. Direito Administrativo da Economia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 455.

¹⁷ TÁCITO, Caio. Controle das Empresas do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 1-9, jan/mar 1973.

(real x público), coincidiu a mudança de ideias acerca do papel do Estado. Isto é, não bastava mais ao Estado garantir a defesa externa, a ordem interna, a justiça, a diplomacia, dentre outros. Passou-se a exigir a garantia pelo bem-estar geral.¹⁸

Hoje, contudo, o pensamento é um pouco diferente, pois em determinadas situações as empresas estatais buscam tão-somente garantir o bem-estar geral, enquanto em outros momentos almejam o enriquecimento.

A diferença, basicamente, está na constituição do capital das sociedades estatais. Como explica Marcos Juruena Villela Souto:

A diferença entre as empresas de capital público e as empresas de capital misto é que as primeiras não exigem finalidade lucrativa – já que, em princípio, não é o objetivo do Estado produzir riqueza; já as sociedades de economia mista, que vão buscar parceiros no mercado – financiadores ou sócios estratégicos –, devem remunerar tal expectativa de retorno de investimento. Devem ser dotadas de maior agilidade, como forma de melhor captar parceiros estratégicos.¹⁹

Como se pode observar, as empresas públicas modernas diferem muito das antigas, tendo em vista que em vez de serem apenas fontes de receita, são também instrumentos de intervenção governamental para realização daqueles novos fins cometidos ao Estado ou que este assumiu no papel de Executor.²⁰

Ilustrando o alegado, cabe destacar os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista previstos no Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 (alterado pelo Decreto-Lei nº. 900, de 29 de setembro de 1969), que dispõe, basicamente, sobre a organização da Administração Pública Federal. Nesta norma fica clara a diferença ora apontada, no sentido intervencionista estatal na economia; veja-se:

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

(...)

II – Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 134.

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Criação e Função Social da Empresa Estatal**, Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 4.

²⁰ BALEEIRO, Aliomar. loc. cit.

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.²¹

É verdade que a definição acima é um tanto quanto criticada pela doutrina atual. Isso em decorrência de ter limitado a atuação das empresas estatais de primeiro grau à exploração de atividades econômicas, o que não é correto, bem como ter deixado de observar outras características dessas sociedades.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, faz duras críticas aos conceitos supramencionados. Tratando das empresas públicas, o renomado jurista afirma que, diferentemente do previsto no Decreto-Lei nº. 200/67, essas sociedades não necessariamente são constituídas apenas de capital integralmente da União. De acordo o citado professor:

(...) não são de descartar hipóteses em que dita maioria [do capital social] não seja da União, mas sim de uma autarquia sua ou de uma outra sua empresa pública ou sociedade de economia mista, sobre remanescente de capital da própria União, ou de algum Estado federado, de algum Município ou de entidade da Administração indireta destes.²²

Tratando especificamente da limitação acima mencionada, Celso Antônio lembra que “algumas empresas públicas efetivamente são concebidas como instrumento de atuação estatal no referido setor. Outras, entretanto, foram criadas e existem para prestação de serviços públicos”.²³

Pensamento praticamente idêntico o professor dedica às sociedades de economia mista. Novamente demonstrando o seu descontentamento com a definição legal, lembra que “há inúmeras sociedade de economia mista, e das mais súbitas importâncias, que são prestadoras de serviço público e não de atividades

²¹ Brasil. **Decreto-Lei n.º 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, 27 Fev 1967.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.

caracterizáveis como pertinentes à ‘esfera econômica’.²⁴ Exemplo claro disso seria a extinta Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás).

Tais críticas tem pertinência, pois segundo o art. 22, inciso XXVII, da CF/88, compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, nos termos do art. 173, § 1º, III.

A Constituição exige, ainda, segundo Marcos Juruena Villela Souto, que as empresas sob controle do Estado sejam voltadas para o atendimento de uma função social, que, na interpretação sistemática, envolve a execução de um interesse coletivo, tendo em vista as condicionantes impostas no que se refere à exploração de atividade econômica, quais sejam: imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público.²⁵

Logo, enxergam-se, de fato, duas espécies de empresas públicas e sociedade de economia mista: uma cuja natureza é a exploração de atividade econômica, que, em princípio, compete às empresas privadas e apenas suplementarmente, por razões de sublime importância, é que o Estado pode vir a ser chamado a protagonizá-las, hipótese essa que será regida por estatuto próprio, como determina o art. 173 da CF/88; outra cujo objetivo é a prestação de serviços públicos, que são atividades indubitavelmente ligadas à esfera particular do Estado, situação esta que serão aplicadas as regras comuns de Direito Público.

Joel de Menezes Niebuhr²⁶ vai um pouco além, afirmando que existe uma terceira categoria, que seriam as estatais que prestam atividades instrumentais ao Estado.

Marçal Justen Filho segue esse mesmo entendimento. Para ele:

Algumas entidades da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, dedicam-se a fornecer utilidades a outros entes administrativos. Assim se passa, por

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 188.

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Criação e Função Social da Empresa Estatal**, Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 5.

²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37.

exemplo, com o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), que não desempenha nem atividade econômica nem presta serviço público.²⁷

No entanto, esse último autor não faz maior alusão a essa hipótese em suas considerações sobre o tema em questão, posto que o regime jurídico aplicado é o próprio dos serviços públicos.²⁸

Dessa feita, atendo-se as considerações acima, acredita-se que o conceito de “empresa pública” e “sociedade de economia mista” trazido por José dos Santos Carvalho Filho resume as principais características dessas entidades. Veja-se:

Empresa pública são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.

(...)

Sociedade de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas situações, a prestação de serviços públicos.²⁹

Passados esses esclarecimentos, o que interessa no presente estudo são as empresas públicas e sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, bem como suas “controladas” e subsidiárias”, motivo pelo qual, a partir daqui, quando se fizer referência a elas será apenas como “empresa pública e sociedade de economia mista” ou “empresas estatais”, ou seja, sem o complemento “exploradora de atividade econômica”. Já nas eventuais hipóteses de se fazer alusão as “prestadoras de serviço público”, isso será feito de maneira expressa.

1.2 Sociedades “subsidiárias” e “controladas”

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 257.

²⁸ Ibid.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 452-453.

De acordo com o inciso XIX do art. 37 da CF/88, somente lei específica poderá autorizar a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. O inciso XX do mesmo dispositivo constitucional traz que também depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias dessas entidades, assim como a participação delas em qualquer empresa privada. É o caso, também, como destaca Marcos Jurena Villela Souto, “das controladas, que, mesmo não integrando à Administração Indireta ou Fundacional, recebem, direta ou indiretamente, recursos públicos”.³⁰

Destaca-se que a autorização legislativa para criação de subsidiárias e controladas ou para participação dessas entidades em outra empresa privada não significa que seja necessária a adoção de uma lei para cada caso. Isto é, basta que a lei autorize genericamente determinada empresa pública ou sociedade de economia mista a criar subsidiárias e controladas e a adquirir participação em outras empresas privadas.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que “tal autorização está implícita na lei que autorizou a criação da entidade e outorgou-lhe os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou outros serviços que constituem objetivos da organização”.³¹

O espírito dos incisos XIX e XX do art. 37 da CF/88, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é o de proibir que os entes estatais criem outros sem lei que especificamente os autorize. O constituinte usou o termo ‘subsidiárias’ por ter em mente sobretudo a criação de empresas por empresas públicas ou sociedade de economia mista”.³²

José Cretella Júnior, também tratando do tema, segue o entendimento de ser desnecessária a autorização específica para a criação de empresas subsidiárias ou para participação dessas entidades em outra empresa privada, quando houver previsão para esse fim na lei que criou a empresa estatal. Nessa linha, o autor faz a seguinte consideração: “Ora, se for promulgada lei criando qualquer dessas

³⁰ SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 321.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 256.

entidades, haverá necessidade de posterior autorização legislativa? Claro que não. A lei criadora é a própria medida autorizadora”.³³

Ressalta-se que tal entendimento, inclusive, foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.649/DF, de relatoria do então Ministro Maurício Corrêa. A ação constitucional pleiteava o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 64 e 65 da Lei nº. 9.478/97. Os dispositivos possuem a seguinte redação:

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.³⁴

Para os autores da ação constitucional, os dispositivos acima citados estariam em confronto com os incisos XIX e XX do art. 37 da CF/88, em razão de as empresas públicas e sociedade de economia mista só poderem ser criadas por leis específicas. Assim, para cada uma delas que a Administração Pública deseje criar seria necessário que se procedesse nova autorização do Congresso Nacional.

Tal entendimento foi rechaçado pelo Plenário do STF, nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 2.239.

³⁴ Brasil. **Lei nº. 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União 7 ago 1997.

é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.³⁵

O Ministro Maurício Corrêa, utilizando as palavras do relator do projeto que deu origem à Lei nº. 9.478/97, fez as seguintes considerações sobre o assunto, quando da análise do pedido cautelar formulado:

O dispositivo no texto constitucional gera controvérsia porque a expressão “em cada caso”, tanto pode se referir a cada ato de criação de subsidiária, quanto “a cada uma das entidades mencionadas no inciso anterior”. No entanto, a dúvida parece não existir pela leitura do inciso anterior, ou seja, o inciso XIX, do mesmo artigo.

(...)

Com efeito, se a intenção fosse exigir autorização específica, caso a caso, para a criação de subsidiárias de empresas estatais, bastaria adicionar a expressão “e suas subsidiárias” no próprio texto do inciso XIX. Assim sendo, não parece aceitável a interpretação que conduza a concluir que o disposto no inciso XX, em matéria de criação de subsidiárias, seja de teor idêntico – porém com outras palavras – ao que dispõe o inciso XIX do mesmo artigo, no que concerne à criação de empresas públicas e sociedade de economia mista. Pode-se concluir, portanto, que a autorização prevista no art. 63 da Substituto não é autorização genérica, mas permissão específica para que a Petrobrás desenvolva as atividades relacionadas com o monopólio da União também mediante constituição de subsidiárias, de modo a ficar dotada de ampla flexibilidade empresarial, para competir e associar com outras empresas, cujos investimentos se pretende atrair.³⁶

Cabe destacar que o pensamento indicado para empresas subsidiárias, no que se refere à sua criação, também vale para empresas controladas, pois, conforme lição de Sérgio de Andréa Ferreira³⁷, o art. 37, inciso XX, ao aludir a subsidiárias, abrange as controladas.

Adverte-se que o caso da Lei nº. 9.478/97 não é a única em que o legislador autorizou a criação de subsidiárias e controladas sem edição de lei específica. A Lei nº. 9.295, de 19 de junho de 1996, autorizou a Telebrás a constituir, diretamente ou por meio de suas sociedades controladas, empresas subsidiárias ou associadas para assumir a exploração de Serviço Móvel Celular. Já a Lei nº. 11.908, de 3 de

³⁵ ADI 1649, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2004, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00204.

³⁶ BRASIL. STF. ADI 1.645/DF. Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA. DJ 8/9/2000.

³⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**, vol. 3 (arts. 37 a 43). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 47

março de 2009, autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social.

Dessa forma, para criação de subsidiárias ou para adquirir participação em outras empresas privadas, não há necessidade de autorização legislativa específica, desde que exista previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa estatal matriz, tendo em vista que a própria lei criadora é medida autorizadora.

1.3 Da extensão dos termos “subsidiária” e “controlada” no Ordenamento Jurídico Brasileiro

É comum na legislação brasileira a utilização dos termos “subsidiária” e “controlada”. Contudo, tais expressões variam de significado conforme o contexto normativo em que estão inseridas. Isto é, possuem significados distintos, dependendo da finalidade da norma envolvida.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho. Veja-se:

Uma grande dificuldade se relaciona com a determinação do significado da expressão subsidiária, que é utilizada em diversos textos legislativos (inclusive constitucionais). (...) A ausência de definição única e abrangente de sociedade subsidiária de uma empresa estatal conduz à necessidade de determinar caso a caso, o sentido da expressão. Em algumas situações, deve-se reputar que a lei utilizou a expressão em sentido similar ao de “empresa controlada”.³⁸

Especificamente com relação à aplicabilidade da Lei nº. 8.666/93 às entidades denominadas “controladas”, Marcos Juruena Villela Souto também demonstra a incerteza a respeito da conceituação correta para fins de adoção do referido dispositivo, conforme lições abaixo transcritas:

O Estatuto ainda traz a preocupação de disciplinar também os pactos das empresas controladas, numa prova inequívoca da tendência de reduzir, ao máximo, a liberdade de ação do administrador, o que não mais tem sede no art. 22, XXVII, CF.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 270.

Dúvida remanesce, também, se quanto às entidades controladas referiu-se o dispositivo ao controle do Direito Administrativo ou ao controle acionário do Direito Comercial.³⁹

Dáí, portanto, já se percebe a presença de duas definições distintas dentro do ordenamento; uma do Direito Administrativo, outra do Direito Empresarial.

Assim, mostra-se útil classificar os contextos normativos em que tais expressões aparecem, para, dessa forma, perceber os significados que assumem em cada ocasião.

Nessa linha, analisar-se-á a seguir as expressões nos campos societário, civil, financeiro e administrativo, todos com amparo em mandamentos constitucionais, com o fito de demonstrar a divergência de significados que reflete a problemática ora em estudo.

1.3.1 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” na legislação civil e societária

Com a edição da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil vigente, parte do Direito Societário deixou de ser regulado por lei própria e passou a seguir as diretrizes desse novo diploma. Diz-se aqui que apenas parte foi regulada pela referida norma em decorrência de o art. 1.089 do novo código ser expresso em afirmar que “a sociedade anônima rege-se por lei especial”.

As relações regidas pelo Direito Comercial, hoje denominado pela doutrina moderna como Direito Empresarial, eram, essencialmente, regidas pela Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. A regras aplicáveis a esse ramo do direito eram agrupadas naquilo que ficou conhecido como “Código Comercial”, que não se confundia com as normas de Direito Civil, reunidas na Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916).

Ocorre que com a advento do novo Código Civil de 2002 (CC/2002), parte do Código Comercial foi revogado, restando vigente apenas as regras relacionadas ao comércio marítimo. Dessa forma, o diploma civil passou a reger os normativos societários, conforme entabulado no título II do Livro II da norma.

³⁹ SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 97.

No entanto, as sociedades por ações ficaram de fora do Código Civil de 2002, conforme destacado acima.

A lei mencionada no art. 1.089 do CC/2002 já existia quando da vigência desse novo diploma civil. É a Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações (Lei das S/A).

Apesar de prever aplicação subsidiária da legislação civil, a Lei nº. 6.404/76 rege de forma detalhada a matéria de sua competência. Comentando a respeito do tema, Silvo de Salvo Venosa fez as seguintes considerações:

As sociedades anônimas são regidas pela Lei das Sociedades por Ações (LSA), de nº. 6.404/1976. Essa lei disciplina de forma rígida as companhias sendo dotada de procedimentos formais para a realização de quase todos os atos. O legislador certamente teve essa lei como inspiração ao enrijecer as disposições acerca das sociedades limitadas, não levando a esta o formalismo exacerbado das companhias em razão da diferença de objetivos, bem como o mercado de exploração atingido respectivamente por elas. Pouco ou quiçá nada restou ao Código Civil para ser aplicado supletivamente nos casos de omissão na Lei das Sociedades por Ações. Essa norma é extensa e detalhada, podendo inclusive reger supletivamente a própria sociedade limitada.⁴⁰

Antes de entrar no tema “sociedade subsidiária” e “sociedade controlada”, cabe destacar que tanto a Lei das S/A como o CC/2002 trazem o conceito de “sociedade coligada”.

O art. 1.099 do novo diploma civil assim define sociedade coligada: “Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”

Como explica Sílvio de Salvo Venosa, “o conceito de sociedade coligada ou filiada do artigo foi importado do contido no art. 243, da Lei das Sociedades por Ações”⁴¹

Mister destacar, todavia, que o comentário acima se referia a redação original do §1º do art. 243 da Lei n. 6.404/76: “Art. 243. (...)§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

⁴⁰ VENOSA, Silvo de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.101.

⁴¹ VENOSA, Silvo de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.108.

O dispositivo acima citado sofreu alteração, quando da edição da Medida Provisória nº. 449, de 3 de dezembro de 2008, passando a definir sociedade coligada como sendo aquela que tenha influência significativa sobre outra. A definição de “influência significativa” veio somente com conversão da MP 449/2008 na Lei nº. 11.941/2009. Essa norma acrescentou o §5º ao art. 243 da Lei n. 6.404/76, *verbis*: “§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.”

Dessa forma, tem-se dois conceitos de sociedade “coligada”; um do Código Civil, que fala que se caracteriza como coligada sociedade em que participa com no mínimo 10% do capital de outra, sem controlá-la; e outro da Lei nº. 6.404/76, que diferencia-se da definição do diploma civil apenas no que se refere ao percentual, que no caso das S/A é de 20%.

Independentemente do percentual apontado em cada caso, chama-se atenção que tanto o Código Civil como a Lei nº. 6.404/76 são expressos em afirmar que a sociedade coligada não possui poder de controle.

Quanto ao conceito específico de “sociedade controlada”, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.098 traz que:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas⁴².

Como destaca Silvo de Salvo Venosa:

A questão do controle entre as sociedades está ligada à noção de exercício do poder de direção e administração. Será controladora a sociedade que detiver o poder de decisão sobre os assuntos sociais de sua controlada e de eleger a maioria de seus administradores.

(...)

As controladas, por sua vez, são sociedades que se submetem ao domínio da controladora sob dois aspectos: porque outra sociedade possui a maioria de votos nas deliberações dos quotistas ou

⁴² Brasil. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União 11 jan 2002.

assembleia geral e ainda detém o poder de eleger a maioria dos administradores (I) ou porque a sociedade controladora, nos termos referidos, está em poder de outras, mediante ações ou quotas.⁴³

O renomado jurista afirma ainda que outras espécies de controle não foram contempladas pelo legislador, quando da edição do art. 1.098 do Código Civil, tais como o controle decorrente de relação de capital *interna corporis*, como o que resulta de acordos de acionistas ou de quotistas.⁴⁴

No caso das sociedades regidas pela Lei nº. 6.404/76, a situação diverge um pouco exatamente em relação à possibilidade de troca de controle por meio de acordo de acionistas.

O acordo de acionistas, afirma Nelson Eizirik, não era regulado no ordenamento jurídico brasileiro até a edição da Lei nº. 6.404/76. Explica o jurista que:

(...) No regime do Decreto-Lei n. 2.647/1940, ainda que em algumas companhias seus acionistas firmassem acordos, a falta de disciplina legal não lhes conferia maior segurança. A lei das S.A. não só supriu a omissão legislativa como também regulou com bastante propriedade a matéria, permitindo a utilização do acordo como instrumento dotado da necessária flexibilidade e eficácia para conciliar os interesses dos acionistas signatários.⁴⁵

Nessa linha, o mencionado doutrinador define acordo de acionista como “um contrato celebrado entre acionistas de determinada empresa visando à composição de seus interesses individuais e ao estabelecimento de normas de atuação na sociedade, harmonizando seus interesses próprios ao interesse social”⁴⁶.

Os signatários do acordo de acionistas são livres para convencionar ou não o acordo, assim como para estabelecer o seu conteúdo, uma vez que a Lei das S/A não esgota a relação de matérias que dele podem constar. Os limites são apenas a

⁴³ VENOSA, Silvo de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.108.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I – Art. 1º a 120. São Paulo: Quartier, 2011, p. 702.

⁴⁶ Ibid.

licitude do objeto e conformidade ao interesse social, devendo ser fielmente cumprido o pactuado, como se fosse lei.⁴⁷

O controle de uma determinada sociedade anônima pode ser convencionado por meio de acordo de acionistas, conforme redação do art. 118 da Lei nº. 6.404/76:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.⁴⁸

O controle pode ser exercido tanto por uma pessoa física quanto por uma pessoa jurídica, ou, ainda, por um grupo de pessoas. Aquele que de fato exercer o controle sobre a sociedade é chamado de acionista controlador, conforme se vê pela leitura do art. 116, abaixo transcrito:

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.

Novamente seguindo as lições de Nelson Eizirik:

A Lei das S.A. considera como acionista controlador aquele que, de fato, comanda os negócios sociais, fazendo prevalecer, de modo permanente, sua vontade nas deliberações assembleares, elegendo a maioria dos administradores da companhia e utilizando o seu poder para determinar, efetivamente, os rumos da sociedade. (...)

O poder de uma sociedade anônima constitui um poder de fato, não um poder jurídico, visto que não há norma que o assegure. O acionista controlador não é sujeito ativo do poder de controle, mas o tem enquanto for titular de direitos de voto em número suficiente para obter a maiorias nas deliberações assembleares⁴⁹.

⁴⁷ Ibid., 702-703.

⁴⁸ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

⁴⁹ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I – Art. 1º a 120. São Paulo: Quartier, 2011, p. 668.

Mas não é apenas no art. 116 que a Lei nº. 6.404/76 refere-se ao termo “controlada”. O art. 243, §2º, do mesmo diploma legislativo define sociedade controladora de maneira semelhante ao conceito de acionista controlador. Veja-se:

Art. 243. (...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, 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 administradores⁵⁰.

Não obstante, ao contrário do art. 116, o dispositivo acima não menciona o requisito de que a sociedade controladora deve efetivamente utilizar o seu poder de comandar os negócios sociais para que seja considerado como controlador.

Segundo Nelson Eizirik:

(...) A ausência da referência expressa no §2º a tal requisito poderia dar a entender que nas hipóteses em que uma sociedade anônima é controlada por outra companhia, não seria aplicável o artigo 116, e, em consequência, o acionista titular da maioria do capital votante seria necessariamente considerado como controlador, ainda que não exercesse seu poder de ditos os rumos das atividades sociais. Tal entendimento levaria a conclusão de que existiriam 2 (dois) diferentes conceitos para a figura do acionista controlador no direito brasileiro: uma para as hipóteses em que o acionista majoritário é uma pessoa física, que somente seria considerada controladora se efetivamente exercesse o direitos conferidos pelas ações de sua titularidade; e outro para as situações em que uma pessoa jurídica também detém a maioria das ações com direito a voto, a qual seria necessariamente caracterizada como controladora, mesmo que não utilizasse de fato, tal poder.⁵¹

Contudo, segue o jurista afirmando que “uma das principais inovações trazidas pela Lei das SA foi justamente a de caracterizar o poder de controle como uma situação de fato, que não está necessariamente vinculada à titularidade da maioria das ações”⁵².

⁵⁰ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

⁵¹ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume III – Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011, p. 340-341.

⁵² Ibid., p. 341.

Por isso, é certo afirmar que “a sociedade controladora submete-se ao mesmo regulamento aplicável ao acionista controlador”⁵³, como destaca Gladston Mamede.

Logo, na Lei nº. 6.404/76, o conceito de controle, seja ele exercido por sociedade ou por acionista, não tem relação direta com a quantidade de ações de determinado sócio, mas com o exercício de fato do poder de controle, inclusive nas hipóteses em que uma companhia detém a maioria do capital social votante de outra sociedade, mas não exerce definitivamente o poder de orientar o rumo dos negócios sociais.

José Waldecy Lucena segue o mesmo entendimento. Veja-se:

De se observar que à conceituação de acionista controlador não basta a titularidade de um número de ações, que lhe possibilitem empolgar o domínio da assembleia geral e o poder de eleição dos administradores, sendo ainda necessário, à aquisição daquele *status*, que ele use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Do contrário, embora detentor da titularidade acionária exigida, se não se envolve com as atividades sociais nem com o funcionamento da companhia, não será ele obviamente controlador, assimilando-se, antes, a um preferencialista investidor, ou seja, ao chamado acionista passivo.⁵⁴

Por fim, mister destacar que o *status* de acionista controlador pode ser caracterizado por um grupo de pessoas, conforme disposto no art. 116 da Lei das S/A, transcrito em linhas passadas. A diferença é que nestas situações o controle não será exercido por uma única pessoa (física ou jurídica), mas sim por um grupo de pessoas, por meio de controle compartilhado.

Como bem explica Nelson Eizirik:

O controle pode ser exercido por um acionista ou por um grupo de pessoas que, isoladamente, não detêm ações representativas do capital votante que lhes assegure o controle, mas que, agregando-as, passam a ter o poder de mando dos negócios sociais. Nessa situação, verifica-se o denominado grupo controlador, usualmente instrumentalizado mediante acordo de acionistas, que, dentre outras matérias, disciplina a forma como será exercido o direito de voto dos convenientes. Tal modalidade de acordo de acionistas caracteriza

⁵³ GLADSTON, Mamede. **Direito empresarial** : direito societário : sociedades simples e empresariais. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 418.

⁵⁴ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades anônimas** : comentários à Lei (arts. 1º a 120). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.074.

uma situação de controle compartilhado, em que as prerrogativas inerentes ao poder de controle são exercidas, em conjunto, pelos seus signatários.⁵⁵

Essas são as principais considerações a respeito de “sociedade controlada” no âmbito do Código Civil e da Lei nº. 6.404/76.

Já no que se refere ao conceito de sociedade “subsidiária”, esse não está presente na legislação civil. Isto é, o Código Civil de 2002 não trouxe uma definição expressa a respeito do tema. Já a Lei nº. 6.404/76 fala em “subsidiária integral”, conforme se verifica na redação do art. 251 da norma:

Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

§ 1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único.

§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

Nelson Eizirik conceitua subsidiária integral da seguinte maneira:

A subsidiária integral constitui uma sociedade unipessoal, cujo o único acionista é uma sociedade brasileira. As sociedades estrangeiras, ainda que autorizadas a funcionar no País, não poderão constituir subsidiária integral. O controle é total; a sociedade controladora deve deter todas as ações de emissão da controlada para que ela possa ser definida como subsidiária integral.⁵⁶

O doutrinador ainda explica que a “existência de outros acionistas, ainda que com participação ínfima no capital, descaracteriza a subsidiária integral”⁵⁷.

Não obstante, a área técnica da Comissão de Valores Imobiliários já manifestou entendimento no sentido de que o artigo 253 poderia ser aplicável à sociedade que contasse com mais de um acionista, dada a inexpressividade da

⁵⁵ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume III – Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011, p. 341-342.

⁵⁶ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume III – Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011, p. 387.

⁵⁷ Ibid.

participação dos demais acionistas e a relação de tais acionistas minoritários com o acionista controlador.⁵⁸

De todo modo, a subsidiária integral deve ser, necessariamente, sociedade anônima, dada a expressão “companhia” prevista no §2º do art. 251. Nesse sentido, vale ressaltar que o termo “companhia” refere-se à sociedade anônima, conforme redação do art. 1º da Lei n. 6.404/76, *verbis*:

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Todavia, o único acionista da subsidiária integral não precisa ser uma sociedade anônima, dada a expressão genérica “sociedade” utilizada pela Lei das S/A. Explica Gladston Mamede:

A subsidiária integral deverá ser, obrigatoriamente, uma sociedade anônima; não poderá ser, sequer, uma sociedade em comandita por ações, já que exige sócios diretores e não diretores (artigo 282 da Lei 6.404/76), o que não é possível na subsidiária integral. A expressão sociedade brasileira (artigo 251) – e não companhia brasileira – aponta para a possibilidade de que a subsidiária integral ser uma sociedade de qualquer tipo, contratual ou estatutária; mas só sociedades; empresários (empresas individuais) não são alcançados pela licença. Mais que isso, é preciso que seja uma sociedade brasileira, ou seja, constituída no Brasil, segundo as leis brasileiras e com sede no país. Isso não impede, entretanto, a atuação de subsidiária integral estrangeira no Brasil, embora sob a condição de empresa estrangeira, devidamente autorizada.⁵⁹

Essas são, basicamente, as considerações mais importantes a respeito do tema em questão, no que se refere à legislação civil e societária.

1.3.2 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101)

⁵⁸ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume III – Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011, p. 387.

⁵⁹ GLADSTON, Mamede. **Direito empresarial** : direito societário : sociedades simples e empresariais. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 426.

A Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, traz, para fins de aplicação exclusiva das regras ali previstas, o seguinte conceito de “sociedade controlada”:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:
(...)

II - empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação;⁶⁰

Segundo Kiyoshi Harada, o dispositivo rompeu com a clássica distinção entre empresa pública e sociedade de economia mista, pois “toda empresa cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente a ente da Federação é denominada empresa controlada”.⁶¹

Para Carlos Pinto Coelho Motta e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “a abordagem legal elide qualquer distinção supérflua para ater-se à formulação basilar da empresa, como mero conjunto de bens, controlado no todo ou em parte pelo Estado”.⁶²

A definição de controle é expressamente prevista no art. 2º, qual seja: ente da Federação deter, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto.

Flávio da Cruz, Aduino Viccari Junior, José Nélio Herzmann e Rosângela Tremel, comentando a respeito da definição acima, trazem informações interessantes. De acordo com os juristas citados, “deve-se tomar cuidado e jamais aplicar o conceito dado pela Lei das Sociedades por Ações para empresas controladas e coligadas”⁶³, pois o conceito da legislação societária (como visto acima) é diferente do contido na LC 101.

Veja-se que a premissa para fins de definição de “controle” é fático-jurídica, qual seja: maioria no capital social com direito a voto. Na Lei nº. 6.404/76, por sua vez, a verificação é apenas fática, posto que a controladora é definida como aquela

⁶⁰ Brasil. **Lei nº. 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União 5 mai 2000.

⁶¹ HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade fiscal** : lei complementar n. 101/2000 comentada e legislação correlata. São Paulo: Editora Juarez, 2002, p. 15

⁶² MOTTA, Carlos Pinto Colho. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei de Responsabilidade Fiscal** : Lei complementar n. 101 de 4/5/2000. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 251-252.

⁶³ CRUZ, Flávio da; VICCARI JUNIOR, Aduino. **Lei de responsabilidade fiscal comentada** : lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

que de fato exerce poder de controle, independentemente de deter ou não maioria no capital social com direito a voto.

Diferenciadas as duas hipóteses acima lançadas, tem-se que as sociedades regidas pela Lei nº. 6.404/76 possuem dois tipos de ações: as ordinárias (com direito a voto) e as preferenciais (sem direito a voto). Para fins de conceituação de “controle”, a LRF exige que ente da Federação possua a maioria das ações ordinárias. Flávio da Cruz, Adauto Viccari Junior, José Nélio Herzmann e Rosangela Tremel dão o seguinte exemplo para explicar a situação em comento:

Assim, por exemplo, se a Companhia Energética do “Estado Parque” possui 1.000.000 de ações ordinárias e 2.000.000 de ações preferenciais, deseja-se saber a dependência entre elas e definir o tipo de controle acionário exercido pelo “Estado Parque”.

Podem-se ter, entre outras, as seguintes hipóteses:

- a) “Estado Parque” possui, diretamente, 520.000 ações ordinárias e nenhuma ação preferencial, e indiretamente nada possui.
- b) “Estado Parque” possui, diretamente, 420.000 ações ordinárias e 100.000 ações preferenciais, e indiretamente nada possui.
- c) “Estado Parque” possui 320.000 ações ordinárias, e a Companhia Estado de Águas em que o “Estado Parque” possui 80% de domínio acionário (representatividade das ações com direito a voto) possui mais 300.000 ações ordinárias, sem possuir nenhuma ação preferencial.
- d) “Estado Parque” possui 499.000 ações ordinárias e nenhuma ação preferencial, e indiretamente nada possui.

Em qual das hipóteses pode-se afirmar que a Companhia Energética do “Estado Parque” é uma empresa controlada, dentro do conceito da Lei de Responsabilidade Fiscal? Apenas nas hipóteses **a** e **c**. Isso porque se contam apenas ações ordinárias (com direito a voto) e, assim, 52%, isto é, $520.000/1.000.000$ se constituem em maioria. Também, na hipótese (em que **c** ($320.000 + (300.000 * 80\%)$)) se tenham 56% e a conseqüente maioria acionária.

Ressalta-se que, apesar de a hipótese **b** desfrutar-se de 520.000 ações, não se atinge o domínio acionário em função de não poder contar com 100.000 ações preferenciais (sem direito a voto). Logo, 42% não é maioria. Também, possuindo-se 49,9%, como é o caso da hipótese **d**, não se assegura a maioria.⁶⁴

Ou seja, como lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para fins de aplicação da LRF, “não foram cogitadas, portanto, outras alternativas de controle

⁶⁴ CRUZ, Flávio da; VICCARI JUNIOR, Adauto. **Lei de responsabilidade fiscal comentada** : lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

societário, quais sejam as resultantes de acordos de acionistas ou de titularidade de *golden shares*, ou ações privilegiadas”⁶⁵.

No que se refere ao conceito de “subsidiária”, a LC 101 não faz menção expressa a sua definição. Contudo, o termo é utilizado em paralelo com a expressão “controlada” em algumas passagens na lei. Neste sentido, é a redação do art. 40, §§6º e 7º, da norma:

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

(...)

§ 6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

§ 7º O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por:

I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;

II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.⁶⁶

Veja que as situações trazidas nos incisos I e II do §7º são distintas. A primeira garante que empresa controlada pelo Poder Público pode conceder garantia a empresa subsidiária; a segunda consigna que o Poder Público também pode conceder crédito à empresa controlada diretamente por ele.

Ou seja, a primeira hipótese do §7º do art. 40 autoriza empresa controlada pelo Poder Público e sua respectiva subsidiária (empresa de primeiro grau x sociedade de segundo grau), enquanto a segunda autoriza o próprio Poder Público com empresa controlada por ele (Poder Público x empresa de primeiro grau).

Pela redação do art. 2º da LC 101, parte dos dispositivos acima transcritos fica sem sentido, eis que não há na LRF definição clara do que seria “empresa subsidiária”.

Por um lado, pode-se levar em consideração a tradicional lição de Carlos Maximiliano, “*verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (Finanças Públicas Democráticas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 97.

⁶⁶ Brasil. **Lei nº. 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União 5 mai 2000.

alguma eficácia”⁶⁷. Ou seja, o legislador falhou ao deixar de conceituar o que seria “empresa subsidiária”.

É verdade que o referido preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadvertência ou engano, não se apegam o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma.⁶⁸

Daí, por outro lado, pode-se entender que “empresa subsidiária” se confunde com “empresa controlada”, tendo em vista a redação do art. 2º.

Ao que parece, portanto, cabe ao intérprete definir a melhor solução, bem como a extensão dos termos previstos no art. 40, para fins de aplicação do conceito de empresa “subsidiária” no âmbito da LRF.

1.3.3 Do conceito de sociedade “controlada” e sociedade “subsidiária” para fins de submissão às regras de licitação e contratos administrativos

A Lei nº. 8.666/93, como já destacado no início do presente estudo, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CF/88, instituindo normas gerais de licitações e contratos para a Administração Pública. De acordo com o seu art. 1º, as regras ali traçadas têm aplicação no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como nos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado. Leia-se:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de

⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

⁶⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁶⁹

Na opinião de Marçal Justen Filho, comentando a Lei de licitações e contratos administrativos, esta norma referiu-se explicitamente a diversas figuras, além das reconhecidamente integrantes da chamada “Administração direta”. O elenco do parágrafo único do art. 1º é exemplificativo, tal como se extrai da referência “demais entidades controladas direta ou indiretamente’ pelo Estado.⁷⁰ Ou seja, “a aplicação do regime de licitação e contratação administrativas não foi vinculada à ‘estrutura jurídica’ formal da entidade, mas à existência de controle estatal”⁷¹.

Para o jurista paranaense, o conceito de controle deve ser compreendido na acepção máxima contida na Lei nº. 6.404/76. Veja-se:

Assim e para evitar controvérsias acerca da “natureza jurídica”, a Lei reportou-se ao “controle” direto ou indireto exercitado pela pessoa política. O vocábulo “controle” deve ser interpretado em acepção mais ampla daquela consagrada no art. 116 da Lei n. 6.404/1976. No caso, para incidir o regime previsto na Lei, basta a situação de poder dirigir as atividades da entidade, ainda que de modo indireto, e de orientar seu funcionamento.

Tratando especificamente das “sociedades subsidiárias” de empresas estatais, o professor destaca, assim como já foi feito em linhas passadas, que a Lei nº. 6.404/76 não traz o conceito deste tipo de entidade, mas tão-somente o de “subsidiária integral”.⁷² De todo modo, em seu entendimento, a discussão do conceito de “sociedade subsidiária” é inútil, haja vista que o primordial seria a análise do poder de controle do Estado no caso concreto. Veja-se:

Para fins de aplicação da Lei nº. 8.666, o relevante será a existência de controle (direto ou indireto) do Estado. Tanto pode tratar-se de uma subsidiária integral ou não. Somente não incidirá o regime da Lei nº. 8.666 quando a participação estatal não for apta a atribuir ao Estado (ainda que indiretamente) o poder de controle. Ou seja, a

⁶⁹ Brasil. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União 22 jun 1993.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 34.

⁷¹ *Ibid.*, p. 35.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 36

incidência do regime licitatório se vincula à existência de controle, não à forma da entidade. É irrelevante discutir o conceito de “subsidiária”, eis que a solução jurídica se vincula à questão do controle. Se uma entidade estiver sob controle do Estado, ainda que indireto, aplicar-se-á a disciplina licitatória prevista na Lei nº. 8.666.⁷³

Nessa linha, para o autor, “não há como diferenciar sociedade controlada e subsidiária”⁷⁴.

Mesmo diante dessa conclusão, Marçal Justen Filho traz a definição do verbete “subsidiária” no Dicionário Aurélio como “empresa controlada por outra, a qual detém o total ou a maioria de suas ações”⁷⁵, fato esse que afastaria a aplicação do conceito a empresas cuja participação do Estado seja minoritária, já que, neste caso, não seria a referida empresa integrante da Administração Pública, mas sim de uma empresa privada como qualquer outra, com uma única diferença: entre os sócios minoritários está uma entidade estatal. Veja-se:

(...) É que a participação estatal minoritária não transforma a empresa em integrante da Administração Pública. Trata-se de uma empresa privada como qualquer outra, com uma única diferença: entre seus sócios minoritários, está uma entidade estatal.⁷⁶

Logo, a *contrario sensu*, o respeitável jurista traz o conceito de subsidiária, por excluir dessa definição as sociedades cujo Poder Público detém participação minoritária. Isto é, adotou-se como conceito de subsidiária aquele contido no Dicionário Aurélio.

Já em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Marçal Justen Filho afirma que existe uma grande dificuldade em determinar o significado da expressão “subsidiária”. Isso em decorrência de a legislação não trazer um conceito único desse tipo societário, o que traria a necessidade de determinar, caso a caso, o sentido da expressão⁷⁷, como dito anteriormente.

No entanto, o doutrinador ressalta que no caso da Lei nº. 8.666/93 a expressão se confunde com o conceito de “sociedade controlada”. O renomado

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., p. 342.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 342

⁷⁷ Ibid., p. 271.

administrativista define “sociedade controlada” como “uma pessoa jurídica de direito privado, constituída sob forma societária, que se encontra sob controle de uma outra empresa estatal em virtude de autorização legislativa”.⁷⁸

Note-se que, de certo modo, o renomado autor faz um pequeno tumulto quanto aos conceitos de “controlada” e “subsidiária”, na medida em que, ao comentar a Lei nº. 8.666/93, afirma que para fins de definição de “controlada”, deve ser utilizada a definição trazida na Lei nº. 6.404/76; já em seu curso de Direito Administrativo, o doutrinador conceitua “controlada” como sendo uma sociedade “subsidiária”, para fins de aplicação da lei de licitações, enquanto, paradoxalmente, afirma que o conceituar “subsidiária” seria inútil.

De todo modo, o que interessa é que o jurista entende que para fins de submissão aos ditames da Lei nº. 8.666/93, o conceito de “controlada” se confunde com o de “subsidiária”, apesar de ele próprio afirmar que o termo “controlada” deve ser interpretado na concepção máxima prevista na Lei n. 6.404/76, que, como visto acima, não se confunde com “subsidiária”.

José dos Santos Carvalho Filho segue o entendimento de Marçal Justen Filho. Para o citado professor, “a respeito da dicção da lei, são sinônimos os termos ‘subsidiárias’ e ‘controladas’. As entidades subsidiárias são previstas genericamente no art. 37, XX, da CF/88, mas não encontram definição própria na legislação de direito empresarial”.⁷⁹

Assim, ambas podem ser definidas como “aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criada pelo Estado”. Segue o professor afirmando que:

(...) o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de primária) e esta, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É esta segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. (...)

Além disso, não se pode perder de vista que as subsidiárias também são controladas, embora de forma indireta, pela pessoa federativa que instituiu a entidade primária.⁸⁰

⁷⁸ Ibid., p. 268.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 240.

⁸⁰ Ibid., p. 455.

Nessa linha, o sentido da hipótese de dispensa à contratação de “subsidiárias” estaria idêntico ao que a lei confere às entidades “controladas”, estas sim definidas na Lei nº. 6.404/76.

O jurista também afirma que não podem ser consideradas “subsidiárias” ou “controladas” sociedades que o Poder Público detenha participação minoritária.⁸¹

1.4 Interpretação restritiva e ampliativa dos conceitos de “subsidiária” e “controlada”

Como visto anteriormente, as empresas estatais citadas no art. 173, §1º, da CF/88 têm regime jurídico híbrido, isto é, ora são regidas por normas de Direito Privado, ora são reguladas por regras de Direito Público. Como explica José dos Santos Carvalho Filho, “de um lado, sofrem influxo de normas de direito privado quando exploram atividade econômica, e de outro submetem-se a regras de direito público quando aos efeitos decorrentes de sua relação jurídica com o Estado”⁸².

Daí é que surge a controvérsia a respeito do real significado das expressões “sociedade controlada” e “sociedade subsidiária” para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93. Em palavras simples: aplicam-se as regras do direito privado ou do direito público, para definição dos citados termos?

De acordo com as regras do regime privado – isto é, direito civil e societário –, considera-se entidade controlada aquela cujo poder de controle fica submetido a outra sociedade, independentemente da composição do capital social. Ou seja, o que vale aqui é o poder de fato. Destaca-se que não há definição expressa a respeito de “subsidiária”, tão-somente de “subsidiária integral”, a qual possui um único acionista que controla a sociedade.

Já se for utilizada como base as normas de direito público – *in casu*: direito financeiro e administrativo –, a definição de “sociedade controlada” confunde-se com o conceito de “sociedade subsidiária”, podendo ambas serem definidas como sociedade cujo Estado possui, de forma direta ou indireta, a maioria das ações com direito a voto, exercendo, com isso, o controle da entidade.

⁸¹ Ibid., p. 240.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 856.

Apesar de não existir conceito expresso de “sociedade subsidiária” nas normas de direito privado, deixando, inclusive, os estudiosos do assunto sem emitir uma opinião concreta sobre essa definição, entende-se que o conceito trazido pelos doutrinadores de direito público, no tocante unicamente às “sociedades subsidiárias”, pode ser perfeitamente aplicável por intermédio da analogia, o que supriria a lacuna na legislação civil e societária.

Assim, em relação as “subsidiárias” de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, têm-se os seguintes conceitos incontroversos: [- Subsidiária integral: sociedade anônima unipessoal, cuja totalidade do capital social pertence à empresa estatal; e - Subsidiária: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertence à empresa estatal, sendo por esta controlada].

Há, ainda, o conceito incontroverso de sociedade coligada, definida pelo Código Civil como sociedade cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, sem controlá-la. No caso das S/A, esse percentual é de vinte por cento.

Logo, efetivamente o que se tem é a discussão em torno do conceito de “controlada”. Isto é, saber se, para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, vale simplesmente exercer o controle de fato da sociedade (interpretação conferida sob a ótica do Direito Privado) ou há necessidade de maioria no capital social com direito a voto (interpretação conferida tendo por base as premissas de Direito Público).

A seguir, analisar-se-ão as duas hipóteses dentro do contexto normativo que se encontra o art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, para assim chegar a uma possível resposta para a problemática posta.

2. DO CONCEITO DE SOCIEDADE “CONTROLADA”, PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 24, XXIII, DA LEI N. 8.666/93

2.1 Breves considerações sobre o Instituto da Dispensa de Licitação

Conforme já especificado anteriormente, de acordo com o art. 22, inciso XXVII, da CF/88, compete à União editar normas gerais de licitação e contratos administrativos. Atualmente, é a Lei nº. 8.666/93 que confere eficácia ao citado dispositivo, regendo o assunto dentro de toda a Administração Pública direta e indireta, incluindo as empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Por autorização do art. 37, XXI, da CF/88, a Lei nº. 8.666/93 regulamenta também as hipóteses em que o procedimento licitatório é mitigado, excetuando, assim, a obrigatoriedade da realização de certame em determinados casos legalmente especificados.

Isto é, a Constituição acolheu a presunção relativa de que prévia licitação produz a melhor contratação, entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância ao princípio da isonomia. Mas a própria Lei Magna determinou que a legislação específica tratasse as hipóteses de contratação direta.⁸³

Isso em razão de a lei não poder deixar de lado algumas situações em que o rito e a demora do procedimento não se compatibilizam com as particularidades do caso concreto, que em muitas vezes demandam respostas imediatas do Poder Público.

A Lei nº. 8.666/93 trouxe em seus artigos 17, 24 e 25 as hipóteses de contratação direta, sem a necessidade de realização de licitação. É bom deixar registrado que a ausência de licitação não importa a contratação informal, sem qualquer cautela. Há necessidade, em regra, de as contratações serem justificadas e comunicadas à autoridade superior, no prazo de três dias, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos, conforme determina o art. 26 da Lei nº. 8.666/93.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 491.

Esclarecido esse detalhe, José dos Santos Carvalho Filho lembra que alguns autores costumam tratar as hipóteses trazidas nos artigos 17, 24 e 25 como licitação dispensada, dispensável ou inexigível, respectivamente.⁸⁴

Na licitação dispensada, a Lei nº. 8.666/93 ordena ao Poder Público que não realize licitação para alguns casos de alienação de bens públicos. Já na licitação dispensável, a norma indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente possível; no entanto, a lei dispensa o administrador de realizá-la. Na inexigibilidade, por sua vez, a realização do certame sequer é viável.⁸⁵

Para Marçal Justen Filho, há apenas duas modalidades de contratação direta: a dispensa e a inexigibilidade. Para o renomado doutrinador:

Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e dispensável. A diferença foi afirmada a propósito das hipóteses dos arts. 17 e 24, respectivamente. Segundo alguns, o art. 17 conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o art. 24 traria autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Com todo respeito, não se afigura procedente a distinção, ao nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto.⁸⁶

Independentemente da linha adotada, isto é, se existe ou não a modalidade de contratação denominada como licitação dispensada, há de se destacar que as hipóteses dos artigos 17 e 24 são taxativas, enquanto os casos de inexigibilidade citados no art. 25 são exemplificativos.

Tais conclusões derivam exatamente da natureza de cada uma das modalidades de contratação direta, na medida em que na inexigibilidade a licitação é inviável, ou seja, mesmo que fosse o desejo do administrador realizar o certame, a natureza do objeto a ser licitado impede a concorrência entre os interessados,

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 231.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 230-231.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 300.

enquanto na dispensa o procedimento de licitação, como destaca José dos Santos Carvalho Filho, “pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório”⁸⁷, mesmo sendo possível a sua realização.

Em face dessas características é que se analisa primeiro a viabilidade do certame, isto é, se a contratação não se encaixa nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, para depois analisar se as hipóteses dos artigos 17 ou 24 se encaixam, pois, se não há viabilidade de concorrência, não se pode falar em licitação dispensada ou dispensável. Neste sentido, é o entendimento de Marçal Justen Filho:

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significa deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir a seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.⁸⁸

Contudo, em algumas contratações realizadas pelas empresas estatais que atuam no mercado sequer se subordinam aos procedimentos da Lei nº. 8.666/93. São as hipóteses em que o objeto contratado se restringe à atividade-fim dessas sociedades. Isto é, as regras contidas naquela norma incidiriam somente em relação as atividades-meio.

Isso em decorrência de nos casos em que exercem suas atividades-fim, as estatais atuam no mercado competitivo, conciliando suas atividades com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Ou seja, as relações entre sociedade e cliente é regida unicamente pelas normas de direito privado, dada a redação do art. 173, §1º, inciso II, da CF/88.

Nesse sentido, por oportuno, cita-se trecho do Acórdão nº. 1.390-TCU-Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), de relatoria do Ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa:

(...) enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 230.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 357.

econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;⁸⁹

O caso analisado pela Corte de Contas se referia à Consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Sr. Eduardo Campos, indagando sobre a licitude da dispensa de licitação para aqueles casos em que a observância da norma que obriga a licitação venha a comprometer o dever de eficiência a que as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica estão sujeitas, quando da contratação de bens e serviços ligados à sua atividade-fim.

Em suas razões de decidir, o relator citou ainda outras decisões do TCU na mesma linha adotada. Uma delas foi o Acórdão nº. 624/2003-Plenário, em que ficou consignado que

(...) não se aplica a Lei nº 8.666/93 à atividade fim das empresas públicas e das sociedades de economia mista, consoante a jurisprudência mencionada, desde que os trâmites inerentes a esse procedimento constituam óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência⁹⁰.

No entanto, como bem ressaltam Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, “no mais das vezes, classificar o que seja atividade-fim e o que seja atividade-meio, em concreto, não é tarefa tão fácil quanto fazer parecer os exemplos dos manuais”⁹¹.

Essa dificuldade faz renascer novamente a tormentosa dúvida de quando se realiza licitação ou não. Ou melhor, quando a estatal está sob influxo das normas de direito privado ou de direito público.

Marçal Justen Filho concorda com essa afirmação. Segundo o renomado doutrinador:

⁸⁹ BRASIL. TCU. Acórdão n. 1.390-Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. DOU 23/9/2004.

⁹⁰ BRASIL. TCU. Acórdão n. 1581/2003-Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 31/10/2003.

⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Licitações nas Estatais**: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, maio/ago, 2007, p. 23.

(...) uma mesma atividade pode ser qualificada como “fim” ou como “meio”, dependendo do parâmetro de comparação. Portanto, deve-se adotar enorme cautela com a utilização dessa conceituação. A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o restante como atividade-meio.⁹²

Ilustrando o alegado, o jurista apontou as seguintes situações que caracterizam atividade-fim:

(...) Assim, imagine-se impor a uma distribuidora de combustíveis, controlada pelo Estado, o dever de realizar licitação para “alienar combustível”. A venda de combustíveis é o núcleo da atuação dessa empresa estatal. Subordinar essa contratação a uma prévia licitação corresponderia a impedir a atuação empresarial no mercado. Do mesmo modo, uma instituição financeira não está obrigada a licitar contratos de conta corrente bancária. Mas será diferente a situação quando a contratação não estiver abrangida no âmbito do objeto desenvolvido no mercado, em competição com outros agentes, em igualdade de condições. Assim, a construção da sede administrativa de entidade da Administração indireta comporta plena aplicação do regime licitacional, precisamente porque não há vínculo com a atividade de mercado que constitui o núcleo de sua atuação.⁹³

No entanto, o jurista paranaense destaca que “pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidades”⁹⁴.

Exatamente por isso é que José Eduardo Martins Cardoso entende que o melhor é não utilizar a definição de atividade-fim para justificar as operações rotineiras da sociedade estatal. Veja-se a lição do citado jurista:

(...) melhor será não utilizarmos a distinção conceitual simplificadora de contratos relacionados à atividade-fim ou à atividade-meio das empresas estatais, ou mesmo de contratos cujo objeto se relacione a operações de rotina das atividades negociais destas pessoas jurídicas, para fins da definição da exata exegese que estamos propondo *in casu*. Melhor será analisarmos, dentro de cada situação empresarial concreta, que contratações seriam indubitavelmente indispensáveis para o exercício da atividade econômica para qual a

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

⁹³ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

empresa foi criada e que trariam um intransponível óbice à sua atuação de mercado, dentro das condições normais de competitividade, se fossem obrigatoriamente licitadas.⁹⁵

Verifica-se, portanto, que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação se referem às ações ligadas à atividade-meio das estatais mencionadas, na medida em que as ações relacionadas à atividade-fim prescindem de licitação. Ficando a ressalva, contudo, do posicionamento de Marçal Justen Filho e Eduardo Cardozo, acima explicitado, no sentido de que nem sempre uma atividade-meio poderá ser licitada e nem sempre uma atividade-fim poderá ser objeto de contratação direta.

Com efeito, essas considerações a respeito de atividade-meio e atividade-fim atinentes às estatais exploradoras de atividade econômica apenas evidenciam que o regime jurídico a elas aplicado busca a equiparação dessas entidades àquelas regidas unicamente pelas regras de Direito Privado, nivelando não apenas as obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, mas também as vantagens na busca pela exploração da livre iniciativa e livre concorrência.

Nessa linha, seguem as lições de Marçal Justen Filho:

Não se aplicará o regime de direito público quando produzir encargos que tornem inviável a competição de empresa pública ou sociedade de economia mista com agentes privados. O raciocínio aplica-se tanto ao aspecto de vantagens quanto ao de encargos constantes da disciplina publicística.⁹⁶

Assim, o inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93 deve ser aplicado, em regra, às atividades-meio das estatais exploradoras de atividade econômica. A exceção seria as hipóteses levantadas por Marçal Justen Filho e José Eduardo Cardozo anteriormente citadas.

Em suma, portanto, a contratação a que as empresas públicas e sociedade de economia mista estão dispensadas de realizar licitação com suas respectivas subsidiárias e controladas se refere, em regra, a execução de atividades-meio, posto

⁹⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. **As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar**. Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Adílson Dallari (coord.). Malheiros: 2006, pp. 356-357.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 30.

que as ações ligadas às respectivas atividades-fim já poderiam ser contratadas diretamente.

Fixada essa ideia, cabe ressaltar também que toda licitação envolve uma relação entre custos e benefícios. A dispensa de licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios de que dela poderiam advir.⁹⁷ Portanto é uma decisão política do legislador, que lista na lei as hipóteses em que julga conveniente que a Administração Pública realize a contratação direta.

No caso específico do inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, o legislador entendeu que o Poder Público teria mais benefícios se as estatais exploradoras de atividade econômica contratassem suas respectivas subsidiárias ou controladas para realizarem ações ligadas às suas atividades-meio.

Daí, por conseguinte, deve-se avaliar o real custo/benefício das sociedades de economia mista e empresas públicas em se excepcionar a realização de licitação na situação trazida pelo art. 24, inciso XXIII, no tocante às atividades-meio, para saber o real alcance do dispositivo.

Tal constatação, por consequência, ajuda a entender o verdadeiro significado do termo “controlada”, uma vez que a partir daí poderá ser analisado se o conceito que traz maior benefício à Administração Pública é aquele da Lei nº. 6.404/76 ou da LC 101.

2.2 Do custo/benefício trazido pelo inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93 às estatais exploradoras de atividade econômica, para fins de definição do termo “controlada”

Para Marçal Justen Filho⁹⁸ não há benefício em realizar contratação por intermédio de licitação na hipótese em que o bem ou serviço pode ser obtido por estatal com sua respectiva subsidiária ou controlada, hipótese esta do art. 24, inciso XXXIII, da Lei nº. 8.666/93.

Nessa linha, cabe lembrar apenas que o jurista paranaense considera, para fins de aplicação da Lei nº. 8.666/93, subsidiária e controlada como um conceito só,

⁹⁷ Ibid., p. 301.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 301.

sendo estas sociedades aquelas cujo Poder Público mantém o controle por meio da detenção da maioria do capital social com direito a voto.

Por outro lado, dentro dos conceitos de Direito Empresarial, “sociedade controlada” é aquela que é controlada por outra sociedade ou acionista, que detém o poder de fato sob o controle da sociedade, de modo a ter preponderância nas deliberações sociais e poder eleger a maioria dos administradores, independentemente da participação no capital social. Este controle de fato pode ser avançado por intermédio de acordo de acionistas.

Antes de adentar especificamente a respeito a aplicabilidade de qual desses conceitos se encaixa na hipótese do inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, mister frisar que independentemente da definição a ser adotada, o objeto da avença deve ter pertinência com a finalidade da entidade contratada e o valor da contratação deve estar de acordo com o preço de mercado, conforme expressamente prevê a redação do dispositivo em comento. Aliás, nesse mesmo sentido é o teor da súmula 265 do TCU, veja-se:

Súmula nº 265

A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/93 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades.⁹⁹

Nota-se que a opção governamental de adotar certa estrutura para organizar sua Administração indireta não legitima a elevação de custos ou a ineficiência, tampouco contratar qualquer entidade. Logo, não se pode admitir que uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública realize contratações por valor superior ao que poderiam obter no mercado sob a justificativa de beneficiar uma sociedade controlada.¹⁰⁰

Cabe registrar que apesar de existir entendimento sumulado na Corte federal de contas, não há na jurisprudência daquela casa a definição ou extensão dos

⁹⁹ Súmula nº 265 do TCU, 2011.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346-344.

termos “subsidiária” e “controlada” para fins de aplicação do inciso XXIII do art. 24, o que mantém a indefinição sobre o assunto.

Em situações como essa, conforme ensina Rudolf Von Ihering, citado por Arnold Wald, é a interpretação que vai permitir corrigir os defeitos e as lacunas da lei, atualizando-a de acordo com as necessidades sociais do momento.¹⁰¹

Citando agora Bernard Windscheid, Wald¹⁰² destaca que as palavras utilizadas pelo legislador constituem a expressão de seu pensamento, que deve ser examinado tendo em consideração o estado do direito na época em que foi elaborada a legislação e a finalidade da lei, pressupondo-se a sua racionalidade e congruência. Isto é, buscar-se-ia a *ratio legis* para definir a finalidade que o legislador pretendeu conseguir com a lei.

Todavia, hoje não é apenas a razão da lei que impera como forma de interpretação. A intenção do legislador é vista como ponto secundário, assim como a finalidade da norma. Deve-se dar ênfase ao momento em que se situa o intérprete ao interpretar a lei, bem como conjugar o dispositivo legal com outras normas do ordenamento jurídico. É o que se conhece como interpretação sistemática.

Dando uma ideia desse conceito, François Génry lembra que além dos textos legais, a interpretação deve levar em conta todas as necessidades da política social, com elas compatibilizando as normas de direito escrito.¹⁰³

Assim, como destaca Arnold Wald, citando Miguel Reale, o problema da hermenêutica passou resolvido partindo-se do pressuposto de que toda norma jurídica é:

- (i) um modelo operacional de um tipo de organização ou de uma classe de comportamento possíveis; (ii) que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; (iii) implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram; (iv) assim como em função dos fatos supervenientes.¹⁰⁴

¹⁰¹ IHERING, Rudolf Von *apud* WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. jan/mar/1985, p. 1227.

¹⁰² WINDSCHEID, Bernard *apud* WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. jan/mar/1985, p. 1228.

¹⁰³ GÉNY, François *apud* WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. jan/mar/1985, p. 1228.

¹⁰⁴ WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. jan/mar/1985, p. 1229.

Fora isso, o ilustre professor ainda destaca que se deve buscar soluções razoáveis, à luz da lógica e do provável. Segundo Wald:

A utilização da “lógica do razoável” ou do “provável” por em relevo, inicialmente, a necessidade de encontrar-se a solução diante do caso concreto, dando-se especial relevo aos valores sociais e econômicos envolvidos e expressos nas normas jurídicas aplicáveis. Ou seja, trata-se de encontrar a situação que seja considerada a mais aceitável pelo meio social, não necessariamente aquela que, em termos de expressões utilizadas pelas partes ou pela lei, ou de pura lógica formal, pudesse ser considerada a única verdadeira.¹⁰⁵

Tendo por base, portanto, as lições de Arnold Wald sobre interpretação sistemática, passa-se a analisar cada um dos requisitos elencados pelo renomado jurista para se chegar a mais razoável ou provável interpretação do conceito de “sociedade controlada” para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93

2.2.1 Classes de comportamentos possíveis para fins de interpretação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93

A classe de comportamentos possíveis basicamente refere-se à delimitação da problemática na interpretação da norma. Isto é, trazer à baila as possíveis interpretações para fins de aplicação de determinado dispositivo.

No caso em comento, as possíveis definições de “sociedade controlada”, para a aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, já foram anteriormente demonstradas.

A primeira possibilidade de interpretação cinge-se em unificar os conceitos de “sociedade controlada” e “sociedade subsidiária”, entendendo que ambas as modalidades se referem ao mesmo tipo societário, sendo considerado aquele que o Poder Público exerce o poder de controle em decorrência de possuir a maioria do capital social com direito a voto. É o controle fático-jurídico.

Por outro lado, pode-se considerar que “sociedade controlada” e “sociedade subsidiária” possuem definições distintas. A primeira é aquela em que é controlada por outra sociedade ou acionista, que detém o poder de fato sob o controle da

¹⁰⁵ WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. jan/mar/1985, p. 1230.

sociedade, de modo a ter preponderância nas deliberações sociais e poder eleger a maioria dos administradores. Este controle é apenas fático e pode ser avençado por intermédio de acordo de acionistas e não está vinculado à maioria do capital social com direito a voto. Já a segunda modalidade possui o mesmo conceito definido no parágrafo anterior.

2.3 Interpretação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 no conjunto do ordenamento jurídico.

Quanto à interpretação conjunta com outras normas do ordenamento jurídico, mostra-se importante levantar as situações previstas na legislação que de certa forma podem auxiliar na correta interpretação do dispositivo em estudo.

As duas possibilidades citadas no tópico acima têm respaldo dentro do ordenamento jurídico, pois há conceitos diferentes de entidade “controlada” no Direito Privado – civil e empresarial – e no Direito Público – administrativo e financeiro.

Como já mencionado anteriormente, o Código Civil de 2002 e a Lei nº. 6.404/76 não trazem o conceito de “sociedade subsidiária”. A Lei das S/A define apenas “subsidiária integral”, conforme previsão contida em seu artigo 251.

Apesar de não ter pertinência com o caso em comento, há ainda o conceito de entidade “coligada”, sendo aquela cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, nas hipóteses reguladas pelo CC/2002, sem controlá-la. No caso das sociedades regidas pela Lei nº. 6.404/76, o percentual é de vinte por cento.

Segundo as lições de Direito Administrativo¹⁰⁶, “sociedade subsidiária” é aquela cuja maioria do capital social com direito a voto pertença à outra sociedade, sendo por esta controlada.

Até aqui não há nenhuma incompatibilidade. A problemática surge na medida em que a LC 101 traz um conceito de “controlada” idêntico ao de “sociedade subsidiária”, enquanto a Lei nº. 6.404/76 define sociedade “controlada” de maneira diversa, sendo aquela entidade cujo poder de controle fica a cargo de outra sociedade, independentemente da composição do capital social.

¹⁰⁶ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 455.

Ou seja, aparentemente, o impasse se mantém.

2.4 Apreciação de fatos e valores que, originariamente, constituíram o inciso XXIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93

A motivação explicitada pelo Poder Executivo para editar a MP 1.531-12/97 e, conseqüentemente, inserir o inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93 teve “como fundamento básico assegurar que as controladoras, subsidiárias e controladas se situem, sob o aspecto econômico, em pé de igualdade com suas congêneres do setor privado”¹⁰⁷.

Cabe ressaltar, ainda, que na exposição de motivos da MP 1.531-12/97, destacou-se que além de buscar a equiparação das estatais com as sociedades regidas unicamente por normas de Direito Privado, objetivava-se com o inciso XXIII do art. 24 que os resultados das subsidiárias e controladas retornassem, na medida da participação societária, à entidade controladora, no caso, as sociedades de economia mista e empresas públicas. Veja-se:

(...) Com efeito, tendo em vista que os resultados das subsidiárias e controladas retornam, na medida da participação societária, ao acionista controlador, é natural que as holdings, em geral, prefiram contratá-las a pactuar com pessoas delas desvinculadas.

(...)

A medida se coaduna com a política de racionalização e redução de custos, uma vez que permitirá maior agilidade nas contratações, estimulando assim a desejada competitividade e eficiência no cumprimento dos objetivos sociais, acarretará melhor desempenho, manutenção de recursos no conglomerado e, sobretudo, valorização das subsidiárias e controladas, favorecendo, assim, eventual processo de privatização.¹⁰⁸

Ou seja, como já destacado em linhas passadas, quando da inserção do inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, o legislador já enxergava com outros olhos a relação entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica com o mercado.

¹⁰⁷ Conforme anexo.

¹⁰⁸ Conforme anexo.

Isso se confirma quando se analisa em conjunto que tanto a MP 1.531-12/97 como a Lei nº. 9.648, de 27 de maio de 1998, que confirmou a citada medida excepcional, foram editadas no contexto da Reforma Administrativa do Estado.

Em 4 de junho de 1998, o Congresso Nacional editou a EC/19, conhecida como Reforma Administrativa, que dispôs sobre o novo regime e normas da Administração Pública. Uma das principais alterações constitucionais se deu na redação do art. 173, que teve o seu §1º modificado pelo constituinte derivado. Esta alteração buscou nivelar as estatais exploradoras de atividade econômica com suas concorrentes no mercado, mitigando a burocracia em sua atuação.

A EC/19, segundo explicita Uadi Lammêgo Bullos, trata de “um bojo de providências destinadas a abrir caminho para as privatizações, principalmente quando vincula a lei ordinária ao regime jurídico próprio das empresas privadas”¹⁰⁹.

Ou seja, pelo contexto vivenciado pelo Estado em 1998, ao que parece, o legislador, ao confirmar a MP 1.531-12 por intermédio da Lei nº. 9.648, teve em mente aproximar o Estado do mercado, por intermédio de suas entidades exploradoras de atividade econômica, objetivando a obtenção de maiores retornos financeiros e o fortalecimento de suas estatais, subsidiárias e controladas.

Ao deixar claro que a intenção era assegurar maiores retornos ao acionista controlador (leia-se: empresa pública ou sociedade de economia mista), o legislador aproximou-se da definição de “controlada” prevista na Lei nº. 6.404/76, tendo em vista a redação do art. 116 dessa norma. A fim de facilitar o que ora se demonstra, cita-se novamente a redação do mencionado dispositivo legal:

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.¹¹⁰

¹⁰⁹ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1271.

¹¹⁰ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

Como já explicitado anteriormente, o acionista controlador pode ser definido por intermédio de acordo de acionistas, em decorrência de expressa autorização contida no art. 118 da Lei nº. 6.404/76. Ou seja, o controlador nem sempre será aquele que deter a maioria do capital social com direito a voto.

Assim, pela apreciação dos fatos e valores que, originariamente, constituíram o inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, tem-se que o conceito de “controlada” intencionado foi aquele contido na Lei nº. 6.404/76.

Cabe ressaltar que tal definição de “controlada” cinge-se apenas quanto à hipótese do inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/76. Afirma-se isto em decorrência da expressão também se mostrar presente na redação do art. 1º da norma, todavia com outra conotação, no sentido defendido por Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho, acima já destacados.

2.5 Apreciação de fatos e valores que, de maneira superveniente, possam ter alterado a interpretação a ser conferida ao inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

Pelo que foi demonstrado acima, verificou-se que o legislador não deu muita importância ao fato de as estatais exploradoras de atividade econômica serem reguladas tanto por normas de Direito Privado como por regras de Direito Público. A escolha legislativa, ao contrário, buscou conferir máxima eficiência a equiparação entre estatais e sociedades privadas, quando na disputa pelo mercado. Daí, ao que parece, teve como base a Lei nº. 6.404/76, quando da inserção do inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

No entanto, renomados doutrinadores são contra esta definição de “controlada”. Isto em decorrência de o entendimento moderno ser no sentido de que as estatais exploradoras de atividade econômica serem regidas por um regime jurídico híbrido. Ou seja, incidem também sobre elas regras de controle administrativo.

Em nível constitucional, por exemplo, tais sociedades estariam sujeitas a autorização legal para sua instituição (art. 37, XIX), controle externo exercido pelo TCU (art. 70), controle e fiscalização pelo Congresso Nacional (art. 49, X), exigência de concurso público para ingresso de seus empregados (art. 37, II) e previsão orçamentária (art. 165, §5º).

As entidades “subsidiárias”, por terem maioria de capital social com direito a voto pertencente ao Poder Público, estão sujeitas a essas regras, motivo pelo qual somente elas poderiam ser alvo de contratação direta com base no inciso XXIII do art. 24. As “controladas”, tais como idealizadas no momento da edição da MP 1.531-12/97 e da Lei nº. 9.648/98, não poderiam contratar diretamente com o Estado em razão de não fazer parte de sua estrutura administrativa.

Em palavras claras: por não pertencerem à estrutura estatal, as entidades “controladas”, nos termos da Lei nº. 6.404/76, não estão sujeitas às normas de Direito Público e, com isso, não poderiam ser objeto de contratação direta, nos moldes propostos no inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93.¹¹¹

Por um lado, tal entendimento não está errado, eis que a Lei nº. 8.666/93, em seu art. 1º, ao se referir a entidades “controladas”, afirma que estão sujeitas as regras de licitação e contratos administrativos todas as entidades cujo Poder Público possua o controle de forma direta ou indireta, o que se verifica por meio do capital social. Daí, inclusive, que tal definição se aplica também à LRF.

No entanto, o termo “controlada” no inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93 tem outra conotação, como visto no tópico anterior.

É fato que no início do presente trabalho as empresas controladas foram consideradas como empresas estatais de segundo grau. Naquela oportunidade, no entanto, tal afirmação foi feita expressamente em sentido amplo, genérico. Como destaca Marcos Juruana Villela Souto, “nem todas elas integram a Administração Pública”¹¹². Em sentido estrito, podem ser consideradas estatais apenas aquelas sociedades cujo capital seja integralmente público (empresas públicas e subsidiárias integrais) ou pelo menos a sua maioria (sociedades de economia mista e sociedade subsidiárias).

Sérgio Alexandre Camargo, fazendo comentários sobre as novas concepções de Direito Administrativo Econômico, segue essa linha; veja-se:

Conceito que melhor se amolda à nova concepção do Direito Administrativo Econômico seria no sentido de considerar a controlada como toda empresa, que, sem manifestação legislativa do

¹¹¹ Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 342.

¹¹² SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 72.

Poder Público, ou que ainda que manifestada esta autorização, não detenha a entidade federativa o controle acionário majoritário da empresa, ou ainda que venha ao controle da empresa estatal por questões meramente comerciais, excepcionando-se as opções de investimento, ou de Contrato de Gestão que crie Sociedade de propósito específico.¹¹³

O citado jurista arremata ainda afirmando que “as empresas controladas pelo Poder Público pertencem ao ramo do Direito Comercial, (...) retirando-as, como dito, do conceito de administração pública”¹¹⁴.

Logo, as estatais que são controladas direta ou indiretamente pelo Estado (sentido amplo), para fins de aplicação da Lei nº. 8.666/93 são as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias. As empresas controladas a que se refere o inciso XXIII do art. 24 da mesma lei (sentido estrito – definição do Direito Empresarial) são empresas privadas não integrantes da estrutura administrativa do Estado. Ou melhor, não se submetem às regras da Lei de Licitações, mas caracterizam hipótese de contratação direta.

Em palavras diretas: na Lei nº. 8.666/93 há duas definições de sociedade controlada. Uma do art. 1º, outra do inciso XXIII do art. 24.

2.6 Da interpretação sistemática do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 com outras normas do ordenamento jurídico e do real custo/benefício pretendido com esta hipótese de dispensa de licitação

Definida a existência de dois conceitos de entidades controladas, não se pode deixar de ressaltar que a interpretação sistemática não se resume apenas às considerações acima realizadas. Outras observações, também de caráter superveniente e já mencionadas anteriormente, devem ser levadas em consideração, quando da interpretação do dispositivo em comento.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o instituto da dispensa de licitação é constitucionalmente previsto no inciso XXI do art. 37. Como visto acima, nestes casos, apesar de ser viável o procedimento licitatório, por opção política, dispensa-se a sua realização. Exatamente por este motivo é que o rol trazido no art.

¹¹³ CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de Estatais. **Direito Administrativo Empresarial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

¹¹⁴ CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de Estatais. **Direito Administrativo Empresarial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

24 da Lei nº. 8.666/93 é exaustivo. Isto é, o legislador autorizou apenas aquelas hipóteses.

Ademais, especificamente no caso das estatais exploradoras de atividade econômica, via de regra, tais entidades ficam dispensadas apenas de licitar para aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços ligados à sua atividade-meio, na medida em que as atividades-fim podem ser objeto de contratação direta.

Fora isso, de acordo com o inciso XIX e XX do art. 37 da CF/88, somente lei específica poderá autorizar a criação de subsidiárias e controladas, assim como a participação delas em qualquer empresa privada. Isto é, não é mera discricionariedade do administrador a participação de empresa estatal em outra sociedade privada. Há necessidade de autorização legislativa para tanto.

Nessa linha, cabe destacar que mera participação minoritária em empresa privada não assegura a contratação direta pela estatal, nos termos do art. 24, inciso XXIII. Há, no mínimo, mais três requisitos a serem observados para fins de contratação direta, quais seja: (i) existência de controle; (ii) pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades; e (iii) compatibilidade do valor da contratação com o preço de mercado.

A existência de controle, como visto, pode ser objeto de acordo de acionista, por autorização do art. 118 da Lei nº. 6.404/76. Resta saber se as empresas estatais podem subscrever este tipo de instrumento. O assunto será ainda objeto de análise mais aprofundada adiante.

A pertinência entre o objeto da contratação e o objetivo social da contratada deriva de determinação contida na súmula 265 do TCU, visando exatamente afastar possíveis contratações sem qualificação técnica.

Quanto à obrigatoriedade do valor estar de acordo com o mercado, além de o Poder Público não pagar a mais pelo objeto, a bem da verdade, em alguns casos, ele poderá lucrar em cima da operação, na medida em que parte dos recursos repassados por força do contrato retornam à estatal por intermédio de repartição do lucro. Ou seja, em algumas situações o interesse público poderá ser privilegiado duas vezes.

Em sentido similar são as lições de Sergio Alexandre Camargo:

Todo sistema constitucional atual nos leva à compreensão de que o Estado brasileiro concluiu pela necessidade premente de se apoiar no setor privado, para alcançar os seus objetivos.

(...) o que pela via reflexa contribuiria também para o desenvolvimento da nação, na medida em que a parcela do lucro destinado à empresa-mãe comporia receita pública na Lei Orçamentária.¹¹⁵

Em tais hipóteses é que se percebe claramente a presença da real intenção do legislador ao editar a hipótese de contratação direta prevista no inciso XXIII do art. 24, pois o custo da operação e os benefícios dela advindos jamais serão os mesmo se contratada outra empresa que não subsidiária ou controlada pelo Poder Público.

Por mais que se defenda possível injustiça com as outras empresas privadas interessadas em contratar com as estatais exploradoras de atividade econômica, não se pode perder de vista que as hipóteses de dispensa de licitação são opções políticas do legislador, mitigando exatamente a regra de se realizar o certame em situações em que seria possível a sua realização. É uma decisão política que busca atender aos interesses do próprio Estado, *in casu*, dar maior agilidade a determinadas contratações e fortalecer as subsidiárias e controladas pelo Poder Público.¹¹⁶ Isto é, busca-se o fortalecimento das estatais frente ao mercado concorrencial, conforme estimula o art. 173, §1º, da CF/88.

Dessa forma, entende-se que o entendimento defendido por Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho está parcialmente correto. Isto, pois, o sentido a que ambos se referem diz respeito apenas quanto à incidência das regras da Lei nº. 8.666/93 em relação às empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado. Ou seja, a definição de “controlada” que ambos defendem tem aplicação no art. 1º da norma. No que se refere à hipótese do art. 24, inciso XXIII, a interpretação a ser conferida é outra totalmente diversa.

Nesse sentido, é interessante notar que em momento algum os renomados juristas fazem menção ao fato de o art. 118 da Lei nº. 6.404/76 se referir à possibilidade de o poder de controle ser objeto de acordo de acionista. Marçal Justen Filho chega a afirmar que “o vocábulo ‘controle’ deve ser interpretado em

¹¹⁵ CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de Estatais. **Direito Administrativo Empresarial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56.

¹¹⁶ Conforme anexo.

acepção mais ampla daquela consagrada no art. 116 da Lei nº. 6.404/1976¹¹⁷. Ora, a concepção mais ampla é exatamente a possibilidade de o controle poder ser objeto de acordo de acionistas, bem como poder ser compartilhado por mais de uma pessoa, nos termos do já citado art. 116.

Logo, não parece ser suficiente o fato de a sociedade “controlada”, conceituada nos termos da Lei nº. 6.404/76, não ser integrante do quadro da Administração Pública para não considerar como possível a sua contratação nos termos do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93. Até mesmo em razão de não ser condição fixada em lei que a entidade contratada deva ser integrante da administração. O que se exige, como visto, é o controle pelo Poder Público, que não necessariamente está atrelado à maioria de capital social. É apenas nesta última hipótese que a entidade sofre influxos de normas de Direito Público e integra o quadro da Administração Pública.

Nessa linha, portanto, vale a aplicação do clássico brocardo jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* – onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir. Na lição do mestre Carlos Maximiliano:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tende distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal como ela é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressões.¹¹⁸

Assim, em que pese discordar parcialmente dos renomados professores, o termo “subsidiária”, para fins de aplicação do inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, não se confunde com o conceito de “controlada”.

A fim de corroborar mais com o alegado, a seguir tratar-se-á especificamente da forma com que o controle é assegurado nas entidades denominadas “controladas” pela Lei nº. 6.404/76, bem como demonstrando as peculiaridades que envolvem o acordo de acionistas, objetivando, assim, afastar qualquer dúvida sobre o assunto.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

¹¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201.

2.7 Acordo de acionista e suas garantias

A Lei nº. 6.404/76 dispõe, em seu art. 118, que os acordos de acionistas podem dispor sobre a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito de voto e poder de controle. Leia-se a redação do citado dispositivo:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.¹¹⁹

A primeira questão que deve ser analisada é se há possibilidade de as empresas públicas, sociedade de economia mista, subsidiárias e controladas subscreverem o instrumento tratado no dispositivo acima.

Para chegar à resposta a respeito dessa dúvida, cabe analisar as características do acordo de acionistas, começando pela sua conceituação, nas lições de Modesto Carvalhosa:

Trata-se, o acordo de acionistas, de um contrato submetido às normas comuns de validade e eficácia de todo negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objeto a regulação do exercício dos direitos referentes às suas ações, tanto no que concerne ao controle como ao voto minoritário ou, ainda, a negociabilidade dessas ações.¹²⁰

Tais acordos, prossegue o renomado professor, “visam à composição dos interesses dos acionistas com respeito ao exercício de seus direitos políticos, junto à companhia, e patrimoniais sobre suas ações”¹²¹.

Por defender os interesses das sociedades reguladas pela Lei nº. 6.404/76, o instrumento em comento tem natureza jurídica ligada ao Direito Privado. No entanto, há uma intensa discussão a respeito da definição exata deste tema. Como destaca Ana Cláudia Redecker:

¹¹⁹ Brasil. Lei nº. **6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

¹²¹ Ibid., p. 21.

Muito se discute acerca da natureza jurídica dos acordos de acionistas. Alguns doutrinadores lhe atribuem natureza de contrato plurilateral, tendo em vista que o fim perseguido é único e comum, no momento da constituição da avença. Outros, entretanto, entendem que o acordo de acionistas não alcança as características de um contrato, sendo ato coletivo e complexo. Outra escola, por sua vez, considera os acordos de acionistas contratos parassociais ligados ao contrato principal da sociedade por um vínculo de acessoriedade. Por fim, há aqueles que lhe atribuem a característica de contrato plurilateral, bilateral ou mesmo unilateral, conforme estejam colocados os interesses dos acionistas no respectivo contrato.¹²²

Modesto Carvalhosa defende a variabilidade da natureza jurídica, afirmando que o acordo de acionistas “poderá ser um contrato plurilateral, bilateral ou mesmo unilateral, conforme estejam colocados os interesses dos acionistas”¹²³.

Para caracterização em uma dessas três espécies deve ser analisado o enfoque da norma instituída no art. 118 da Lei nº. 6.404/76, que traz nitidamente objetivos diversos aos três acordos de acionistas que tipifica. De um lado, os acordos de controle; de outro, o de voto dos minoritários e, finalmente, o de bloqueio. Estes objetos levam à distinção sobre a natureza de cada um dos três.¹²⁴

Os acordos de controle, que aqui nos interessam, têm caráter plurilateral, em face da confluência de sufrágios para a realização de determinado bem comum, e, como tais, deverão obedecer subsidiariamente as normas reguladoras dos contratos contidas na legislação civil.¹²⁵

Nessa linha, é importante destacar a observação feita por Eduardo Lysias Maia Abraão, que frisou que os acordos de acionistas “não configuram negócio

¹²² REDECKER, Ana Cláudia. **Estudos de Direito Empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton. André Fernandes Estevez e Márcio Felix Jobim (org). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 431-432.

¹²³ CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 85.

¹²⁵ REDECKER, Ana Cláudia. **Estudos de Direito Empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton. André Fernandes Estevez e Márcio Felix Jobim (org). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 432.

jurídico autônomo, mas derivado, haja vista o contexto que se inserem, isto é, o fato de só existirem em razão da preexistência da companhia”¹²⁶.

O referido jurista faz ainda questão de deixar claro que os tipos de acordos elencados no art. 118 da Lei nº. 6.404/76 não são exaustivos, sendo aqueles apenas classificados como típicos, por estarem devidamente previstos na legislação. Isto, no entanto, não impossibilita a existência de acordos atípicos, que estipulam matéria diversa daquela listada na lei. Veja-se:

Se forem típicos, serão nominados. Se atípicos, inominados. Ambos válidos. Tal como o acordo de acionista típico, o atípico tem natureza contratual, na medida em que compreende um concerto de duas ou mais vontades autônomas. (...) Visa também à aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos. (...) Contudo, o acordo de acionistas atípico não tem seus requisitos intrínsecos específicos devidamente disciplinados pela lei, disso decorre a sua denominação atípico ou inominado.¹²⁷

A justificativa para aceitabilidade de acordos de acionistas atípicos no Direito brasileiro é bastante simples.

Até a entrada em vigor da Lei nº. 6.404/76, o ordenamento jurídico pátrio não tratava expressamente deste instrumento. Com isso, a doutrina se dividia em duas correntes; uma, que reconhecia a validade do acordo como negócio jurídico fundado no direito das obrigações, válido dentro do princípio privatista de aceitar como permitido tudo que a lei não proíbe; e outra, a qual repudiava que o pacto pudesse ser oposto à companhia quando o objeto fosse convenção de voto, tendo em vista que estar-se-ia retirando da assembleia geral a função de resoluções prévias dos signatários sobre os temas encaminhados ao debate para deliberação.¹²⁸

A problemática foi solucionada com aplicação do que dispunha o §2º do art. 27 do Decreto-Lei nº. 2.627, de 26 de setembro de 1940, que regulamentava as sociedades por ações antes da Lei nº. 6.404/76. O referido dispositivo dispunha que:

¹²⁶ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. **Acordos de Acionistas: típicos e atípicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 30-31.

¹²⁷ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. **Acordos de Acionistas: típicos e atípicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 31.

¹²⁸ BARRETO FILHO, Celso. **Acordo de Acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal**. Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, São Paulo: RT, ano 3, n. 8, abr./jun. 2000, p. 35.

Art. 27. (...)

§ 2º Os estatutos podem impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regulem minuciosamente tais limitações e não impeçam a sua negociação, nem sujeitem o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas.¹²⁹

Diante dessa redação, como narra Modesto Carvalhosa, o acordo de acionistas “somente tinha preceito quanto à negociabilidade das ações – art. 27 – cuja circulação poderia ser objeto de pacto parassocial estatutário limitativo, desde que não sujeitasse o acionista ao arbítrio da administração da sociedade ou da maioria dos acionistas”¹³⁰.

Assim, o acordo de acionistas não vinculava a assembleia geral. Neste sentido, inclusive, era a jurisprudência da época:

A assembleia geral na sociedade anônima é soberana. Pode, pois, *ex vi legis*, destituir diretor, não estando, de maneira alguma, vinculada ao pactuado por acionistas, por meio de contrato, cuja validade, além de tudo, em virtude de fortíssimas e procedentes razões não é de reconhecer.¹³¹

No entanto, com o advento da Lei nº. 6.404/76, que passou a prever a existência expressa do instrumento em comento, pôs-se fim aos questionamentos existentes, passando-se a admitir o acordo de acionistas. Como expõe Modesto Carvalhosa:

Ao disciplinar a espécie, o diploma vigente foi inovador, não quanto ao conteúdo de tais avenças, que obedecem à tradição hoje universalmente consagrada, mas pelo fato de ser praticamente uma das primeiras leis que de maneira direta tratava da matéria, antecipando-se, na época, ao projeto da sociedade anônima europeia.¹³²

Dessa forma, ao instituir a disciplina sobre os acordos de acionistas, a Lei nº. 6.404/76 autorizou a assinatura de acordos, delimitando o conteúdo de alguns deles (compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício do direito de voto

¹²⁹ Brasil. **Decreto-Lei nº. 2.627**, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União 1º out 1940.

¹³⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 514.

¹³¹ TJSP, Apelação Cível n. 120.135, j. 27-11-1962 in Revista dos Tribunais, v. 351, jan. 1965, p. 170-173

¹³² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 517.

e poder de controle), mas não excluiu que os acionistas avançassem sobre outras matérias, tendo por base a autonomia privada regulada pelo Direito das Obrigações.¹³³

Citando as lições de Eduardo Lysias Maia Abraão, “os acordos de acionistas podem versar sobre uma infinidade de matérias, embora aquelas que inspiram o legislador fossem, efetivamente, as mais frequentes”¹³⁴.

Nesse mesma linha são as lições de Nelson Eizirik, que é claro ao afirmar que “os acionistas são inteiramente livres para convencionar ou não o acordo, assim como para estabelecer o seu conteúdo, uma vez que a Lei das S.A. não esgota a relação de matérias que dele podem constar”¹³⁵.

Nessa linha, como explica Carlos Ari Sunfeld, as empresas estatais sempre buscaram convencionar com particulares algumas atividades de seu interesse; veja-se:

Dentro da nova realidade criada pela reforma do Estado, vários mecanismos foram concebidos para, segundo as hipóteses, viabilizar o pretendido equilíbrio entre controle e autonomia na relação entre o Estado e suas empresas: a celebração de “contratos de gestão” com os dirigentes escolhidos para as empresas; a “terceirização” em bloco da gerência do ente estatal, contratando-se empresas especializadas e conferindo-lhe a tarefa de gerir o ente por critérios técnicos-profissionais; e a escolha de um sócio estratégico, ingressando com seus capitais e sua *expertise* para ajudar na reestruturação e gestão da empresa.¹³⁶

Ou seja, a relação entre empresas estatais e privadas é explorada com o intuito de ambas obterem frutos, mostrando-se legítima a sua união na formação societária. Contudo, não se pode deixar de mencionar tais acordos de vontades somente prosperam no âmbito das sociedades de economia mista, pois não é possível a participação privada em empresas públicas. Nesse sentido são as palavras de Bruno Leal Rodrigues:

¹³³ ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. **Acordos de Acionistas**: típicos e atípicos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I. São Paulo: Quartier, 2011, p. 703.

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas Empresas Estatais. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271-272.

Requisito essencial para a celebração de acordo de acionistas é, por certo, a participação de capital privado na empresa estatal. Na eventualidade de o capital social da empresa estatal ser exclusivamente estatal, ou seja, na eventualidade de se tratar de empresa pública, não há que se cogitar, por razões óbvias, a celebração de acordos entre acionistas.¹³⁷

Todavia, cabe ressaltar que ser uma sociedade de economia mista não é o único requisito para se firmar acordo de acionistas. Há de estar presente, ainda o interesse do Estado em compartilhar a gestão da empresa com um particular, e não apenas o interesse em dividir as despesas. Ainda segundo as lições de Bruno Leal Rodrigues:

(...) somente terá sentido se tiver por objetivo, cumulada ou alternativamente: (i) valorizar a participação societária ofertada ao particular mediante a possibilidade de este compartilhar a gestão do empreendimento; e/ou (ii) traduzir-se em contrapartida para a obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa com conhecimentos, técnicas, *know how* etc. que detenha em relação ao setor específico.¹³⁸

Nessas perspectivas, o acordo de acionistas tem por finalidade atrair um parceiro estratégico para a gestão da empresa, para tanto conferindo prerrogativas e privilégios, especialmente na influência na direção e controle da empresa pública em grau maior que o assegurado pela legislação societária a acionistas minoritários.¹³⁹

Comentando a respeito das parcerias estratégicas, Carlos Ari Sunfeld faz as seguintes considerações:

Nesse último caso, por meio da admissão de um particular com participação financeira importante quer-se justamente “personalizar” a figura do sócio privado da sociedade mista, para que, junto com o Estado, ele sinta os riscos próprios de um “dono do negócio” e tome atitudes concretas para evita-los, o que aproveitaria a ambos os sócios.¹⁴⁰

¹³⁷ RODRIGUES, Bruno Leal. **Formas de Associação de Empresas Estatais** : Acordos de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

¹³⁸ RODRIGUES, Bruno Leal. **Formas de Associação de Empresas Estatais** : Acordos de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas Empresas Estatais. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 272.

O êxito da nova concepção depende, por obvio, de se permitir que o sócio privado constitua um núcleo de poder efetivo – o que sempre se quis evitar. O princípio envolvido não é o da substituição da gestão estatal pela do particular, mas sim o da criação de um poder concorrente, que opere com freio e contrapeso do poder estatal, que segue existindo, mas com temperamento. Veja-se que não se trata de substituição do titular do controle societário, mas sim da limitação de seus poderes absolutos.¹⁴¹

Note-se que até o momento teceu-se comentários a respeito apenas de acordo de acionistas firmados dentro da sociedade de economia mista. Contudo, o referido instrumento também pode ser utilizado por empresas estatais que possuem participação societária em empresas privadas. Nesta última hipótese, é o Poder Público que adquire participação em sociedade privada e celebra com esta o acordo, com os mesmos objetivos acima destacados.

Tratando especificamente da hipótese de transferência de controle nos instrumentos firmados no âmbito das sociedades de economia mista, como explica Bruno Leal Rodrigues, “as disposições do acordo de acionista não podem delegar ao particular competências e atribuições de tal magnitude que, ao final, o Estado não detenha mais o poder de controle da empresa”¹⁴².

Isso, pois, como explica Carlos Ari Sunfeld:

O Direito Constitucional Brasileiro impõe a concordância previa do Legislativo para todas as alterações na estrutura Administrativa que envolvam aquisição ou perda de personalidade governamental. Deveras, é necessária autorização legal tanto para o surgimento de uma nova organização governamental como para seu desaparecimento.

Uma estatal desaparece por duas formas distintas: por extinção da própria entidade, que então é liquidada e cessa suas operações, ou por alienação, pelo Estado de seu controle sobre ela, hipótese em que as atividades sociais perseguem, mas o Poder Público deixa de influir em sua condição. Nenhum espanto deve causar a assertiva

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas Empresas Estatais. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 272.

¹⁴² RODRIGUES, Bruno Leal. **Formas de Associação de Empresas Estatais** : Acordos de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal produz o seu imediato desaparecimento.¹⁴³

Dáí, portanto, a necessidade de o Estado possuir a maioria do capital social e o controle para que a empresa seja considerada sociedade de economia mista, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Uma última observação é 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 participação na gestão da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio da lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum.¹⁴⁴

Assim sendo, mostra-se que as sociedades de economia mista podem firmar com seus acionistas acordo a respeito do controle da sociedade, desde que o instrumento não disponha a respeito da perda da gestão pelo Estado, admitindo-se, todavia, o compartilhamento.

No mesmo sentido, admite-se que o Estado firme acordo de acionistas no âmbito das sociedades privadas que detém participação, podendo assumir, neste caso, o controle da direção da empresa, a qual, por definição dos artigos 116 e 253 da Lei nº. 6.404/76, passa a ser denominada como controlada, passando o Poder Público a ocupar o *status* de controlador.

No entanto, pode ser que surja questionamento a respeito da aplicabilidade da definição de “controlada” em ações anteriores a 2001. Isto em decorrência de a redação originária do art. 118 da Lei nº. 6.404/76 não prever expressamente que os acordos de acionistas poderiam dispor sobre o controle das sociedades anônimas, estipulando apenas as outras três matérias citadas na redação do atual. Veja-se a redação original do citado dispositivo:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto,

¹⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas Empresas Estatais. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 266.

¹⁴⁴ DI PRIETO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 390.

deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.¹⁴⁵

Assim, por um lado, pode-se entender que o poder de controle somente passou a ser passível de objeto de acordo de acionista apenas com o advento da Lei nº. 10.303/2001, fato este que afastaria, em tese, a interpretação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 no molde proposto no tópico anterior, tendo em vista que o referido inciso foi incluído na Lei de Licitações em 1998, por meio da Lei nº. 9.648, antes, portanto, da alteração do art. 118 da Lei nº. 6.404/76 (2001).

Todavia, tal pensamento mostra-se equivocado em decorrência das considerações feitas em linhas passadas, no sentido de que desde a edição da Lei nº. 6.404/76 os acordos de acionistas podem versar sobre todas as matérias não vedadas em lei, incluindo aí o poder de controle.

A estipulação expressa do poder de controle no rol do art. 118, como já narrado, se deu apenas com o fito de consignar as matérias mais relevantes que normalmente são objeto deste instrumento, sendo o rol do citado dispositivo meramente exemplificativo.

Daí, ainda que o poder de controle tenha passado a integrar o rol do art. 118 da Lei nº. 6.404/76 somente com a promulgação da Lei nº. 10.303/2001, verifica-se que a legalidade de sua estipulação em acordos de acionistas advém desde a edição da Lei das S/A atualmente em vigor, muito antes, portanto, da inserção do inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93, por meio da Lei nº. 9.648/2001.

Feito esse esclarecimento, cabe agora ressaltar que mesmo o instituto em comento sendo firmado, como o próprio nome já diz, apenas entre acionistas, cabe ressaltar que a companhia é parte substancial da avença, na medida em que é titular do interesse envolvido no exercício do controle comum entre os sócios.

Isso em decorrência de existir, no acordo de acionista, partes em sentido formal e sentido material. Como explica Santoro-Passarelli, “em contraposição às partes que intervêm na conclusão do negócio e que se chamam partes em sentido formal, as que o são relativamente aos efeitos dizem-se partes em sentido substancial”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

¹⁴⁶ SANTORO-PASSARELLI, 1967 *apud* CARVALHOSA, 2011. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

Logo, o conceito de parte não diz respeito unicamente àqueles que manifestaram formalmente sua vontade no negócio jurídico, mas relaciona-se, basicamente, com o titular do interesse envolvido. É o caso típico da companhia na execução do acordo de controle, na medida em que a sociedade está vinculada ao instrumento tanto quanto as partes que formalmente o instituíram e o subscreveram.¹⁴⁷ Em consequência, estão vinculados ao acordo, no que diz respeito a seus votos sobre matérias relevantes e extraordinárias, os membros do conselho de administração eleitos pela comunhão dos controladores e também os diretores, em reunião regular da diretoria.¹⁴⁸

Nessa linha, cabe ainda registrar que os acordos de controle produzem efeitos não apenas no âmbito da companhia controladora, mas, necessariamente, na esfera das companhias controladas.¹⁴⁹

Dessa forma, qualquer acordo que não seja ilícito quanto ao seu objeto e obedeça as prescrições de registro e publicidades determinadas na lei, é válido e eficaz perante a própria companhia e também a terceiros.¹⁵⁰ Neste último caso, as obrigações ou ônus somente serão oponíveis após a averbação do instrumento nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos, conforme estipula o §1º do art. 118 das Lei nº. 6.404/76, *verbis*:

Art. 118. (...)

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.¹⁵¹

Ademais, o §3º do art. 118 também permite aos acionistas promover a execução específica das obrigações assumidas pelos signatários. Veja-se:

Art. 118. (...)

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.¹⁵²

¹⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 77.

¹⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 214.

¹⁴⁹ BRASIL. TJSP. Apelação Cível n. 161.344-1/9. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Ney de Mello Almada. j. 26/11/1992.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 79.

¹⁵¹ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

Busca-se com isso, de acordo com Nelson Eizirik, conferir eficácia ao instrumento, para que do descumprimento de suas cláusulas não resulte apenas a obrigação de indenizar, mas também a de fazer cumprir, conforme lições abaixo transcritas:

A Lei das S.A. prevê que os acionistas integrantes do acordo, nas condições nele previstas, podem promover a execução específica das obrigações pactuadas. Assim, busca-se dar eficácia aos acordos de acionistas, para que do descumprimento de suas cláusulas não resulte apenas a obrigação de indenizar.

A execução dos acordos de voto e de exercício do poder de controle pode ocorrer na própria companhia, sem a necessidade de tutela jurisdicional, uma vez que são objeto de autotutela, conforme os §§8º e 9º, mais adiante analisados.¹⁵³

Por fim, cabe tecer comentários a respeito do prazo de duração e formas de denúncia dos acordos de acionistas. Prescreve o §6º do art. 118 que:

Art. 118. (...)

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutive somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.¹⁵⁴

Ou seja, tendo em vista a sua natureza jurídica, o acordo de acionista há de se extinguir ou revogar pelos mesmos modos comuns de extinção dos contratos.

Se vigendo por prazo determinado só se permite a saída do signatário ao fim do prazo, por infração dos seus termos, do estatuto ou da própria legislação, quebra da *affectio societatis*, inobservância do princípio da boa-fé e verificação de termo final ou cláusula resolutive. Neste sentido:

SOCIEDADE ANÔNIMA. ACORDO DE ACIONISTAS. RESOLUÇÃO COM BASE NA QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS E DO DEVER DE LEALDADE E COOPERAÇÃO ENTRE OS CONVENIENTES. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NOS 5 E 7 DA SÚMULA/STJ QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DA RECORRIDA. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I. São Paulo: Quartier, 2011, p. 716.

¹⁵⁴ Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União 17 dez 1976.

APELAÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO PADECE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º da Lei 6.404/76.

(...)¹⁵⁵

Cabe, ainda, o registro da doutrina de Modesto Carvalhosa, na mesma linha acima exposta; veja-se:

Não há, pois nesse contrato tipicamente parassocial e plurilateral a possibilidade de extinguir-se por resilição unilateral. A denúncia dependerá de justa causa, ou seja, da quebra da *affectio*, por conduta incompatível das cláusulas do pacto, e qualquer outra que configure materialmente a desavença, ou ainda deslealdade em face dos pactuantes e do interesse social.¹⁵⁶

No entanto, nas hipóteses de o instrumento não conter prazo, existe grande controvérsia a respeito. Como explica Nelson Eizirik:

(...) Num primeiro momento, entendeu-se que, como o acordo de acionistas constitui um contrato e como é juridicamente impossível a sua vinculação eterna dos signatários, qualquer deles, a qualquer tempo, poderia denunciá-lo. Posteriormente, e esta é hoje a corrente majoritária, passou-se a exigir a “denúncia cheia”, ou seja, mediante justa causa, visando à preservação do pacto firmado e à manutenção da estabilidade dos negócios jurídicos.¹⁵⁷

Especificamente no caso do acordo de controle, o renomado professor faz as seguintes considerações:

(...) Tratando-se de um acordo de voto ou exercício do poder de controle, típico contrato plurilateral, em que se manifesta a *affectio societatis*, não cabe a “denúncia vazia”, uma vez que os signatários comprometeram-se a envidar esforços e colaborar para alcançar objetivo comum, vinculado ao interesse social. Ademais, em tais casos, os acionistas seguidamente investem recursos de vulto no

¹⁵⁵ REsp 388423/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/2003, DJ 04/08/2003, p. 308

¹⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 438.

¹⁵⁷ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I. São Paulo: Quartier, 2011, p. 719.

empreendimento, dedicam a ele seu tempo, não fazendo sentido que um deles possa, a qualquer tempo, por uma technicalidade jurídica, perder uma posição de integrante do bloco de controle ou de minoria significativa.¹⁵⁸

Diante de todas essas características, percebe-se que os acordos de controle são instrumento que possuem evidente segurança jurídica, não podendo simplesmente ser desfeito ou ignorado por qualquer uma das partes. Ao contrário, seus efeitos são oponíveis a terceiros, ainda que o controlador seja um acionista minoritário.

Daí, por fim, é que se entende que o conceito de “controlada” previsto no art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 se refere à entidade cujo controle não se caracteriza por maioria de capital social com direito a voto, mas sim por meio de estipulação em acordo de acionistas, nos termos do art. 118 da Lei nº. 6.404/76.

¹⁵⁸ Ibid., p. 719-720.

CONCLUSÃO

O Estado possui importante papel na organização da ordem econômica. Via de regra, sua atuação tem caráter regulador, por força do comando insculpido no art. 174 da CF/88, agindo, excepcionalmente, como agente executor em situações ligadas aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da Carta Magna.

A excepcionalidade de sua atuação no mercado se dá em decorrência de as atividades mercantis serem ordinariamente exercidas pelas particulares, por força do princípio da livre iniciativa.

Nas hipóteses em que concorre com o particular, o Estado pode executar atividades que, em tese, almejam o lucro de forma direta, por intermédio de seus órgãos internos; ou indireto, por meio de suas empresas estatais exploradoras de atividades econômica, reguladas pelo art. 173 da CF/88.

O referido dispositivo foi alterado pela EC/19, que ficou conhecida como a Reforma Administrativa do Estado. Uma das principais alterações foi exatamente a modificação parcial do art. 173, que passou a prever que lei estabelecerá o estatuto jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica, o qual deverá dispor, dentre outros assuntos, a respeito do regime jurídico destas entidades, bem como as formas de licitação e contratos administrativos. Todavia, até a presente data a referida norma não foi editada, o que vem fazendo com que a Lei nº. 8.666/93 seja aplicada a tais instituições.

No entanto, é fato que o legislador ordinário não vem esperando um consenso dentro do Congresso Nacional para dar eficácia ao regime jurídico diferenciado a empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica fazem jus. Exemplo claro disto é a inserção de dispositivos no ordenamento jurídico que já buscam dar eficácia aos mandamentos do art. 173 da CF/88.

Ilustrando o alegado, tem-se o inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, que prevê ser dispensável a contratação pelas sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica com suas subsidiárias e controladas, para aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

Na exposição de motivos da MP 1.531-12/97, que de fato inseriu o inciso XXIII no art. 24 da Lei nº. 8.666/93, a proposição tinha como fundamento básico assegurar que as controladoras, subsidiárias e controladas se situem, no aspecto econômico, em pé de igualdade com suas congêneres do setor privado, características estas muito próximas àquelas que ensejaram a modificação do art. 173 da CF/88. Assim, estar-se-ia privilegiando a contratação de empresas estatais de primeiro grau com as suas respectivas dependentes de segundo grau.

Entretanto, dentro da doutrina especializada surgiu questionamento a respeito da real extensão das expressões “subsidiárias” e “controladas”, para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da CF/88.

Isso em decorrência de doutrinadores administrativistas defenderem que a definição de sociedade “controlada”, para fins de aplicação do dispositivo acima citado, coincide com o conceito de “subsidiária”, considerada como sendo a sociedade em que o Poder Público detém a maioria do capital social com direito a voto e, por consequência, o poder de controle.

Por outro lado, no Direito Empresarial, a definição de “subsidiária” e “controlada” não se misturam. A primeira pode ser conceituada nos moldes propostos dentro do Direito Administrativo. A segunda, por sua vez, em nada se confunde com aquela definição, pois o controle não necessariamente está atrelado ao número de ações com direito a voto, mas sim com os requisitos trazidos no art. 116 da Lei nº. 6.404/76, quais seja: (i) ser titular de direitos de sócio, assegurado, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usar efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

É, portanto, um poder de fato que pode, inclusive, ser adquirido por intermédio de acordo de acionistas, nos termos do art. 118 da Lei nº. 6.404/76.

Para saber qual a definição correta para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93, foi necessária a análise do instituto da dispensa de licitação, o qual, nas estatais exploradoras de atividade econômica, atingem apenas, via de regra, as atividades-meio dessas entidades, posto que as atividades-fim não são reguladas pela Lei nº. 8.666/93, pois se tratam de atividade comercial.

Daí identificou-se que para chegar à interpretação correta do art. 24, inciso XXIII, da Lei nº. 8.666/93 seria necessário estudar a classe de comportamentos

possíveis de interpretação do dispositivo em comento, bem como as interpretações possíveis dentro do ordenamento jurídico atual, apreciando, ainda, os fatos e valores que, originariamente, deram ensejo a sua inserção na Lei de Licitações e Contratos e aqueles que, supervenientemente, poderiam ter alterado o entendimento do legislador, para, assim, chegar à interpretação sistemática mais adequada.

No levantamento da classe de comportamentos possíveis de interpretação e as interpretações possíveis, demonstrou-se que o impasse em aplicar os conceitos de Direito Administrativo e Empresarial se mantinham.

Na análise dos fatos e valores que, originariamente, foram utilizados como justificativa para inserção do inciso XXIII no art. 24, verificou-se que a intenção do legislador era equiparar as estatais exploradoras de atividade econômica com suas congêneres do setor privado, utilizando, para tanto, conceitos de Direito Empresarial.

Os possíveis fatos supervenientes que poderiam alterar essa interpretação seria o fato de o conceito de entidade “controlada”, para fins de incidência das regras da Lei nº. 8.666/93, definida no art. 1º desta norma, não prever que as sociedades que sejam controladas pelo Poder Público por meio de acordo de acionistas ficassem sob sua regulamentação. Isto é, apenas as entidades integrantes da estrutura do Estado é que poderiam ser contratadas com base no inciso XXIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

Por um lado, tal entendimento até estaria correto, tendo em vista que apenas as sociedades cujo Estado detém a maioria do capital social ficam obrigadas a licitar. Todavia, ao que parece, o legislador desejou empregar no inciso XXIII do art. 24 uma definição de entidade “controlada” distinta daquela trazida no art. 1º. Ou seja, dentro da norma existem dois conceitos de “controlada”; um de Direito Administrativo, para fins de aplicação do art. 1º; outro de Direito Empresarial, para aplicação do art. 24, inciso XXIII.

Nessa linha, lembrou-se que não basta o simples poder de controle para ser caracterizada a hipótese de dispensa de licitação em comento. Há, ainda, a necessidade que o serviço ou os bens a serem alienados ou adquiridos tenha pertinência com o objeto social das entidades, bem como que o valor da operação não seja superior ao de mercado.

Com isso, em algumas oportunidades, o interesse público pode ser beneficiado duas vezes, pois além de não pagar a maior pelo objeto, o Estado pode

lucrar com a operação, tendo em vista que parte dos recursos repassados podem retornar à estatal por meio da repartição de lucros.

Assim, por mais que alguns possam entender que a hipótese de contratação direta em comento possa redundar em injustiça com as demais empresas privadas em contratar com o Poder Público, não se pode perder de vista que os casos de dispensa de licitação são definidos pelo legislador, consoante autorizado pela própria Constituição (art. 37, inciso XXI). Ou seja, por opção política dispôs-se que as estatais exploradoras de atividade econômica estão dispensadas de realizarem licitação para firmar contratos com suas respectivas subsidiárias e controladas.

Por fim, esmiuçou-se alguns detalhes que circundam os acordos de acionistas, demonstrando que estes podem ser firmados tanto no âmbito das sociedades de economia mista como também em empresas que as estatais possuem participação. No primeiro caso, não pode o Poder Público abrir mão do poder de controle da entidade, tendo em vista que seria uma maneira de alterar a natureza jurídica da sociedade. Já na segunda hipótese pode a estatal deter o controle de empresa privada, passando, desta forma, esta a se enquadrar como “controlada” e aquela como “controladora”.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Eduardo Lysias Maia. **Acordos de Acionistas**: típicos e atípicos. Curitiba: Juruá, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARRETO FILHO, Celso. **Acordo de Acionistas**: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. Revista de Direito Bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, São Paulo: RT, ano 3, n. 8, p.35, abr/jun 2000.

BASTOS apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 834.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Brasil. **Decreto-Lei nº. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, 27 Fev 1967.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.627**, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União, 1º out 1940.

Brasil. **Lei nº. 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, 7 ago 1997.

Brasil. **Lei nº. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, 17 dez 1976.

Brasil. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União, 11 jan 2002.

BRASIL. **Lei nº. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, 22 jun 1993.

Brasil. **Lei nº. 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 5 mai 2000.

BRASIL. STF. ADI 1649, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2004, DJ 28/5/2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00204.

BRASIL. STJ. REsp 929.758/DF, Rel. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/12/2010.

BRASIL. STJ. REsp 388423/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/5/2003, DJ 04/08/2003.

BRASIL. TCU. Acórdão n. 1.390-Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. DOU 23/9/2004.

BRASIL. TCU. Acórdão n. 1581/2003-Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 31/10/2003.

BRASIL. TCU. Súmula nº 265 do TCU, 2011.

BRASIL. TJSP, Apelação Cível n. 120.135, j. 27-11-1962 *in* Revista dos Tribunais, v. 351, jan. 1965.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível n. 161.344-1/9. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Ney de Mello Almada. j. 26/11/1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de Estatais. **Direito Administrativo Empresarial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **As empresas estatais que exploram atividade econômica e seu dever de licitar**. Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Adílson Dallari (coord.). Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**: homenagem a Celso Barbi Filho. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JUNIOR, Adauto. **Lei de responsabilidade fiscal comentada** : lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PRIETO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume I – Art. 1º a 120. São Paulo: Quartier, 2011.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada** : Volume III – Art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**, vol. 3 (arts. 37 a 43). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**, São Paulo: Saraiva, 2000.

GÉNY apud WALD, **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/7. São Paulo, p.1228, jan/mar/1985.

GLADSTON, Mamede. **Direito empresarial** : direito societário : sociedades simples e empresariais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade fiscal** : Lei complementar nº. 101/2000 comentada e legislação correlata. São Paulo: Editora Juarez, 2002.

IHERING apud WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/7. São Paulo, p. 1227, jan/mar/1985.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades anônimas** : comentários à Lei (arts. 1º a 120). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (Finanças Públicas Democráticas)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Colho. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei de Responsabilidade Fiscal** : Lei complementar nº. 101 de 4/5/2000. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REDECKER, Ana Cláudia. **Estudos de Direito Empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do professor Peter Walter Ashton. André Fernandes Estevez e Márcio Felix Jobim (org). São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Bruno Leal. **Formas de Associação de Empresas Estatais**: Acordos de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em Outras Empresas. Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTORO-PASSARELLI apud CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Criação e Função Social da Empresa Estatal : A proposta de um Novo Regime Jurídico para as Empresas sob Controle Acionário Estatal. Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Licitações nas Estatais**: Levando a Natureza Empresarial a Sério. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 23, maio/ago, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas Empresas Estatais. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÁCITO, Caio. **Controle das Empresas do Estado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 11, p. 1-9, jan/mar 1973.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07, São Paulo, p. 1230, jan/mar 1985.

WINDSCHEID apud WALD, **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil. RDCiv 31/07. São Paulo, p.1228, jan/mar/1985.

ANEXO

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.531 – 12, DE 13 DE NOVEMBRO DE 1997.

Altera dispositivos das Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasília S. A. – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias, e dá outras providências.