

O CONCEITO JURÍDICO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES
Advogado em São Paulo

SUMÁRIO: — *Participação pública majoritária e minoritária. Gestão ou administração. Interêsse privado e interêsse geral. Revisão do conceito de lucro. A desnecessidade da criação por lei das empresas de economia mista. Noções conceituais e noções funcionais. Conclusão.*

1 — Sôbre o conceito de sociedade de economia mista, não há consenso de opinião, nem uniformidade quanto aos caracteres que configuram êsse tipo social. Certo, essa desuniformidade deixaria de existir, *et pour cause*, se a lei definisse o tipo social, fixando-lhe as características, ou estabelecendo, para efeito de sua disciplinação e policiamento (o que seria uma forma de enunciação indireta), que tipo de sociedade se deva considerar de economia mista. Infelizmente, raros são os países — talvez quatro ou cinco — entre os quais vigora legislação especial sôbre a matéria, — e o Brasil não se inclui entre os mesmos.¹ Demais, robustos argumentos alinham alguns juristas contra a própria tentativa de legislação especial, que viria afetar o livre desenvolvimento de tais sociedades.²

Em suma, quatro correntes podem distinguir-se, nessa controvérsia, conforme salientam, nos conceitos formulados, as características: a) da associação do capital público com o capital privado; b) da direção da empresa por ambos os investidores; c) do interêsse público visado

1 Na Argentina, p. ex., há lei específica sôbre a matéria: o Decreto n.º 15.349, de 25 de junho de 1946. Já na Itália (C. Civ., art. 2.458 e segs.) o legislador limitou-se a inserir dois ou três artigos na disciplinação do anonimato.

2 V. Lello Gangemi, *Le Società Anonime Miste*, Florença, 1932, pág. 25.

pela sociedade; e d) da criação legal, mediante lei derogadora do direito comum.³

I

3 — Para a primeira corrente,⁴ dá-se o nome de sociedade de economia mista a uma forma de sociedade mercantil, na qual o Estado, ou uma outra pessoa moral de direito público, se associa aos capitais privados. Ora, esta noção peca por excesso; tem uma extensão exagerada; e não assinala os caracteres (pelo menos, de ordem jurídica) que as tipificam. Bem verdade que, para muitos, essa expressão não designa noção jurídica alguma. Fritz Fleiner, na sua obra clássica, afirma que “*cette expression (gemischt-wirtschaftliche Unternehmung) ne désigne pas une notion juridique. Elle signifie seulement que le capital privé et des fonds publiques se sont réunis pour contribuer à l'exploitation de une entreprise économique*”.⁵ Mas se essa associação do capital público com o capital particular assume relevância jurídica, ela passa a dispor de uma significação específica, distinta da que tem em ciência econômica.⁶

4 — Face o lato conceito acima enunciado, uma participação puramente contingencial do Estado, como acionista de uma empresa privada, conferiria, de plano, o *status* de economia mista à sociedade participada. Ora bem, embora faça parte de nossa tese, como adiante tocaremos mais de espaço, a validade da “formação espontânea” das sociedades de economia mista, reputamos absurdo caracterizar como tais aquelas cuja participação acionária estatal provenha de razões fortuitas, hajam vistas as hipóteses de herança jacente, penhora, compra, *apport* isolado, obrigação fiscal etc.⁷ De feito, os caracteres das

3 Theophilo de Azeredo Santos, em livro recente (*As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*, Rio, 1964), fez um levantamento exaustivo (embora sem intenções críticas) da doutrina, jurisprudência e legislação relativas a sociedades de economia mista no Brasil.

4 Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 1951, 2.^a ed., pág. 587; Werner Sombart, *El Apogeo del Capitalismo*, México, 1946, trad. esp. t. II, pág. 484; Terhalle, *Die Gemischtwirtschaftliche*, cit. por Émile Marioné, *Les Sociétés d'Economie Mixte em Belgique*, Bruxelas, 1947, pág. 10.

5 *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, 1933, trad. fr., págs. 82-83.

6 Ajustam-se ao caso as judiciosas ponderações de T. Ascarelli: “*Il punto di vista giuridico rimane sempre distinto da quello economico e l'isopprimibile autonomia del punto di vista giuridico deve essere tenuto presente specialmente quando l'uso lessicale de gli stessi termine può indurre a legarla. La confusione è frequente in tema di impresa, quando si presuppone una coincidenza, almeno generale, tra il concetto di imprenditore elaborato in via analitica dall'economia e il concetto giuridico di imprenditore*” (Cf. *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*, Milão, 1952, pág. XXXVI).

7 J. Hamel, em conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 1957, referiu-se a um “impôsto de solidariedade” instituído na França depois da libertação em 1945, a incidir sobre pessoas físicas e jurídicas, para a reconstrução do país, podendo estas últimas pagar o tributo por forma de ações. O Estado viu-se então acionista de quase todas sociedades francesas (V. “A Organização das Sociedades de Economia Mista na França”, em *Revista de Direito Administrativo*, 1958, v. 52, pág. 552).

sociedades de economia mista, não se podem reduzi-los tão-sòmente a êsse da união no fundo social de capitais público e privado; nem ùnicamente nessa união deve fixar-se a delimitação dêsse tipo social. Essa combinação de fundos é sem dúvida um *prius* lógico, um requisito essencial, sem o qual — não há falar em economia mista. Fôrça fôra, entretanto, estabelecer outras características ou notas do objeto, que nos abalancem a precisar o conceito exposto, extremamente amplo e fugidio.

Nesse sentido, à participação compósita no capital social, vêm certos doutrinadores acrescentando outro característico: a necessidade da participação majoritária do Estado. No caso de o Estado participar da sociedade anônima em *situação minoritária*, exercendo apenas os direitos conferidos pela lei do anomimato, e dos estatutos, a qualquer acionista, sem qualquer ascendência sôbre os demais, não se configuraria uma verdadeira sociedade de economia mista.⁸ *Venia concessa*, essa distinção entre sociedade de economia mista com participação majoritária e sociedade com participação minoritária, cara aos franceses, não oferece nenhum critério válido para efeito da qualificação jurídica do ente focalizado. Como salienta Giovanna Putzolu, “*può verificarsi benissimo che lo Stato sia il proprietario della quasi totalità del pacchetto azionario, e quindi il padrone assoluto della società, senza che per questo essa perda la sua natura di società per azioni di diritto privato.*”⁹

Por outro lado, sociedades existem cuja participação acionária do Estado é minoritária, mas que como de economia mista devem ser reputadas, por terem sido suscitadas pelo Estado, para objetivarem fins de política geral, e nas quais êste influi ativamente, dispondo de poderes que exorbitam aos concedidos pelo direito comum aos sócios de s.a. André Delion aponta o caso extremo da “*Société française des Nouvelles—Hébrides*”, em que o Estado não detém senão 2,77% do capital social, mas onde lhe é assegurada a gestão da empresa.¹⁰

5 — Com efeito, não é da maior ou menor participação pública que se pode inferir a natureza jurídica da sociedade em tela, mas antes, e sobretudo, da modalidade de atuação de tal participação. Como frisou Hely Lopes Meirelles, “o que define a sociedade de economia mista é a participação ativa do Poder Público na vida e realizações da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário;

8 V. Paul Reuter, *Les Participations Financières — La Société Anonyme au Service des Collectivités Publiques*, Paris, 1936, pág. 26 e segs.

9 *Regime Giuridico delle Partecipazioni Pubbliche nel Diritto Francese*, Milão, 1962, pág. 90.

10 A. G. Delion, *Le Statut des Entreprises Publiques*, Paris, 1963, pág. 19.

o que importa é que se lhe reserve por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais.¹¹

A sociedade por ações é uma pessoa jurídica distinta das pessoas dos sócios; pelo que se deve reconhecer, em linha de princípio, que a presença de um ou mais sócios públicos não vale, por si, para desnaturar sua natureza jurídica, sempre que o sócio público esteja sujeito à disciplina societária em posição de igualdade com os outros acionistas, e à participação pública não se sigam contrôles de caráter administrativo, próprios das pessoas de direito público, e que se não compadecem com a natureza e a estrutura tradicionais da sociedade anônima.

Quando tais contrôles existam, e o acionista estatal inscreva, por uma ativa participação sua, a sociedade participada numa “zona de osmose” entre a economia de mercado e a economia financeira, entre o direito público e o direito privado, teremos aí a sociedade de economia mista.¹²

6 — Advirta-se, antes de concluir, que, de um ponto de vista puramente teórico, o simples *placement* de dinheiro público em ações ou obrigações de uma sociedade privada, a ponto de tornar-se o Estado em acionista majoritário, não converte *ipso facto* a sociedade em de

11 Cf. “Autarquias e Entidades Paraestatais”, *Revista Forense*, Rio, 1963, vol. 204, pág. 35.

12 Sustentam o caráter privado das sociedades de economia mista, entre outros, os seguintes autores: P. Berthoud, “L’Évolution de l’Economie Mixte en France”, em *Rev. Sciences Politiques*, 1938, pág. 202; Henry Zwahlen, *Des Sociétés Commerciales avec Participation de l’État*, Lausanne, 1935, pág. 311-12; Michele Fragalli, “Concetto e Natura delle Società di Economia Mista”, em *Studi in onore di D’Amelio*, Roma, 1933, pág. 141 e segs.; Andrea Arena, *La Società Commerciali Pubbliche*, Milão, 142, Pags. 174 e segs.; Tullio Ascarelli, “Controllori e Amministratori nell’Anonima di Stato”, em *Riv. di Dir. Commerciale*, 1933, I, pág. 284; Giussepri Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, Turim, 1960, pág. 241; Francisco Campos, parecer em *Revista de Direito Administrativo*, Rio, v. 72, pág. 386.

Sustentam o caráter público das sociedades de economia mista: Héctor Câmara, *Sociedades de Economia Mixta*, Buenos Aires, 1954, pág. 95; Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Publico*, Buenos Aires, 1950, vol. I, pág. 93; Raymond Racine, *Au Service des Nationalisations — L’Entreprise Privée*, Neuchatel, 1948, pág. 23; Waldemar Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, São Paulo, 1956, pág. 303.

Sustentam um caráter misto público-privado: Joseph Hamel, ob. cit., pág. 550; Marcel Ventenat, *L’Experience des Nationalisations*, Paris, 1948, pág. 35; José Giron Tena, *Las Sociedades de Economia Mista*, Madri, 1952, págs. 25 e segs.; Jean-Denis Bredin, *L’Entreprise Semi-Publique & Publique et le Droit Privé*, Paris, 1957, págs. 9 e segs.; etc. Na aludida conferência de Hamel, indagado a respeito pelo Professor Sá Filho, respondeu o conferencista, colocando a questão nos seus eixos: “Nessa matéria, estamos entre o direito público e o direito privado, e, como preconizei a criação de um direito econômico, que não seria nem público nem privado, parece-me que aí devia estar a sociedade de economia mista, num regime especial.”

Outros ainda sustentam que ora são entes de direito público, ora de direito privado (V. lei argentina, artigo 2.º).

economia mista. Já na prática, entretanto, observa-se que essa situação estreme é de remota possibilidade, uma vez que, como adverte Ripert,¹³ o Estado não é jamais um acionista ordinário, nem entra em condição de igualdade com os demais acionistas na sociedade, dado o seu poder soberano, o que confere à sociedade participada certa “intangibilidade legal” (Bielsa), emanada do acionista *sui generis*.

7 — Em resumo: a participação de fundos públicos no capital da empresa é indispensável à caracterização de uma sociedade comercial em de economia mista. Já o grau dessa participação é totalmente irrelevante; embora a participação majoritária, se não é, por natureza intrínseca, característica de sociedade de economia mista, constitui forte presunção de que virá esta a sê-lo.

II

8 — A segunda corrente é constituída pelos autores que realçam, nos conceitos que propõem, a participação de sócio estatal na gestão da sociedade, ao lado da necessária aplicação de dinheiro público e privado no fundo social. É a opinião de Henry Zwahlen, J.-E. Godchot, Maurice Hauriou, Emile Marioné, Charles Goossens e outros mais, que deixamos de citar *brevitatis causa*.¹⁴

9 — Os dois últimos, aliás, vão mais longe. No relatório apresentado ao Congresso Internacional da Associação Henri Capitant, realizado no Rio de Janeiro, em 1963, opinou o Professor Goossens, que “o critério fundamental do organismo público de economia mista é justamente a participação dos poderes públicos, ao lado dos particulares, na gestão desse organismo. Esta pode ser acompanhada de uma participação pública no capital, *mas pode existir sem ela*. A participação dos poderes públicos no capital de uma empresa privada, seria por outro lado insuficiente, por si só, para conferir a esta empresa o caráter de empresa de economia mista.”¹⁵

10 — Emile Marioné, por sua vez, em obra fundamental sobre a matéria, endossa a opinião do seu compatriota.¹⁶ No capítulo inicial, dedicado à definição de sociedade de economia mista, onde comenta a tese do economista alemão F. Terhalle, de que a simples participação financeira dos poderes públicos no capital social seria o elemento essen-

13 Ob. cit., pág. 589.

V. também idêntico pronunciamento de Hamel-Lagarde, em *Traité de Droit Commercial*, Paris, 1954, pág. 1046.

14 H. Zwahlen, ob. cit., págs. 39 e segs.; Maurice Hauriou, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 12.^a ed., 1933, pág. 554; J.-E. Godchot, *Les Sociétés d'Économie Mixte et l'Aménagement du Territoire*, Paris, 1958, pág. 36; E. Marioné, ob. cit., págs.10-11; C. Goossens, *L'Organisation des Entreprises Publiques et le Droit des Sociétés*, 1963, mimeografado.

15 Ob. cit., pág. 17.

16 Ob. cit., pág. 11.

cial para a caracterização da empresa como de economia mista, constituindo a gestão comum mera consequência dessa participação, contesta o jurista belga, asseverando que o que ocorre é justamente o contrário. “*Nous considérons comme entreprise d'économie mixte celle à la gestion de laquelle la collectivité publique participe*”,¹⁷ reputando a participação financeira dos poderes públicos “*comme un élément contingent et non essentiel*.”¹⁸

A seguir, procura justificar esse ponto de vista, principiando por precisar o que, a seu juízo, deve entender-se por participação da coletividade pública na gestão da empresa.

De início, crê necessário explicitar o sentido de *atos de gestão*, que, à semelhança dos demais atos realizados numa empresa, determinam sua vida e funcionamento, mas que eles se distinguem precisamente por só eles serem decisivos para sua conduta, quer dizer, pela carga de iniciativa que revestem. Quando o ato não influi nas condições de exercício das funções da empresa, não se trata aí de ato de gestão, mas antes de “execução” ou de “contrôle”, segundo o caso. A execução seria o conjunto de atos que apenas “realizam” o que, em potência, já se encontrava nos atos de gestão, sem aos mesmos acrescentar nada de essencial; o controle seria o conjunto de atos que condicionam a gestão, sem com ela consubstanciarem-se.¹⁹

Arrimado nessa distinção, procura o A. estreimar os limites da gestão em comum com os poderes públicos, opondo-a à execução e ao controle. No que concerne ao controle, informa Marioné existir, na Bélgica, no seio de certas empresas, delegados do Estado, denominados de “*commissaires du Gouvernement*” ou “*inspecteurs des finances*”, investidos antes de uma missão de controle do que de gestão, razão por que, da presença dos mesmos na empresa, não se pode inferir a conceituação desta como de economia mista. Necessária se faz a presença dos representantes da coletividade pública, exercendo específica função de gestão, em órgão hierarquicamente mais elevado, e de uma maneira efetiva, conquanto não onipresente, para que tal configuração se dê.

Quanto à participação do poder público no capital, esta seria, no máximo, “*la raison, non la caractéristique de l'économie mixte, lorsque c'est à cause d'elle que les pouvoirs publics sont représentés au Conseil d'administration*” (...) “*Ce serait, en tout cas, un erreur de penser, à l'instar de Terhalle, que la représentation administrative de la collectivité est toujours la conséquence d'une participation financière. Celle-là peut exister, en effet, indépendamment et même en l'absence de celle-ci*”.²⁰

17 *Ibidem*, pág. 11.

18 *Ibidem*, pág. 10.

19 *Ibidem*, pág. 11.

20 *Ibidem*, pág. 15; grifo nosso.

11 — A tese de Marioné falece razão, embora fira um ponto relevante para o tema aqui versado. Com efeito, não há negar que a intervenção do poder público, ao lado do particular, na gestão da empresa de economia mista, é elemento informativo indispensável a sua natureza jurídica. A empresa de economia mista deve pautar-se por critérios de economia de empresa e de economia financeira, porque a ambas estruturas econômicas pertence, objetivando tanto a rentabilidade quanto o interesse geral. Para tanto, faz-se mister que o sócio estatal empolgue, à meia, as rédeas da empresa, a fim de orientá-la no sentido do interesse público, sem preterição dos critérios de economicidade, próprios da empresa privada. Eis por que a simples operação de investimento de dinheiro público em uma empresa privada, em princípio, não desnaturaria, a sua natureza de direito privado, não fôsse seguida nas sociedades de economia mista, de uma intervenção do Estado na administração da empresa, que lhes dá novo sentido. Sob este ponto de vista, nada se poderia objetar ao conceito formulado pela jurista italiana, de que *“la società ad economia mista è una società in cui lo Stato (o altro ente pubblico) assume una partecipazione finanziaria al fine precipuo di collaborare alla gestione sociale.”*²¹

Concluir, não obstante, dêsse raciocínio, como lógico corolário, o caráter acessório, e até dispensável, da participação acionária do Estado, e o cunho essencial da gestão comum da empresa por ambos os sócios, já é exagerado. O caso extremo ventilado pelos dois juristas belgas citados, de empresas de economia mista, com capital exclusivamente privado mas de administração comum, não configura propriamente uma sociedade de economia mista. Trata-se de uma modalidade outra de intervenção estatal, afim, sem dúvida, às sociedades de economia mista, mas que com elas não se confunde, e a qual poderíamos denominar, à míngua de melhor termo, de *sociedade de gestão mista.*²²

12 — Importa concluir. Em suma, face o exposto, a colaboração das pessoas morais de direito público e dos particulares no capital social e na administração da empresa são elementos, ambos “essenciais”

21 G. Putzolu, ob. cit., pág. 17.

22 George A. Steiner, *A Função do Governo na Vida Econômica*, Rio, 1956, págs. 253 e segs. (trad. bras.), chama de “economia mista” a todas essas fórmulas modernas de influência do governo na economia de empresa. Precisando o que se deva entender por economia mista, apresenta um rol de quatorze principais categorias de ação estatal conjugada com ação privada na economia, incluindo entre as mesmas a sociedade de economia mista e a que denominamos sociedade de gestão mista.

Aliás, há corrente de juristas alemães que propugnam por um Direito da Economia (*Wirtschaftrecht*), de natureza público-privada, que justamente abrangeria os institutos jurídicos surgidos pelo advento da “economia dirigida” (V. Ruy de Souza, *O Direito das Empresas*, Belo Horizonte, 1959, págs. 171 e segs.).

à caracterização de uma sociedade como de economia mista, não havendo prioridade dêste ou daquele fator.

III

13 — Ao lado da participação dos particulares e entes públicos no capital e na gestão da empresa, costuma-se acrescentar um terceiro elemento, aliás já aflorado no capítulo anterior. Referimo-nos ao objeto e fim das sociedades de economia mista, que devem revestir “interêsse geral”, “interêsse coletivo” ou “interêsse público”.²³

Ora, *per se*, há de se convir que a expressão em aprêço é bastante vaga. Afinal de contas, desde que sejam lícitos o objeto e o fim a que se propõe a sociedade (Código Comercial, art. 287), e não ofendam a soberania, a ordem pública e os bons costumes, não há negar revistam tôdas as sociedades mercantis um “interêsse geral”.

A expressão, entretanto, desfruta de um sentido especial em direito administrativo, traduzindo, em termos genéricos e necessariamente imprecisos, os interêsses motivadores da ação do Estado. Opõe-se frequentemente a interêsse “particular” do cidadão; entendendo-se o interêsse público do Estado, não como interêsse pessoal dêste considerado como entidade em si mesma (em última análise, a personalidade do Estado como entidade de direito público é apenas uma ficção legal) mas como interêsse coletivo dos cidadãos, que o Estado define e exerce como representante legal dêsses mesmos cidadãos. Assim entendido, é que êsse interêsse público se contrapõe ao interêsse particular de “cada” indivíduo.²⁴

Advirta-se, ademais, que, na espécie, a expressão em tela tem uma significação mais restrita. Tôda atividade comercial, como se sabe, caracteriza-se pela mediação entre a produção e consumo econômicos, e pela especulação. “A mediação e a especulação — diz Waldemar Ferreira — (constituem) os dois elementos marcantes do ato de comércio, desde que coexistentes. A mediação, móvel principal do agente, no exercício de sua profissão mercantil, subordinada à lei econômica da circulação das riquezas, tem de praticar-se por especulação comercial — o evento de lucro, prêmio e estipêndio da atividade do comerciante.”²⁵ Ora, o interêsse geral, no caso, toma a significação de um princípio genérico e impreciso, não propriamente contraposto ao de lucro

23 Essas expressões são indistintamente empregadas para traduzir a mesma realidade, sendo a mais usada a “interêsse geral”, cujo conceito, para Waline, constitui ponto nuclear de direito administrativo (Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris, 1960, pág. 30).

24 São princípios comezinhos, ventilados por quaisquer compêndios de direito administrativo. No entanto, Rubens Gomes de Sousa, em artigo recente, fêz um resumo feliz da questão (*Revista de Direito Administrativo* — 74-4).

25 Cf. *Tratado de Direito Mercantil*, S. Paulo, 1960, pág. 207, vol. 2.º

(por que se pautaria tôda atividade mercantil), mas superior ao mesmo, limitando-o.²⁶

Assim, as sociedades de economia mista distinguir-se-iam das demais sociedades mercantis na medida em que, nelas, a ânimo lucrativo vir-se-ia coarctado pelo interêsse coletivo, num grau mais acentuado do que o é nas demais espécies societárias.

14 — Ora, é através dessa aliança de interêsse e escopos aparentemente díspares, que se tem dirigido as críticas mais vigorosas a êsse tipo social. Colimar uma tal aliança seria (alega-se) como procurar “conciliar o inconciliável”,²⁷ dada a inexequibilidade de associar o interêsse público, que se orienta pela máxima produtividade social, com o interêsse privado, que se norteia pela sempre maior rentabilidade. Essa *soi-disant* contradição nos interêsses de ambos os associados, que se refletiria no móvel da sociedade, resultaria na total ineficácia do tipo social em estudo. O Professor Bilac Pinto, que formulou, entre nós, o mais completo requisitório contra tais sociedades, deu especial ênfase a êsse ponto, dizendo:

“Na nossa opinião, entretanto, — e a experiência o demonstrou, — esta associação entre o Estado e os particulares, não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados, senão quando êles visem a um fim comum, ou pelo menos a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; êles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interêssse pessoal; êle quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permite, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interêsse geral, seja o dos consumidores ou dos utentes; êle se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis mais baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irredutível, no qual um dêles será inevitavelmente a vítima”.²⁸

Abstração feita dos juízos críticos, que dizem respeito antes ao publicista que ao jurista, será de boa razão analisarmos os vários pontos da passagem acima, onde se põe em xeque a validade jurídica do tipo social *sub examine*.

26 J. Rivero, ob. cit., págs. 8 e segs.

27 A expressão é de Ripert: “*L’organisation de l’économie mixte offre pourtant les plus grandes difficultés, car on tente de concilier l’inconciliable, l’intérêt public et les intérêts privés*” (ob. cit., pág. 588).

28 Cf. em “O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, 1953, pág. 5.

15 — Argúi-se que o Estado, na sua qualidade de acionista privilegiado (e não haveria sociedade de economia mista, fôra o Estado um acionista comum) rompe a igualdade de direito entre os sócios, que a *affectio societatis* supõe. *Il n'y a plus de collaboration possible quand l'un des associés, fut-il minoritaire, impose à l'autre ses décisions et ses moyens*".²⁹

A esta argüição, replica Fragalli³⁰ que a regra da igualdade da condição jurídica dos sócios funda-se no princípio da identidade da natureza das pessoas que compõem a sociedade. Logo, cessa e deve cessar de reger tôdas as vêzes que o particular entra em relações com pessoas de natureza distinta, cujos poderes comportam faculdades estranhas às das pessoas de direito privado. Trincado, pois, o princípio da igualdade entre todos os sócios, não se vulnera, por consequência, o contrato social, por suposta ausência de verdadeira *affectio societatis*, já que esta não está subordinada àquele princípio, e pode existir sem êle.

16 — Argúi-se, outrossim, que falta verdadeiro ânimo associativo às sociedades de economia mista porque nelas há duas fôrças e dois interesses fundamentalmente antagônicos.

Não procede a assertiva. Em primeiro lugar, falar de *affectio societatis* em seu sentido primitivo de identidade de interesse dos sócios, constitui, hoje, um anacronismo. Como acentua Garrigues,³¹ ao caracterizar o pacto de sociedade "pela comunidade de fim e não de interesse":

"el contrato de sociedad sigue siendo un contrato de lucha económica. (Un grupo de accionistas que impone su voluntad, sacrificando el interés de otro grupo, coincide sin embargo con éste en la comunidad objetiva del fin".

Em segundo lugar, não são necessariamente antagônicos o interesse coletivo e o ânimo lucrativo, por três razões a seguir expostas.

Primo, os conflitos entre as duas classes de acionistas jamais paralisaram a atividade das sociedades de economia mista; as partes sempre souberam conciliar, com maior ou menor dificuldade, seus divergentes pontos de vista, como sói acontecer, aliás, segundo Garrigues, em tôdas as espécies societárias. Se afugentam a subscrição por parte do público das ações das sociedades de economia mista, quando em formação, depois do lançamento da emprêsa e de suas primeiras operações, as duas partes sempre procuraram assegurar a prosperidade do negócio mercê concessões de recíprocas.³²

29 Jean-Denis Bredin, ob. cit., pág. 36.

30 Fragalli, ob. cit., págs. 143 e segs.

31 J. Garrigues, *Derecho Comercial*, t. I, pág. 174, cit. por H. Câmara, ob. cit., pág. 88.

32 V. Émile James, *Les Formes des Entreprises*, Paris, 1935, pág. 501.

Secundo, o capital privado, ao intervir numa entidade de economia mista, sabe de antemão que vai servir ao bem comum.³³

Tertio, o conceito de lucro vem sofrendo uma longa evolução, com a passagem da economia liberal clássica, pautada pelo princípio hedonístico, em que a economia é sinônima de fins individuais e egoístas, para a economia liberal contemporânea, norteada pelo princípio de mercado e pelo intervencionismo corretor, exprimindo o Estado suas próprias apostas, e corrigindo eventualmente as dos empresários, mediante um plano financeiro e fiscal flexível, com vistas ao bem coletivo.

Pietro Meschini, em magnífico trabalho, refere-se às perspectivas que se abrem atualmente a uma revisão crítica da noção de lucro:

“... se é correto entender por lucro, assim como o significado corrente do termo parece querer indicar, a potenciação de um cabedal de riqueza destinado à satisfação de determinados interesses e necessidades, cumpre admitir também que, na medida em que progride a intervenção na economia e em que uma parcela sempre mais ampla do fenômeno produtivo é subtraída ao regime das relações capitalistas, o lucro cessa de configurar-se como ganho monetário, assimilando-se antes à valorização dos recursos econômicos nacionais, ao incremento da produtividade e à redistribuição social da renda nacional real”.³⁴

Paralela revisão se vem dando no que diz respeito à finalidade especulativa dos atos comerciais.

A disciplina jurídica comercial tradicional se assentava na base de atos de intermediação, com o fim precípuo de obter maior rentabilidade. Proposta a reconstrução teórica do direito comercial na base da empresa e dos atos em massa, pronunciaram-se vários comercialistas contra a persistência da característica do fim de lucro para a atividade comercial.

“O objeto da empresa é o seu fim perseguido e obtido, como função social de produção. O lucro é consequência mediata, que nem em todos os casos se persegue, nem é móbil essencial da atividade econômica”.³⁵

17 — Da exposição ora feita, o que se pretende salientar é que o lucro, como *divisio acquarum* das atividades estatais e privadas, não tem valimento; e que as sociedades de economia mista são empresas comerciais como quaisquer outras, funcionando com tôdas as técnicas econômicas inerentes à atividade privada, não obstante objetivarem

33 H. Câmara, ob. cit., pág. 4.

34 P. Meschini, “Entes Públicos Econômicos na Itália”, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 63, 1961, págs. 355 a 383. (lanço transcrito da pág. 380).

35 Cf. Ruy de Souza, ob. cit., pág. 202.

interêsse público, — não havendo nenhuma congênita contradição nessa sua estrutura que as contra-indiquem.³⁶

IV

18 — Por derradeiro, conceituações há que dão ênfase à característica da *criação legal*. Criada e definida por lei como sociedade de economia mista, êste caráter seria a lei quem lhe conferiria, sem necessidade de mais condições específicas. Falecendo êste requisito, infirmar-se-ia entendimento que vislumbresse em sociedade que exhiba os traços distintivos até aqui examinados a natureza jurídica das sociedades de economia mista. É aliás a opinião quase unânime da doutrina pátria. Coligimos mais de uma dezena e meia de pareceres nesse sentido.³⁷

A despeito da autoridade dos pronunciamentos mencionados, não vemos como se possa erigir, no único elemento caracterizador das empresas em foco, a *creatio ex lege*. Acurado exame da matéria leva-nos a perfilhar distinta orientação, que a seguir expomos.

19 — Se atentarmos para os têrmos em que estão vazados os pareceres e estudos mencionados, que vêm como elemento informativo essencial de ditas sociedades o partir do poder público a iniciativa de sua criação, verificaremos que, em síntese, êles desenvolvem três ordens de raciocínio:

a) as sociedades de economia mista são órgãos criados pelo Estado para executar serviços públicos por forma indireta, e, como tais, supõe

36 A exequibilidade jurídica das sociedades de economia mista se comprova, a meu ver, no largo emprêgo dessa forma societária nos quatro cantos do Mundo. Em nosso País, o declínio das sociedades aludidas, proclamada por Bilac Pinto, em 1952 (ob. cit.) foi substituído por emprêgo muito mais intenso dêsse instituto. "Os fatos falaram melhor do que as palavras", disse T. Azeredo Santos (ob. cit., pág. 26).

37 Waldemar M. Ferreira, *A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, ed. 1946, pág. 133; Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 1952, vol. I, pág. 359; Haroldo Valadão, parecer em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, págs. 542 e segs.; Caio Tacito "Sociedades Comerciais e Fundações do Estado", *Revista Forense*, vol. 205, 1964; Oscar Saraiva, "Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado", em *Revista Forense*, vol. 100, págs. 234 e segs.; M. Seabra Fagundes, parecer em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, págs. 473 e segs.; Carlos Medeiros Silva, parecer em *Revista do Serviço Público*, 1953, págs. 114 e segs.; Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades Anônimas ou Companhias de Economia Mista*, 1946, págs. 7-8; Themístocles Calvalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, ed. 1960, vol. IV, págs. 336 e segs.; Theophilo de Azeredo Santos, ob. cit., pág. 45; Erymá Carneiro, *As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Nacional*, ed. do D.I.P., 1944, pág. 96; Alfredo de Almeida Paiva, "As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado", em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 60, págs. 1 e segs.; Alberto Americano, parecer em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 70, págs. 452 e segs.; Walter T. Alvares, "As Sociedades de Economia Mista", em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, págs. 20 e segs.; Rubens Gomes de Sousa, parecer em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, págs. 474 e segs.

necessariamente a iniciativa de autoridade pública, no tocante à sua criação;

b) as sociedades de economia mista são produtos típicos do fenómeno a que se dá o nome de “intervencionismo estatal”, e, como tais, por disposição expressa da Constituição federal, devem ser instituídas por lei específica;

c) as sociedades de economia mista implicam necessariamente numa deformação das estruturas tradicionais das sociedades mercantis, com derrogação do direito comum, e, como tais, dependem de lei especial, oriunda do Poder Público.

Ora, *data venia*, os raciocínios acima são de patente fragilidade. Procuraremos rebatê-los nas linhas subseqüentes.

20 — Diz Waldemar Ferreira, à certa altura de sua primorosa monografia, que “No Brasil, como em quase todos os países, a sociedade de economia mista é criação da lei. Não nasce nenhuma do simples acôrdo de vontades dos particulares e dos agentes do poder público, como a sociedade privada. É que a sociedade de economia mista há de ter por objeto o interêsse público, muitíssimo mais que o interêsse particular, colocado na dependência daquele, que é o predominante. Destina-se, em regra, à exploração de serviço público, pertencente à atividade do Estado”.³⁸

Chamo a atenção para o raciocínio supra, no qual nitidamente se vincula, numa relação de causa e efeito, a necessidade de serem as sociedades de economia mista criadas por lei especial, derogadora de direito comum, à exploração de serviço público a que, em regra, tais sociedades se destinam. Ora, nem tôdas as sociedades de economia mista executam serviços públicos, embora possam vir eventualmente a executá-los, pôsto que qualquer pessoa jurídica de direito privado, inclusive pessoa natural, pode obter, por lei ou contrato, concessão de serviço público. Concedemos até, *ad argumentandum tantum*, que a mor parte das sociedades de economia mista sejam executoras e concessionárias de serviços públicos. Mas o regime jurídico de serviço público não é de sua essência.

“L’entreprise d’économie mixte est parfois créée en vue d’assurer la gestion d’un service public; c’est notamment le cas lorsque l’entreprise privée dans laquelle la personne publique s’introduit était concessionnaire d’un service public; après sa transformation, elle conserve cette qualité; le procédé permet au concédant de contrôler du dedans la gestion (...). Mais, ces situations sont exceptionnelles; les plus souvent, l’activité de l’entreprise est purement privée; elle est alors un organe

de collaboration entre l'administration et les particuliers dans un secteur de l'économie touchant à l'intérêt général".³⁹

Isto pôsto, cabe-nos neste primeiro passo, como conclusão parcial e preliminar, registrar que, por não consubstanciar a execução de serviços públicos a causa eficiente das sociedades de economia mista (conquanto possam vir assumi-la, quando então se faria mister contrato ou lei nesse sentido), não é por êsse caminho que se inferirá a obrigatoriedade da iniciativa do Poder Público, na criação das mesmas. No entanto, o fato de freqüentemente executarem serviços públicos talvez explique a orientação doutrinária da exigência da criação legal para a conceituação da sociedade em estudo.

21 — Vejamos agora os dois outros raciocínios. Com fundamento no art. 146 da Carta Magna,⁴⁰ tem-se frisado a necessidade da criação legal das sociedades de economia mista, como fenômeno típico do intervencionismo estatal.

Ora, não se nega sejam tais sociedades instrumentos de intervenção do Estado na economia privada. "O Estado — assevera Themistocles Cavalcanti, comentando o artigo focado — às vêzes penetra no âmago da empresa privada, impõe-lhe a sua participação no capital e na administração, embora conservando a sua estrutura privada. É o caso das chamadas sociedades de economia mista. Estas não se integram na estrutura do Estado; conservando a sua forma privada, mas tem a lhe deformar o sentido privatístico a participação do Estado na formação do seu capital, e, portanto, na sua administração".⁴¹

E em outro local define a sociedade de economia mista como aquela "em que se verifica, sob uma estrutura de direito privado, a participação financeira de uma pessoa pública e dos particulares, *regendo-se por normas especiais*, etc."⁴²

Sinceramente, não vemos por que tal "deformação" do sentido privatístico da empresa, exija necessariamente que o Estado, para obtê-la, crie *sempre*, mediante lei ou contrato, uma situação especial para si, derogadora de disposições de direito comum, como querem levar a crer os partidários da criação legal. Certo poderá o Estado objetivar uma situação *sui generis* para a sociedade participada, quando então se fará necessária, é claro, em obediência ao artigo constitucional em tela, lei federal especial que altere, em favor de tal sociedade, disposições das leis federais sôbre o assunto, quer, p. ex., das leis das sociedades

³⁹ É a lição de Jean Rivero, emérito mestre da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, (Cf. ob. cit., pág. 458).

⁴⁰ *Ad litteram*, "A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição".

⁴¹ *A Constituição Federal Comentada*, 1949, vol. III, pág. 282.

⁴² *Tratado*, 1960, vol. IV, pág. 336.

por ações, quer doutras leis atinentes à atividade econômica em causa.⁴³ *Teremos aí preceitos legislativos federais particulares*, próprios, apenas, àquela determinada sociedade de economia mista”.⁴⁴ Mas daí a concluir que, para haver sociedade de economia mista, cumpre sempre instituí-la mercê *lex specialis*, derogadora de direito comum, há uma grande distância.

Fôra a especialidade da lei instituidora, e a derrogação dos preceitos de direito privado, elementos informativos essenciais das sociedades de economia mista, pois, só ensejando uma situação especial, é que se lograria conferir a tais emprêsas sua natureza peculiar, curial seria reconhecer-se, coerentemente que somente a União poderia dar origem a essas entidades, falecendo aos Estados-membros e aos Municípios o poder de instituí-las. Primeiro, porque, pelo precitado artigo 146 da Constituição, por lei especial, só a União é permitido o intervir no domínio econômico, sendo defeso aos Estados e aos Municípios fazê-lo. Segundo, porque cabe também à União, *exclusivamente*, legislar sobre direito comum, conforme preceitua o artigo 5.^o, inciso XV, letra *a*, da Lei Maior,⁴⁵ sendo vetado aos Estados-membros e aos Municípios o poder de derogá-lo e, nessas condições, de conjurar a situação excepcional, imprescindível, segundo aquêle raciocínio, à instituição das sociedades de economia mista.

Ora, ninguém se furta a reconhecer a existência de sociedades de economia mista, oriunda da iniciativa dos Estados da Federação e dos Municípios. Em São Paulo, por ex., temos a Viação Aérea São Paulo S/A (VASP), o Banco do Estado de São Paulo S/A (BANESPA), a Usinas Elétricas do Paranapanema S/A (USELPA), a Centrais Elétricas do Urubupungá S/A (CELUSA), a Companhia Hidrelétrica de São José do Rio Pardo (CHERP), e outras mais. No Município de São Paulo, temos a Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC)⁴⁶ etc. Tôdas, sociedades de economia mista, instituídas por iniciativa de um Estado-membro e de um Município, e, atente-se!, sem prévia licença da União.

43 Como exemplos de disposições derogadoras do direito comum, que às vezes aparecem em leis relativas a sociedades de economia da União, visando tutelar a posição do acionista público, podemos citar: as disposições que estatuem a demissibilidade *ad nutum* dos administradores; as que limitam a livre transferência dos títulos acionários, com o duplo escopo de conservar o acionista estatal com uma percentagem determinada do capital e de evitar o ingresso na sociedade de especuladores indesejáveis; as que impõem a forma nominativa ou que dispõem sobre a inalienabilidade das ações pertencentes aos agentes do Estado; as disposições que instituem o voto plural para as ações pertencentes aos entes morais de direito público, etc. etc.

44 Haroldo Valadão, *ob. cit.*, pág. 543.

45 *Verbis*: “Compete à União ... legislar sobre: *a*) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho.”

46 Sobre sua classificação como entidade autárquica e como serviço público concedido, vejam Waldemar Ferreira, parecer em *Revista dos Tribunais*, vol. 260, pág. 113.

Faz-se mister, pois, estudo mais de fito do comando constitucional em causa, a fim de especular sôbre as implicações de sentido que o mesmo comporta.

22 — Examinando o preceito constitucional em alusão, os comentadores frisam, com energia, a competência privativa do poder federal para intervir no domínio econômico. O Professor Pinto Antunes assevera, a propósito, que “é inconstitucional a atividade do poder municipal, como o é igualmente a do poder do Estado-membro, quando procura adotar ou realizar uma política “econômica intervencionista, através da respectiva atividade legislativa. O intervencionismo econômico, a correção das desigualdades econômicas, pela realização de uma ordem “conforme os princípios de justiça social” é da competência exclusiva da União, isto é, do poder federal, na forma expressa e isenta de qualquer dúvida do artigo 146 da Constituição brasileira”.⁴⁷

O Professor Oscar Barreto Filho é do mesmo sentir:

“Em nosso sistema constitucional, cabe *sòmente* à União intervir no domínio econômico, *sempre* mediante lei especial”.⁴⁸

Também a opinião de Pontes de Miranda:

“A exigência da lei especial é exigência que se refere à elaboração, o Estado não pode intervir se o não faz em lei especial. A regra jurídica de intervenção ou de monopolização que não seja em lei especial (esteja inserta noutra lei) é contrária à Constituição, e, pois, nula”.⁴⁹

Ad instar, Carlos Medeiros Silva aduz:

“A afirmação de que *sòmente* a União tem competência legislativa, visando a intervenção no domínio econômico, me parece fora de dúvida razoável. Ela decorre de sistema constitucional vigente e da própria natureza da intervenção, cujos limites são os direitos fundamentais que se confundem com os direitos e garantias individuais”.⁵⁰

Data venia, só em parte conspiramos nesse entendimento. Que intervenção econômica que requeira lei especial, modificadora de direitos e interesses disciplinados pelo direito substantivo, só a União possa

47 Parecer em *Revista Forense*, vol. 173, 1957, pág. 103.

48 “Limites Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia Privada”, em *Revista dos Tribunais*, vol. 291, 1960, pág. 13.

49 Parecer em *Revista Forense*, vol. 206, 1964, pág. 38.

50 Parecer em *Revista Forense*, vol. 203, 1963, pág. 51. Sôbre a intervenção no domínio econômico pelos poderes do Estado, consulte-se ainda: “A Ordem Econômica nas Constituições”, artigo de Themístocles Cavalcanti, inserto na *Revista Forense*, vol. 122, 1949, pág. 339 e segs.; Waldemar Ferreira, “O Conteúdo Econômico da Constituição Brasileira de 1946”, em *Revista Forense*, vol. 122, 1949, págs. 15 e segs.; Armando Vidal, “A Ordem Econômica e a Reforma Constitucional”, *Revista Forense*, vol. 104, págs. 11 e segs.; os estudos de Seabra Fagundes, Dario de Magalhães, Hermes Lima e Octávio Gouveia de Bulhões, inseridos no livro *Alguns Problemas Brasileiros*, vol. I, 1955; Washington Peluso Albino de Souza, *Do Econômico nas Constituições Vigentes*, 1961, págs. 155 e segs.

empreendê-la, *ex vi* do artigo constitucional em exame, ninguém o nega. Nega-se, sim, que todo intervencionismo vise restrições às atividades privadas e envolva derrogações do direito comum. E neste ponto repousa o ponto da discórdia. “Não se compreende possa o Estado-membro intervir sem invadir a esfera do direito privado (civil ou comercial) ou do penal, processual ou trabalhista”, diz o citado Carlos Medeiros Silva.⁵¹

Ora, essa afirmação é contestável. Como se sabe, aos Estados-membros se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Lei Maior.⁵² E dentro desses limites constitucionais, fica assegurada aos Estados uma grande área, em que se desenvolve livremente o seu poder constituinte, sendo de sua competência a organização do seu governo e da sua administração,⁵³ bem como o prover as necessidades dos mesmos,⁵⁴ competindo-lhe, outrossim, legislar sobre várias matérias, em caráter complementar e supletivo, inclusive sobre produção e consumo da sua economia regional.⁵⁵ Dentro desse quadro, espraia-se o campo possível da ação intervencionista dos Estados-membros, somente coarctada quando colidente com preceitos da Carta Federal.

Nesses termos, reputamos perfeitamente realizável uma intervenção na economia regional por parte dos Estados e dos Municípios, desde que praticada no âmbito de suas competências respectivas, e não colida com a competência do Governo federal.⁵⁶ Assim, a criação de sociedades de economia mista por iniciativa dos Estados-membros e dos Municípios, sem alteração de qualquer preceito da legislação federal, seria perfeitamente exequível. Aliás, o próprio Carlos Medeiros Silva, a certa altura do seu estudo, o admite, nos termos em que colocamos a questão, ao obterperar:

“A possibilidade de os Estados criarem autarquias e sociedades de economia mista, ou mesmo órgãos de administração centralizada, com objetivos intervencionistas, como já tem acontecido, há de exercer-se com estrita observância da legislação federal pertinente à matéria. Não poderá dispor, o texto estadual, sobre o exercício de interesses juridicamente protegidos, ou do direito objetivo cuja elaboração constitui monopólio da União, nos termos do art. 5.º, n.º XV, letra a”.⁵⁷

51 Ob. cit., pág. 52.

52 Constituição federal, art. 18, § 1.º.

53 *Ibidem*, art. 18, *caput*.

54 *Ibidem*, art. 18, § 2.º.

55 *Ibidem*, art. 6.º, conjugado com o art. 5.º, XV, c.

56 Assim, fica perfeitamente afastada a hipótese bizarra, temida por Pinto Antunes (loc. cit., pág. 103), de “um Estado-membro socialista, pela monopolização estatal de todas as atividades econômicas, ao lado de um Estado-membro liberal ou neoliberal, onde as atividades econômicas restassem na esfera das iniciativas privadas”.

57 Loc. cit., pág. 53.

23 — Voltemos às sociedades de economia mista, instituídas por iniciativa dos poderes estaduais e municipais, que atrás elencamos. Compulsando os vários diplomas orgânicos, autorizadores da instituição ou do financiamento das entidades em tela, oriundos da iniciativa dos Estados e dos Municípios, vemos logo que os mesmos não alteram disposições legislativas federais gerais, embora eventualmente possam aqui e acolá derrogar normas estaduais ou municipais (máximo de ordem fiscal), favorecendo as sociedades instituídas.

24 — De resto, não só não aquiesce aos fatos, mas muito menos à história, o vedar aos Estados da Federação ou aos Municípios a faculdade de dar nascimento a sociedades de economia mista. Tais sociedades surgiram e se desenvolveram, no albor do século vinte, na Alemanha, justamente através da iniciativa dos poderes municipais.⁵⁸

25 — Detenhamo-nos por aqui. Em síntese, podemos dizer que a criação por lei especial não é o característico excludente do conceito jurídico de sociedade de economia mista, pois tais sociedades podem existir — e existem — à margem de qualquer diploma legal. Embora, via de regra, tais leis instituidoras existam, nos planos federal, estadual e municipal, constituindo um, entre outros elementos informativos (e no mesmo nível formal) do conceito jurídico do tipo societário em estudo.

V

26 — Nesta altura, uma vez apontadas as insuficiências das teses trazidas à colação, talvez se aguarde, como é vêzo nessas ocasiões, que apresentemos a “nossa” formulação doutrinária da questão, isenta das críticas que atrás se expendeu. Não é o que ocorre, neste caso. A solução que aventamos revela mais adequação aos fatos que originalidade de doutrina.

Como se observou, os conceitos de s. e. m., emitidos pelos vários juristas, longe de ganharem maior nitidez, à luz de uma análise serena, tornaram-se mais imprecisos. Mas é justamente nessa imprecisão conceitual que vislumbramos a solução para o tema proposto. Realmente, com ser extremamente hábil, e desprovida de regulamentação legal específica, a figura jurídica em tela não tem, nem poderá ter, um perfil perfeitamente delineado. O *quid*, a que corresponderia o seu ser essencial, debalde procurado pelos vários estudiosos supramencionados, na verdade inexistente. Dizer-se, pois, que uma empresa é de eco-

58 “*Ce sont les corporations publiques inférieures, c'est-à-dire les communes, qui les premières ont eu recours à l'utilisation des sociétés commerciales pour l'exploitation des services publics*” (Cf. H. Zwahlen, ob. cit., pág. 45). Também Albert Chéron, citando Passow, informa que, na Alemanha, não só as sociedades de economia mista principiaram a ser utilizadas pelas comunas, como também as pessoas de direito público maiores permaneciam numa atitude de suspicácia para com essa forma de sociedade, a ponto de, em 1906, o governo prussiano recusar-se a participar do capital de duas grandes empresas, a “R.W.E.” e a “Elektrizitätswerke”, de Hagen (V. *De l'Actionnariat des Collectivités Publiques*, 1928, pág. 139).

nomia mista, não é afirmar que ela frui de uma natureza jurídica especial, já que essas sociedades, na realidade, não possuem uma “natureza” jurídica específica, constituindo tão-somente uma *variante* das sociedades mercantis já existentes. Uma empresa é de economia mista quando, constituída como sociedade mercantil nas formas previstas pela lei, está ainda sujeita a um *plus*, a um determinado “estatuto”, composto por uma série de dispositivos legais que, se se não referem específica e estritamente a tais sociedades, estabelecem as consequências jurídicas dessa conceituação,⁵⁹ cujo objetivo comum é lograr um controle mais acentuado das sociedades, com os característicos apontados, por parte do sócio estatal.⁶⁰

Para não fazermos referência a todos os diplomas legais que consubstanciam o estatuto legal das sociedades de economia mista em nosso País, recordemos, entre outros, o artigo 141, § 38, da Constituição federal de 1946, que dispõe sobre a chamada “ação popular”, pela qual qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio das sociedades de economia mista; o Decreto-Lei n.º 6.464, de 2 de maio de 1944 (artigo 1.º), em que se permite às sociedades, cuja maioria das ações ordinárias pertença a pessoas jurídicas de direito público, a emissão de ações preferenciais em qualquer quantidade; o Decreto n.º 50.068, de 8 de fevereiro de 1961, que dispõe sobre os depósitos bancários obrigatórios dos institutos de previdência e de outras autarquias federais, bem como de sociedades de economia mista com preponderância do capital do Governo, no Banco do Brasil S/A; o Decreto n.º 54.018, de 14 de julho de 1964, que reorganiza o Conselho Nacional de Política Salarial, estabelecendo normas sobre a política salarial dos empregados de sociedades de economia mista, de que a União ou qualquer de suas autarquias detenha a maioria do capital social, etc., etc.

27 — Segundo uma distinção feita por M. Vedel, citada por Waline,⁶¹ no seu tratado de direito administrativo, há, no direito, “noções funcionais” e “noções conceituais”, constituindo as primeiras (ao contrário das segundas, perfeitamente extremadas), noções ducteis, de que a lei e a jurisprudência se servem para atingir determinados resultados, mas que não correspondem a conceitos definidos.

Ora, a nosso ver, a noção de sociedade de economia mista é justamente uma dessas tais noções funcionais. Nessas condições, podemos apenas formular uma “descrição” das s. e. m., onde se apontará as

59 Usamos aqui a expressão “estatuto” em sentido lato: “*l'ensemble des règles applicables à la création aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement d'une institution, quelle que soit leur origine*”. (ob. cit., pág. 13, de A. G. Dellon).

60 V. G. Putzolu, ob. cit., págs. 63 e segs.

61 Na discussão em torno do conceito de serviço público, em seu *Droit Administratif*, Paris, 1959, pág. 42.

notas do instituto focalizado, e a sua função específica, sem, contudo, subsumi-los num conceito sintético.⁶²

28 — Articulando-se as características adrede julgadas válidas para a noção em exame, livre das falácias censuradas, podemos “definir” as sociedades de economia mista como

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

Definitio longa, vita brevis. Mas a ampla e elástica definição acima cumpre, a nosso juízo, sua finalidade. Permite alinhemos, sob o mesmo conceito, uma rica gama de empresas semipúblicas, oriundas das causas as mais diversas,⁶³ de sorte a atingir o resultado colimado pela lei e pela jurisprudência no uso do conceito “funcional” em estudo: o de obter um controle⁶⁴ mais rigoroso das empresas com as notas apontadas, a fim de lograr uma maior vigilância da aplicação do dinheiro público, e garantir que a sociedade participada não se desvie do interesse geral, objetivado pela intervenção do Estado, ou de seus agentes.

29 — O estudo que até aqui empreendemos nasceu de uma hipótese real, servindo, portanto, melhor do que qualquer fórmula teórica, para testar a viabilidade da nossa conceituação. Com a devida vênia, e à guisa de conclusão, passamos a relatá-lo.

Consultou-nos a Companhia C*** se deveria ou não reputar-se como sociedade de economia mista, para aplicação das normas legais pertinentes, considerando-se os fatos a seguir articulados.

62 Se bem que inferior à definição (uma *minus accurata definitio*, como se diz na *Lógica* de Port-Royal), a descrição é um modo de conhecimento legítimo.

63 Segundo uma classificação de Rivero, há uma sociedade de economia mista de *crise*, como, p. ex., ocorreu em França, entre 1931 e 1934, quando o Estado se utilizou dessa figura para salvar empresas privadas em dificuldades. Há uma economia mista de *nacionalização*, como se observou em França entre 1936 e 1937, quando o Estado adquiriu a maioria do capital social de determinadas empresas privadas, movido por objetivo ideológico. Há uma economia mista *circunstancial*, por participações estatais em virtude de confiscações conseqüentes da guerra e da liberação; há uma economia mista de *desenvolvimento*, para garantir e facilitar a fruição de importantes fontes de energia e de outras riquezas nacionais que a iniciativa privada não estava em condições de empreender sozinha; etc.

64 Para Francesco Vito, por três razões se impõe o controle das empresas públicas e semipúblicas: 1) para assegurar o cumprimento da finalidade para a qual a empresa se constituiu; 2) para que a liberdade de ação das mesmas não vá em detrimento do interesse geral; e 3) para que as mesmas não atinjam direitos individuais garantidos, se a empresa funciona em situação de monopólio, e esteja fora da lei do mercado.

Essa sociedade foi constituída sob a forma de sociedade anônima, em 1953, por exclusiva iniciativa de particulares, tendo por objeto a fabricação e transformação de ferro, ferro-gusa, aço e seus derivados. Em 1956, a fim de atender aos interesses de São Paulo no desenvolvimento do empreendimento, o Governô do Estado passou a participar como acionista minoritário. Posteriormente, passou o Governô da União a emprestar todo o seu apoio ao empreendimento, através do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, tornando-se êste seu acionista majoritário, com 58% do capital social.

A tomada das ações por parte do BNDE obedeceu ao critério de cooperação financeira estabelecido pela Resolução do Conselho de Administração do Banco n.º 26/56, em empreendimentos que interessam ao desenvolvimento econômico do País, mercê uma nova modalidade de garantia, vale dizer a subscrição por parte daquela autarquia das ações durante a execução do projeto e até que o empreendimento entre em produção, para recolocá-las no mercado de títulos, quando a oportunidade se apresentar.⁶⁵

Em Assembléia-Geral Extraordinária, realizada em 1961, convocada para tomar conhecimento de proposta de aumento de capital social, ficou assinalado, na exposição de Diretoria, que, *verbis*:

“o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, em nome próprio e como agente do Tesouro Nacional, tenciona assumir a posição de detentor da maioria absoluta do capital votante da sociedade. O predomínio de capitais públicos deve ser considerado contingência temporária, destinada a ser removida tão logo a afluência de capitais particulares o permita”.

Outrossim, em obediência aos itens *a* e *b*, números IV e VII, da aludida Resolução 25/56 do BNDE, os estatutos da Companhia em apêço vieram estabelecer que caberia aos acionistas titulares de ações preferenciais (no caso, BNDE e Tesouro Nacional) a eleição do Diretor Financeiro (Estatutos, art. 14, § 3.º) bem como a obrigação de membros indicados pelo BNDE e pelo Estado de São Paulo integrarem a Diretoria e o Conselho Fiscal (Estatutos, arts. 14, § 1.º e 32, § 1.º).

30 — Considerados êsses fatos, vemos que a consulente preenche todos os requisitos formulados em nosso conceito, para ser reputada como sociedade de economia mista: estrutura de direito privado; participação mista de dinheiro público e fundos privados no capital social; administração comum; interesse geral. Esbarramos, todavia, em duas dificuldades: o fato de a sociedade não ter sido inicialmente instituída por iniciativa dos poderes públicos, mediante lei especial; e por a participação acionária do Estado ser provisória, sem vinculação permanente à companhia.

⁶⁵ *Legislação do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico*, Rio, 1960, edição própria, págs. 145 e segs.

Quanto à primeira objeção, acreditamos ter respondido *ad societatem* no capítulo IV do presente ensaio. No que concerne ao caráter eventual da participação acionária do órgão autárquico no capital da empresa, que impossibilitaria a caracterização da mesma como de economia mista, dada a total contingência a que se submeteria o *status* em foco, não é mais uma objeção de tomo, desde que assente a inexistência de específica e permanente natureza jurídica de sociedade de economia mista.

De resto, a permanecermos na conceituação formalística da criação por lei, frustrar-se-ia, para o caso em exame, assim como para um sem-número de casos semelhantes, êsse instrumento dúctil e eficiente, para o contrôlo, pelo Estado, e pelo povo, através da Justiça, da moralidade administrativa, como o é o conceito de s. e. m., ficando o dinheiro público nela investido afastado da vigilância do Estado e dos cidadãos, podendo inclusive vir a servir aos exclusivos interesses dos sócios particulares, em detrimento do interesse geral, precipuamente visado pela participação estatal. (Subsistiria, é verdade, nas sociedades com participação estatal majoritária, um “contrôlo interno”, mas sobremodo inoperante, por oblíquo).

A inconsistência dessa tese revela-se, pois, nas conseqüências indesejáveis que sua aceitação determinaria.

31 — De tudo o que foi exposto, a conclusão final é esta: a “função” da noção de sociedade de economia mista só é plenamente preenchida quando insuscetível de confinamentos conceituais, que a esvaziariam dos seus significados mais fecundos. A plasticidade de estrutura do instituto em aprêço repele um enquadramento rígido, pena de se tornar inútil ou até nocivo. É o que, em suma, se procurou demonstrar nestas achegas para o estudo de um tema tão debatido, e não obstante encarado com tão pouca objetividade.