

Considerações sobre lei autorizativa e aspectos societários na Lei nº 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Roberto Grau

Gustavo Madureira Fonseca

*Advogado da Agência de Fomento no Rio de Janeiro
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento
pela Universidade Cândido Mendes*

Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos

*Advogada da Agência de Fomento
no Rio de Janeiro*

RESUMO

O presente trabalho pretende desenvolver um estudo essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre os aspectos gerais da Lei 13.303/16, utilizando como referencial teórico a doutrina de Eros Roberto Grau. Inicialmente, abordaram-se noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas relacionados à lei autorizativa e aos aspectos societários.

Palavras-chave: Lei 13.303/16. Lei de Responsabilidade das Estatais. Eros Grau. Intervenção do Estado na Economia.

SUMMARY

This study aims to develop an essentially theoretical study, but with strong burden of applicability about the general aspects of Law 13.303/16, using as a theoretical reference of Eros Roberto Grau's doctrine. Initially, it approaches preliminary notions about economic order and your conformers aspects, to provide minimal substrate to understanding of the authorizing law and corporate aspects.

Keywords: Law 13.303/16. The state-owned company's law. Eros Grau. State intervention in the economy.

Introdução

Passados quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 173, §1º da vigente Constituição e determinou a edição de lei que estabelecesse 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, foi publicada, em 1º de julho de 2016, a Lei nº 13.303/16.

A importância das estatais brasileiras pode ser evidenciada em números. De acordo com o Boletim das Empresas Estatais Federais, publicado em setembro de 2017, pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, apenas no plano federal, existem atualmente 150 empresas estatais inseridas nos mais diversos setores que são responsáveis pela geração de 516.357 empregos diretos e que possuem, conjuntamente, Programas de Dispêndios Globais (PDG) aprovados na ordem de R\$ 1,27 bilhão.

Considerando o contexto descrito, constata-se que a pesquisa destinada à melhor compreensão do arcabouço jurídico próprio das empresas estatais é relevante, sobretudo quando se considera todo o conjunto de discussões sociais, econômicas e jurídicas que, atualmente, circundam e permeiam o tema. De modo específico, o estudo contribui ao realizar a leitura crítica do novo diploma legislativo, com os olhos de obras clássicas, de modo a auxiliar o intérprete na aplicação do Direito, até que se forme e amadureça a doutrina específica sobre a Lei nº 13.303/16.

Em quase uma centena de artigos, a novel legislação se propõe a regular de forma ampla as relações jurídicas destas sociedades, tanto em seu âmbito interno como em suas interações com Estado, sociedade, clientes e fornecedores. Tratou, ainda, de aspectos conceituais, dispondo, por exemplo, sobre as definições de empresa pública e sociedade de economia mista, que, naturalmente, suplantam e atualizam as concebidas pelo longínquo Decreto-Lei nº 200/67.

Entretanto, apesar de trazer em seu bojo explicitações de conceitos, a Lei nº 13.303/16 foi aquém do necessário, deixando de abordar definições fundamentais à aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas. À guisa de exemplo, destaca-se que não se definiu “relevante interesse coletivo” e imperativo de segurança nacional”, adiando-se, mais uma vez, o cumprimento do comando inserto no art. 170 do tex-

to Constitucional. Passou-se ao largo, ainda, da conceituação de “atividade econômica” e “serviço público”, o que, há décadas, é reclamado pela doutrina.¹

Em face da manutenção do cenário de ausência de conceitos legais, permanecerá com os estudiosos do tema a missão de orientar o intérprete na aplicação do Direito. Neste ensejo, busca-se na doutrina de Eros Graus os fundamentos para aplicação do Direito às estatais, principalmente no que toca à lei autorizativa e aos aspectos societários. A escolha do autor justifica-se por seu relevo nos estudos relacionados à ordem econômica na doutrina pátria e por sua atuação profissional e acadêmica.²

A pesquisa será realizada de forma teórica e hipotético-dedutiva, utilizando dados coletados de fontes exclusivamente bibliográficas, compostas de livros de autoria de Eros Roberto Grau.

Utilizar-se-á como fonte bibliográfica principal o livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, uma vez que, ao longo desta, o autor compendia entendimentos dispostos em obras anteriores, inclusive aquelas escritas em perío-

¹ Esta reivindicação já constava em Grau (1981, p. 97): “há casos, evidentemente, em que resulta suficientemente nítida a caracterização de uma atividade como de *iniciativa econômica*; ou, em contrapartida, como de *serviço público*. Face a hipóteses outras, todavia, tal demarcação será tormentosa e frágil, o que está a exigir a explicitação, através de lei ordinária, de critérios que efetivamente viabilizem a fluente operacionalização do preceito constitucional. A juridicização do critério em pauta - ou de outro que porventura mais fidedignamente instrumente a distinção perseguida - assim, há de se fazer completa apenas no momento em que tal explicitação seja incorporada à legislação infraconstitucional, atenção conferida, todavia, ao fato de que circunstâncias histórico-políticas podem, de um momento para o outro, conjunturalmente, exigir a sua pronta e imediata compatibilização ao dinamismo da realidade social”.

² É Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, tendo exercido a Livre-Docência e magistério como Professor Titular na mesma instituição. Lecionou na graduação e pós-graduação em diversas instituições no Brasil e no exterior. Exerceu advocacia até ser nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Desempenhou a função de árbitro junto à CCI – Cour Internationale d’Arbitrage e em tribunais *ad hoc*, nacionais e internacionais. É autor de inúmeros artigos e pareceres publicados em revistas, expositor em diversos congressos e conferências. Escreveu mais de 12 livros jurídicos publicados no Brasil e mais de cinco no exterior. Exerceu cargos de relevância em renomadas instituições de ensino, com destaque para Universidade de São Paulo, Comitê de Direito e Conselho Técnico-Científico da CAPES e CNPq na área de Direito. Recebeu os títulos de Docteur Honoris Causa por três universidades no exterior e por duas no Brasil.

dos precedentes à atual Constituição. É o que ocorre, em muitos casos, com as obras *Planejamento econômico e regra jurídica* e *Elementos de Direito Econômico*, que, apesar de estarem inseridas nas referências bibliográficas, não serão literalmente citadas. Também se farão menções recorrentes à obra *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, na qual o autor, após sua vivência de seis anos como ministro do Supremo Tribunal Federal, revê diversas posições manifestadas no clássico *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Excluiu-se do âmbito de incidência da pesquisa, por falta de aderência, as obras *Licitação e contrato administrativo* e *Sobre a prestação jurisdicional – Direito Penal*, ambas editadas pela Malheiros Editores, São Paulo, em 1995 e 2010, respectivamente.

Inicialmente, o trabalho abordará noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, sobretudo os relacionados ao dirigismo constitucional e inconstitucionalidade institucional, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas relacionados à lei autorizativa e aos aspectos societários.

Após o necessário estudo de base, será testada a hipótese da existência de oposição constitucional à proliferação de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Em seguida, serão abordadas as especificidades da lei de criação que fazem com que esta seja classificada como lei-medida e as consequências daí advindas, as balizas relacionadas à participação no capital de sociedades privadas, a possibilidade de sociedade de economia mista de segundo grau, a competência legislativa para definição de “relevante interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional”, bem como os fatores essenciais à caracterização de uma sociedade de economia mista, com enfoque na assimetria das relações sociais.

1 Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares

De acordo com Eros Grau, o estudo da ordem econômica pelo jurista deve ser empreendido por perspectiva não exclusivamente dogmática, mas também funcional e crítica (GRAU, 2012, p. 1). Deve-se ter em mente, ainda, que os conceitos jurídicos não se prestam a definir essências, mas para viabilizar a aplicação de normas jurídicas. A finalidade dos conceitos jurídicos não é o conhecimento ou descrição de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação de determinada norma jurídica ou de determinado conjunto de normas jurídicas a uma coisa, estado ou situação (GRAU, 2016, p. 155-156).

Partindo-se dessas premissas, o autor, na introdução de sua mais recente obra – *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)* –, resume os principais contornos que o Estado moderno assume em sua atuação no campo econômico (GRAU, 2016, p. 15-18, grifos do autor):

O Estado moderno surgindo com a vocação de atuar no campo econômico, o passar do tempo enseja alterações apenas no seu modo de atuar. Nas palavras de Habermas [1973:77-79], ele *constitui e preserva, complementa, substitui e compensa* o modo de produção capitalista. Desde a garantia das instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar até a *compensação* das disfunções do processo de acumulação (direito ambiental e direito do consumidor, legitimação, por exemplo).

Pois o Estado lança mão do direito moderno para *preservar* os mercados. Daí que o direito moderno é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir.

[...]

A intervenção do Estado na vida econômica é um *reductor de riscos* tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos - como observa Avelãs Nunes [1972:125] -, com um *princípio de segurança*. Não poderá ser entendida como *limitação* ou *desvio* imposto aos objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas como redução de riscos e garantia de maior segurança na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

[...]

Esse direito, posto pelo Estado moderno, existe fundamentalmente para *permitir afluência da circulação mercantil*, para tentar “*domesticar*” os *determinismos econômicos*. E essa pretensão - de dominar a realidade - expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) *necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la!*

O direito moderno é racional porque permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados. Cotidianamente trocamos nossa *insegurança* por submissão ao *poder*. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode consistem na *segurança do/no mercado*.

Em complemento ao trecho transcrito, convém acrescentar a síntese por nós elaborada em trabalho anterior (FONSECA; VASCONCELLOS, 2016, p. 39), que aborda a evolução e outros papéis protagonizados pelo Estado moderno na ordem econômica vigente:

A presença de normas reguladoras da ordem econômica em nossas Constituições reflete superação do papel do Direito exclusivamente como instrumento de harmonização de conflitos e de legitimação do poder, passando este a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2012, p. 15). Durante a vigência do paradigma anterior, não era bem vinda a interferência do Estado na “ordem natural” da economia, embora lhe coubesse a defesa da propriedade. No entanto, essa concepção carrega consigo a pressuposição de que Estado e sociedade existem separadamente, o que não é correto (GRAU, 2012, p. 18).

Evidenciadas as imperfeições do liberalismo na passagem do século XIX para o século XX pelo surgimento dos monopólios privados, do advento de crises econômicas cíclicas e do exacerbamento das disputas entre trabalhadores e detentores dos meios de produção, aliado ao fracasso do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade, em face da realidade do poderio econômico (GRAU, 2012, p. 21), o Estado passou a assumir papel ativo na economia (GRAU, 2012, p. 25). Argumenta-se que ao deixar-se a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. E, por mais paradoxal que pareça – dizia Karl Polany – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista (GRAU, 2012, p. 29).

No contexto narrado, em que o Direito deixa de possuir única e exclusivamente a finalidade de produção de ordem e segurança e passa a ser dinamizado como instrumento de governo, as normas-objetivos assumem relevância crescente. Enquanto instrumento de governo, então, o direito é operacionalizado em vista da implementação de políticas públicas referidas a fins múltiplos e específicos, pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada em textos normativos que consubstanciam normas-objetivos e passam a determinar os processos de interpretação do direito (GRAU, 2016, p. 87).

São justamente essas normas-objetivos relacionadas à ordem econômica que evidenciam o dirigismo constitucional brasileiro,

como se observa, exemplificativamente, nos artigos 1º, 3º, 7º a 9º, 201, 202, 218 e 219. Como se nota, as normas-objetivos não se não se amoldam aos casulos conceituais das normas de conduta e das normas de organização; sua função é fornecer um critério indicativo dos fins a que se voltam as normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia (GRAU, 2016, p. 87):

Decorre, portanto, que qualquer iniciativa, para ter legitimidade do ponto de vista constitucional, deve estar alinhada a esses objetivos, de modo a concretizá-los. Destarte, vigora entre nós um sistema no qual há um programa de Estado que vincula todo programa de governo e todo governante, restringindo a atuação estatal, executiva ou legislativa, às orientações previamente determinadas pela Carta Magna em cada momento histórico. É o que se conclui do seguinte trecho (GRAU, 2016, p. 91):

Dizendo-o de outro modo: o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica [Bercovici 1999:35]. A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em determinado momento histórico; e - repito sem cessar -, como ela é um dinamismo, e contemporânea à realidade. Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.

Portanto, a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, imperativamente, deve estar voltada à concretização dos preceitos da ordem constitucional econômica.

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa.

Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser, ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição (GRAU, 2012, p. 46).

Essa concepção não passou despercebida na Lei 13.303/16, tendo em vista que restou expressa a necessidade de se indicar de forma clara o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional perseguido pela estatal (art. 2, §1º), consignando que o atendimento a esses fins é indispensável ao cumprimento de sua função social (art. 27, *caput*). Mais que isso, exigiu que a alta administração elabore carta anual com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela sociedade, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para sua criação, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos (art. 8º, I).

2 Considerações sobre a lei autorizativa

Uma vez realizado este indispensável estudo de base, faz-se possível aprofundar-se no cerne do estudo, já iniciando pelos caracteres que a lei autorizativa da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista deve assim possuir. Sobre o tema, determinam os preceitos contidos nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição, reproduzidos na Lei 13.303/16 (arts. 3º e 4), que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista está condicionada à edição de lei autorizativa:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

[...]

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

À primeira vista, tais disposições aparentam estar alinhadas com o movimento de desregulamentação da economia, visto que, ao se subordinar a atuação direta do Estado no domínio econômico à autorização legislativa, estar-se-ia desestimulando intervenções dessa natureza na seara econômica (GRAU, 2012, p. 277). Essa vertente de argumentação seria reforçada pelo fato de a Constituição sujeitar a criação de sociedades estatais prestadoras de serviços públicos apenas à autorização legislativa (art. 37, XIX), ao passo que a exploração de atividade econômica em sentido estrito sujeitar-se-ia não apenas a esta, mas também à configuração de uma das hipóteses enunciadas pelo art. 173 (relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional), denotando-se certa oposição constitucional à proliferação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito³ (GRAU, 2012, p. 281).

Entretanto, Grau (2012, p. 284) contrapõe essa linha de raciocínio, destacando que:

O preceito do art. 173 é, como estamos a ver, menos incisivo do que aqueles que a ele correspondiam nas Constituições anteriores. Desapareceu a distinção entre intervenção por absorção e intervenção por participação; a lei federal não é mais tomada, expressamente, como requisito do monopólio; pode o Estado, no exercício da competência legislativa que lhe é atribuída pelo art. 24, I, definir relevante interesse coletivo, para os fins do art. 173; o conteúdo desta última noção é conformado pelos princípios que afetam a ordem econômica. Tudo isso, naturalmente, importa em que se relembre - e não me cansarei de fazê-lo - que não se interpreta a Constituição em tiras.

Note-se que, uma vez que se refute a tese de que a Constituição seria restritiva em relação à atuação estatal direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito, com mais razão deve-se afastar essa ideia no que toca à prestação de serviços públicos. Isso porque, quando o Estado os presta direta-

³ Fala-se em atividade econômica em sentido estrito, uma vez que Eros Roberto Grau sustenta que a atividade econômica em sentido amplo engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Essas noções serão mais bem explicitadas ao longo do texto. A classificação de serviço público como atividade econômica justifica-se, pois o serviço público, uma vez que voltado à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos como se verá, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público (GRAU, 2012, p. 109).

mente ou quando regula sua prestação, atua em área de sua própria titularidade e não na esfera do setor privado.

Uma vez demonstrada que a Constituição não é avessa à intervenção estatal no domínio econômico, pondera-se sobre os atributos da lei autorizativa de constituição de estatais. De acordo com o autor, trata-se de lei-medida.⁴ A necessidade de autorização legislativa, apesar de constituir um instrumento de controle da expansão do Executivo, não importa, por si, retenção dessa expansão; mas apenas impõe a participação do Legislativo no processo de decisão.

Tal controle, como afirmado, aplica-se indistintamente, não distinguindo empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público (GRAU, 2012, p. 278). A Lei nº 13.303/16, ao instituir que a lei de criação de empresa pública e de sociedade de economia mista detalhe diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia (art. 13), reforça a interferência do Poder Legislativo na conformação do Executivo.

Delimitados os imperativos da criação de empresas estatais, é preciso enfrentar, ainda, as balizas que essa autorização legislativa assume quando se refere à criação de subsidiárias e à participação em capital de empresas privadas. Aqui, também não há dúvida de que se trata de lei-medida.

Ao dispor sobre a criação de subsidiárias e da participação em capital de empresas privadas, a regra contida no art. 37, XX, da Constituição estabeleceu a necessidade de lei autorizativa “em cada caso”. Assim, ao referir “cada caso” – “em cada caso” –, não estará a aludir a *caso de cada empresa estatal*, porém a *cada caso de participação em empresa privada* (GRAU, 2012, p. 278 et seq.).

⁴ Sobre o conceito de lei-medida, vale transcrever trecho do voto proferido na ADPF 153/DF por Eros Grau: “as leis-medida (Massnahmegesetze) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. Detive-me sobre o tema em texto acadêmico, inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte. O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX”.

Neste sentido, na esteira das lições que norteiam o presente estudo, o art. 2º, § 3º da Lei 13.303/16, ao permitir que o Conselho de Administração (e não a lei) autorize a participação acionária no capital de empresa privada, quando previsto no plano de negócios, padeceria de inconstitucionalidade.⁵

Inobstante, é preciso ponderar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete natural da Constituição, divergindo de Eros Grau, consagra que a lei autorizativa da estatal pode permitir genericamente a criação de subsidiárias e a participação em capital de sociedade privada.⁶ De modo a compatibilizar esses entendimentos, e valendo-se da interpretação conforme do art. 2º, § 3º da Lei 13.303/16, defende-se que é viável, uma interpretação restritiva do texto constitucional, admitir-se que seja dispensada a autorização legislativa, substituindo-a pela vontade do Conselho de Administração, desde que expressamente previsto genericamente na lei autorizativa e no plano de negócios da estatal.

Por último, antes de abordar os aspectos societários das empresas públicas e das sociedades de economia mista, reputa-se conveniente tratar da competência legislativa. Há determinação constitucional para a edição de lei que defina relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional (art. 170, § 1º). No caso de relevante interesse coletivo, está-se diante de matéria de Direito Econômico, cuja competência para legislar é

⁵ Em parecer elaborado em resposta à Consulta do Departamento Hidroviário da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo (veiculado na Revista dos Tribunais, ano 68, novembro de 1979, volume 529, p. 39 e 40), Eros Grau firmou o entendimento de que até mesmo as medidas provisórias são inaptas a autorizar a criação de estatais, reforçando a primazia de reserva legal na matéria.

⁶ A título exemplificativo, confira-se a ADI 1649 DF: "1. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora. 2. Os artigos 64 e 65 da Lei n 9.478, de 06 de agosto de 1977, não são inconstitucionais. Instituída a sociedade de economia mista (CF, art. 37, XIX) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais poderão majoritariamente ou minoritariamente associar-se a outras empresas, o requisito da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso. 3. A Constituição Federal ao referir-se à expressão autorização legislativa, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A autorização legislativa, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional do petróleo definida pela Lei n 9.478/97. 4. Inexistência de violação aos incisos XIX e XX do art. 37 e ao art. 2 da Carta Federal. Pedido cautelar indeferido".

concorrente entre a União e os Estados-membros (art. 24, I, CRFB). Daí a conclusão de que essa lei que definir relevante interesse coletivo tanto poderá ser lei federal quanto lei estadual. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual (GRAU, 2012, p. 281). Por outro lado, a lei referida pelo art. 173, *in fine*, que defina segurança nacional, há de ser, sem nenhuma dúvida, lei federal (GRAU, 2012, p. 280).⁷

Importa destacar que a Lei 13.303/16, na condição de lei federal, poderia ter disposto sobre ambos os conceitos. Entretanto, deixou de fazê-lo, mantendo-se a omissão legislativa sobre a matéria. No entanto, a Lei 13.303/16 passou a exigir que a lei autorizativa da constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista indique de forma clara o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal (art. 2, §1º e art. 27). Neste diapasão, ainda que não os tenha conceituado, a Lei 13.303/16 contribui para o amadurecimento desses conceitos, na medida em que, ao se exigir que as leis autorizativas prevejam de forma clara e expressa o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justifica a criação da sociedade, estes inevitavelmente surgirão nas futuras leis autorizativas.

3 Aspectos societários

Os artigos 3º e 4º da Lei 13.303/16 expressamente traçaram os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista. Ocorre que, em nosso Direito positivo, empresa pública e sociedade de economia mista, em especial esta última, não são retratadas de forma uniforme na legislação. Há únicos termos – em

⁷ Lembre-se que a Emenda Constitucional n. 1/69, no seu art. 163, fazia alusão a “monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. E o §1º do seu art. 170 dispunha: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Aí, pois, nitidamente posta a distinção. A Constituição de 1988 não a opera. Sujeita toda exploração direta da atividade econômica, em sentido estrito, às necessidades dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Não introduz, por outro lado, como requisito dessa exploração, lei federal.” (GRAU, 2012, p. 282)

presa pública e sociedade de economia mista – significando diversos conceitos.⁸

O estabelecimento do regime jurídico societário das empresas públicas não oferece dificuldades. Considerando-se que o Estado é o único acionista, basta que siga os preceitos genéricos elencados pela legislação societária aplicável e pela Lei 13.303/16.

Em relação às sociedades de economia mista, o que se aprende dos ensinamentos de Eros Grau é que o alicerce fundamental da caracterização reside na situação especial que o Estado se assegura, através de lei criadora. O critério jurídico adequado à caracterização de sociedade como estatal encontra-se na outorga de direitos especiais ao Estado (ou a entidade estatal) na condição de sócio. É nessa outorga, expressamente prevista em lei, e que derroga a legislação comum, que reside o cerne das estatais.

A lei autorizativa não cuida apenas da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da criação de um modelo jurídico especial, excepcional em relação ao modelo societário ordinário

⁸ Para aprofundamento sobre os conceitos que os termos podem assumir, conferir Grau (1988, p. 61 et seq.) e Grau (2002, p. 213 et seq.). Sobre a distinção entre conceitos e termos: “O conceito - essencialista ou não - é produto da reflexão, expressando uma suma de ideias. Quando expressado, através do termo, o conceito envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito. Esta expressão é um signo. O signo é uma coisa que representa outra coisa, isto é, o seu objeto. O signo não é o objeto, apenas está no lugar do objeto. Se representa o objeto, produz na mente do intérprete alguma coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, porém pela mediação do signo. Os conceitos jurídicos, como afirmei, são referidos a significações, e não a objetos (coisas). Isto é: seus termos (expressões desses conceitos) são – enquanto signos dos conceitos – signos de significações de coisas (coisas, estados ou situações). Posso, então, dizer que os conceitos jurídicos expressados (através de seus termos) têm como objeto significações atribuíveis a coisas (coisas, estados ou situações). Nisto é que os conceitos jurídicos se distinguem dos conceitos essencialistas: O conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o primeiro signo do “objeto”. O conceito jurídico, expressado, é o segundo signo de um primeiro signo: a significação da coisa (coisa, estado ou situação); está no lugar não da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível - ou não atribuível - à coisa (coisa, estado ou situação) [...] Os conceitos jurídicos, portanto, nos seus atos de expressão – isto é, nos seus termos (note-se que o conceito jurídico, em si mesmo, não é ato de expressão; o que tem significação é o seu termo, expressão do conceito) –, são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações” (GRAU, 2016, p. 150 et seq.).

(GRAU, 2012, p. 110).⁹ Por essa razão, nas sociedades de economia mista, o Estado encontra situação assimétrica em relação aos sócios privados. Nas sociedades de cujo capital o Estado apenas participe, ainda que majoritariamente, mas que sejam estruturadas segundo o modelo societário ortodoxo, sem derrogações excepcionais do regime jurídico pela lei autorizativa, prevalecerá a simetria entre os sócios (GRAU, 2012, p. 110).

Comungando desse direcionamento, a Lei 13.303/16 expressamente prevê que o Estado, na condição de acionista controlador, deve exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação (art. 4º, § 1º), ou seja, assimetricamente em relação aos demais sócios. Ademais, o detalhamento dessa derrogação do regime jurídico ordinário é nitidamente percebido no art. 13, que dispõe sobre diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia.

Vale observar que, nos termos enunciados pela Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76 – art. 235, § 2º), as companhias de que participem as sociedades de economia mista não estão sujeitas às exceções a estas aplicáveis. Dito de outro modo, significa que as companhias de que participem as sociedades de economia mista estão integralmente sujeitas ao regime societário comum, inadmitindo-se a figura da sociedade de economia mista de segundo grau. Diversa é a orientação do Decreto-Lei 200/67, que expressamente classifica como sociedade de economia mista a sociedade controlada por ente da administração indireta (art. 5, III, *in fine*).

A Lei 13.303/16 afastou qualquer discussão sobre esse aspecto, na medida em que trata da matéria de maneira bastante ampla, submetendo ao seu regime inclusive a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio na

⁹ Em parecer elaborado em resposta à Consulta do Departamento Hidroviário da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo (veiculado na Revista dos Tribunais, ano 68, novembro de 1979, volume 529, p. 39 e 40), Eros Grau reforça esse entendimento. Confirma-se: “cotejando os conceitos de sociedade de economia mista dispostos no Dec.-lei n. 200/67 e na recém editada Lei das S/A, assim dispôs: Característica essencial da sociedade de economia mista, conforme se conclui a partir da exegese do art. 5º do Dec.-lei 200/67 – além, naturalmente, do exercício de atividade econômica, da atribuição a ela de personalidade jurídica de direito privado, da forma necessária de sociedade anônima e da titularidade da União ou entidade da Administração indireta da maioria de suas ações com direito a voto – é a criação por lei. Nesta criação se encontra o discrímen das sociedades de economia mista, visto que daí emerge a criação de um regime jurídico especial para elas”.

condição de operadora e todas as sociedades, inclusive as de propósitos específicos, que sejam controladas por empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 1º, caput, §§ 5º e 6º). Não bastasse, a nova lei determinou que sejam adotadas práticas de governança e controle, proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, nas participações em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário (art. 1º, § 7º). Aqui não houve inovação, uma vez que a matéria já era disciplinada de forma idêntica pela Lei 6.404/67.

Essa ampliação é adequada segundo a doutrina de Eros Grau. Ao se examinar o vigente afirmar que a Lei 13.303/16 concretiza o imperativo constitucional, na medida em que se amolda aos preceitos aduzidos e confere maior concretude aos balizadores de atuação do Estado no campo econômico. A novel legislação também se mostrou condizente ao referencial teórico adotado – obra de Eros Roberto Grau – somente destoando em único aspecto (possibilidade de autorização de participação em capital de sociedade privada pela via societária).

Merece destaque a elevação da exigência de detalhamento nas leis autorizativas de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, tornando legal o que a doutrina recomendava. Esse aprimoramento pode ser percebido, por exemplo, na positivação das necessárias derrogações do regime societário ordinário em alguns casos e no direcionamento ao cumprimento da função social das estatais brasileiras, mediante instrumentos de controle.

Referências

- FONSECA, Gustavo M.; VASCONCELLOS, Juliana F.B de. Atividade econômica e serviços públicos na Lei nº 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, n. 23, v. 1, p. 35-54, nov. 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Sociedade controlada pelo Estado (Parecer). **Revista dos Tribunais**, ano 68, v. 529, p. 39-40, nov. 1979.