



SENADO FEDERAL

Of. 220/2020 - SF

Brasília, 3 de março de 2020

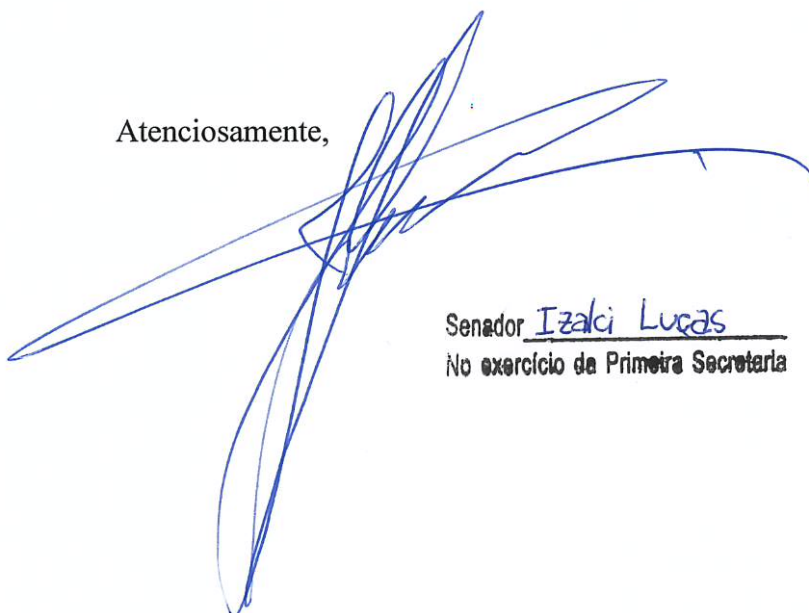
A Sua Excelência o Senhor
Senador **MARCOS ROGÉRIO**
Presidente da Comissão de Serviços de Infraestrutura - CI

Assunto: Resposta ao Requerimento nº 534, de 2019

Senhor Senador,

Envio a V. Exa. e, por seu intermédio, à Comissão de Serviços de Infraestrutura - CI, cópia do Ofício nº 88/2020-GM/MME, de 26 de fevereiro de 2020, do Ministro de Minas e Energia, por meio do qual encaminha informações em resposta ao Requerimento nº 534, de 2019, de iniciativa da CI.

Atenciosamente,



Senador Izaci Lucas
No exercício da Primeira Secretária





MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA

Gabinete do Ministro

Esplanada dos Ministérios - Bloco U, 8º andar, Brasília/DF, CEP 70065-900

Telefone: (61) 2032-5039 / gabinete@mme.gov.br

Junte-se aos processados dos
requerimentos nº ^{534 e} 541 de 2019
Em 27 / 02 / 2019

Brasília, 26 de fevereiro de 2020.

Ofício nº 88/2020/GM-MME

A Sua Excelência o Senhor
Senador **SÉRGIO PETECÃO**
Primeiro-Secretário do Senado Federal
Secretaria-Geral da Mesa, Edifício Principal, 1º andar.
70165-900 – Brasília – DF

Assunto: **Requerimentos de Informação nº 534 e 541/2019.**

Senhor Primeiro-Secretário,

1. Faço referência aos Ofícios nº 106 e 127, ambos de 20 de fevereiro de 2019, do Senado Federal, relativos aos Requerimentos de Informação nº 541 e 534/2019, ambos de autoria do Senador Esperidião Amin (PP/SC), por meio dos quais "... requisitam-se Parecer sobre elementos de fundamentação sobre o projeto de "INCORPORAÇÃO REVERSA..."

2. A esse respeito, participo que foram entregues à Senhora Ticiane Fernandes Coelho Ferreira, assessora do Senador, em 18 de julho de 2019, uma coletânea contendo os seguintes documentos, com esclarecimentos sobre o assunto:

- a) Nota Técnica DG-002/2018, de 10 de abril de 2018 - Identificação da vantagens não Tributárias/Econômicas da Incorporação da Eletrosul pela CGTE;
- b) Parecer Administrativo do Sr. Gustavo Binenbojm; e
- c) Parecer tributário e Adendo do Sr. Paulo de Barros Carvalho;

Atenciosamente,

JOSÉ ROBERTO BUENO JUNIOR

Ministro de Estado de Minas e Energia, Substituto



Documento assinado eletronicamente por **José Roberto Bueno Junior, Ministro de Estado de Minas e Energia, Substituto**, em 26/02/2020, às 18:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site
[http://www.mme.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://www.mme.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)
[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://www.mme.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador
0372930 e o código CRC **F623CE38**.



cia: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 48300.000396/2020-99

SEI nº 0372930

Ministério de Minas e Energia
Gabinete do Ministro
Assessoria Parlamentar

Declaro que recebi da Assessoria Parlamentar do MME uma coletânea contendo os seguintes documentos:

- Nota Técnica DG-002/2018, de 10/04/18: "Identificação das Vantagens não Tributárias/Econômicas da Incorporação da Eletrosul pela CGTEE".
- Parecer Administrativo – Gustavo Binenbojm
- Parecer Tributário – Paulo de Barros Carvalho
- Adendo ao Parecer Tributário – Paulo de Barros Carvalho

Nome: Ticiane F. C. Ferreira

M: 351006



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

PARECER

Sumário: I. Da Consulta. II. Do Parecer. 1. Do método adotado e itinerário deste Parecer. 2. Sobre a linguagem como constitutiva da realidade jurídica e a operação societária de incorporação. 3. Incorporações societárias e as peculiaridades da reorganização societária realidade por sociedade de economia mista. 3.1. Distintivos das sociedades de economia mista na definição do regime jurídico-societário a elas aplicável. 3.1.1. Autorização legal para constituição de sociedades de economia mista e da desnecessidade de autorização específica para as operações societárias que a Consulente pretende empreender. 3.1.2. O interesse público primário como baliza para o exame da licitude das reorganizações societárias que envolvem as sociedades de economia mista. 3.1.3. Anuência da Aneel conforme a Resolução nº 484/2012: inexistência de transferência ou diluição do controle sobre as sociedades envolvidas. 3.2. Efeitos da incorporação sobre a existência e o patrimônio das pessoas envolvidas. 3.2.1. Natureza jurídica da operação de incorporação. 3.2.2. Extinção da empresa incorporada e sucessão pelo acervo de direitos e deveres pela incorporadora. 3.2.3. Efeitos patrimoniais para os sócios das empresas e mecanismos de proteção patrimonial dos acionistas minoritários. 4. Exame das normas tributárias envolvidas nesta Consulta. 4.1. Aproveitamento de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL pela incorporadora. 4.1.1. O prejuízo fiscal como elemento conformador do fato jurídico “renda”. 4.1.2. A base negativa de CSLL como elemento conformador do fato jurídico “lucro”. 4.1.3. Histórico legislativo da matéria. 4.1.4. Os limites postos pela legislação vigente ao aproveitamento fiscal de prejuízos acumulados no IRPJ e base negativa na CSLL. 4.1.4.1. A incerta constitucionalidade da “trava de 30%” e a pendência do julgamento do RE nº 591.340. 4.1.4.2. O art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87 e a restrição feita ao aproveitamento de prejuízo acumulado advindo da empresa incorporada. 4.1.4.3. Prazo para o aproveitamento. 4.2. Vedação ao aproveitamento fiscal de “ágio interno” após o início da vigência da Lei nº 12.973/2014. 5. Disciplina jurídica da “simulação” e seu uso na interpretação de negócios jurídicos para fins tributários. 6. Exame da licitude da operação pretendida pela Consulente. 6.1. Licitude da “incorporação reversa” ante a legislação tributária. 6.2. Comprovação do propósito negocial pretendido pela Consulente e licitude das operações projetadas. 6.2.1. O interesse público primário envolvido na operação e a robustez da combinação dos negócios de CGTEE e Eletrosul. 6.3. Riscos tributários da operação. III. Síntese Conclusiva. 1. Quanto à viabilidade jurídica da operação de incorporação reversa e peculiaridades das sociedades de economia mista. 2. Quanto ao aproveitamento, pela incorporadora, de prejuízos acumulados e base de cálculo negativa de CSLL. 3. Elementos que contribuem para a caracterização do propósito negocial da operação. 4. Quanto aos riscos de caracterização de simulação diante da incorporação de Eletrosul por CGTEE. 5. Medidas para reduzir o risco de autuação. 6. Probabilidade de êxito em eventual autuação.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

I. DA CONSULTA

CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. – ELETROBRAS solicita meu Parecer acerca da licitude dos aspectos jurídico-tributários envolvidos em operação societária que levará à incorporação de uma de suas controladas por outra.

Referida operação consistirá na incorporação de *Eletrosul Centrais Elétricas S.A. – Eletrosul* (adiante apenas Eletrosul) por *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – Eletrobras CGTEE* (doravante CGTEE).

A Consulente relata que ambas as companhias são operacionais e se encontram sob seu controle direto, sendo integrantes do mesmo grupo societário (Grupo Eletrobras).

Além da própria Consulente, as empresas envolvidas foram constituídas sob a forma de sociedades de economia mista. A autorização estatal para a constituição e funcionamento dessas empresas foi dada nos termos do Decreto Federal nº 64.395/1969 (Eletrosul) e da Lei Estadual do Rio Grande do Sul nº 10.900/1996 (CGTEE)¹.

Especificamente sobre a motivação para a realização dessas operações, a Consulente informa que encomendou a realização de estudos de auditoria (Deloitte) para identificar oportunidades para imprimir maior eficiência aos seus negócios. Preocupava-lhe a situação desfavorável da empresa CGTEE, que é especialmente relevante para sua região, pois movimenta toda uma cadeia econômica, vinculada à extração de carvão mineral.

¹ A empresa foi constituída pelo Estado do Rio Grande do Sul em 1997, tendo seu controle acionário transferido para a União, convertendo-se em uma empresa do Sistema Eletrobrás (passando a ser controlada pela Consulente), em 30.07.2000.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

Nesse contexto, após examinar relatório entregue pelos auditores externos, a Consulente, por meio de suas Diretorias Financeira e de Geração, elaborou a Nota Técnica “*Reestruturação Societária da CGTEE*”, datada de 18.09.2017. Do citado documento é possível destacar os seguintes elementos:

Quanto à CGTEE

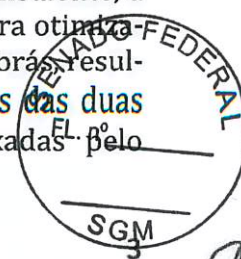
- CGTEE atua exclusivamente na geração de energia elétrica, tendo como fonte de combustível o carvão mineral;
- Atualmente apenas a UTE Candiota III, no RS, está em operação;
- Diante da situação financeira desfavorável e da relevância da empresa para sua região, é preciso submeter a CGTEE a procedimentos de reestruturação, com os objetivos de:
 - Mitigar o risco de atuação em um único negócio;
 - Aumentar sua base de ativos;
 - Reduzir seu endividamento;
 - Fortalecer sua imagem;
 - Expansão de negócios para obtenção de maior eficiência e ganhos de escala.
- Devido à ineficiência operacional, a empresa vem apurando prejuízo fiscal e base negativa de CSLL nos últimos anos, acumulando aproximadamente R\$ 1 bilhão em créditos tributários, que poderão ser utilizados caso a empresa venha a registrar resultados positivos no futuro;

Quanto à Eletrosul

- Eletrosul atua nos segmentos de geração e transmissão de energia elétrica, valendo-se de fontes eólicas e hídricas, desempenhando essas operações nos Estados de SC, PR, RS, MS, MT, PA e RO;

Quanto à operação de incorporação

- Sendo ambas empresas subsidiárias da Consulente, a decisão pela incorporação de uma pela outra otimizaria a estrutura societária do Sistema Eletrobrás, resultando em ganhos sinérgicos nos processos das duas empresas, alinhando-se às diretrizes fixadas pelo



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

Plano Diretor de Negócios e Gestão (PNDG 2017/2021) da Consulente;

- Ocorrendo a reorganização societária indicada, estima-se que a CGTEE alcançará fluxos anuais positivos, passando à situação de lucratividade e alcançando os objetivos traçados para a reestruturação dessa empresa;
- Além dos ganhos empresariais que permitirão à CGTEE continuar a existir e desempenhar seu papel estratégico para a região, sua lucratividade pós-incorporação, permitirá o aproveitamento dos créditos tributários originados do prejuízo fiscal (IRPJ) e base negativa de CSLL apurados nos exercícios anteriores.

Fundando-se em tal documento, o Conselho de Administração decidiu por dar início ao processo de incorporação da Eletrosul pela CGTEE.

Diante desse quadro, considerando ainda os parâmetros que vêm orientando as decisões das autoridades administrativas tributárias sobre negócios de reorganização tributária, a Consulente pediu a seus órgãos internos que elaborassem Nota Técnica que pormenorizasse as vantagens extrafiscais da operação.

Nesse particular, fez chegar às minhas mãos a Nota Técnica DG-002/2018, intitulada "*Identificação das Vantagens não Tributárias/Econômicas da Incorporação da Eletrosul pela CGTEE*". No documento elaborado em 26.04.2018, as Diretorias de Geração, Financeira e Administrativa relatam os motivos que levaram a essa opção negocial, bem como os resultados esperados após a reorganização, dentre eles destacando os seguintes aspectos positivos:

- vitalidade e eficiência operacional;
- diminuição de custos administrativos e operacionais;
- mitigação do risco da CGTEE de atuação em um único negócio, ampliando suas matrizes energéticas e agregando as operações de transmissão;
- aumento da base de ativos da CGTEE;



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

- redução de endividamento da CGTEE;
- fortalecimento da imagem da CGTEE;
- ganhos como economia de escala, decorrentes da expansão dos negócios de CGTEE;
- fortalecimento da presença regional da Eletrosul no Estado do Rio Grande do Sul;
- perspectivas de novos negócios;
- maior eficiência no seguimento de Pesquisa & Desenvolvimento e Inovação (P&D+I);
- robustez para realização do *major overhaul*².

Expostos os contornos fácticos, a Consulente solicita meu Parecer sobre a viabilidade da operação de incorporação que pretende realizar, bem como sobre os riscos de questionamento quanto à licitude de sua prática e dos correspondentes efeitos tributários.

II. DO PARECER

1. DO MÉTODO ADOTADO E ITINERÁRIO DESTES PARECER

Antes de ingressar, propriamente, no assunto posto aos meus cuidados, entendo serem oportunas algumas palavras sobre a metodologia do Parecer, isto é, de que modo e por quais caminhos pretendo aproximar-me do objeto, para que seja possível articular suas complexidades, refletir sobre elas e poder, ao fim, construir conclusões consistentes e que venham a elucidar as indagações da Consulente.

² Denomina-se, com o termo anglo-saxão, o conjunto de operações periódicas de manutenção pesada, envolvendo reformas estruturais, que garantem o bom funcionamento das turbinas por milhares de horas.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

De fato, todo trabalho com aspirações mais sérias há de expor previamente seu método, assim entendido o conjunto de técnicas utilizadas pelo analista para demarcar o objeto, colocando-o como foco temático e, de seguida, penetrar no seu conteúdo. Parece apropriado efetuar breves considerações sobre o itinerário do pensamento, no sentido de abrir caminho para que o leitor possa percorrê-lo com desenvoltura, consciente do plano traçado pelo autor. A informação, que é de grande utilidade até para ensinar a iterativa conferência do rigor expositivo, volta-se, fundamentalmente, para esclarecer o trajeto que vai ser trilhado, facilitando sobremaneira a fundamentação das proposições apresentadas.

Darei início enunciando a premissa maior de que partem todas as demais observações deste Parecer: é a linguagem jurídica que constitui a realidade do direito positivo e somente por meio dela que será possível compreender o surgimento, transformação e desaparecimento das pessoas no direito positivo.

Essas considerações serão seguidas de algumas notas sobre o processo de incorporações societárias e, nesse tópico, tratarei também das peculiaridades que as operações de reorganização apresentam quando desenvolvidas por sociedades de economia mista. Nesse quadro, darei especial destaque ao papel do interesse público primário, que além de fundamentar a criação dessas pessoas jurídicas, deve se fazer presente no motivo de todas as deliberações dessas companhias, assim também quando das medidas de reestruturação.

Passo contínuo, examinarei a sessão das normas gerais e abstratas tributárias que subjaz no texto da Consulta. Trata-se de identificar, nas normas padrão de incidência do IRPJ e da CSLL, os aspectos pertinentes ao aproveitamento tributário de *prejuízos fiscais acumulados, base de cálculo negativa*



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

de CSLL e ágio, identificando os limites para a utilização pelo contribuinte das deduções fundadas nesses eventos.

Traçadas essas linhas, antes ainda de examinar propriamente os aspectos fácticos da operação pretendida, creio ser necessário explicitar os limites do conceito *simulação*, reconhecendo-lhe sua forma básica e os contornos que a administração tributária vem lhe dando ao interpretar os negócios jurídicos, ainda quando não emprega o termo “simulação”.

Finalmente, dedicarei as últimas páginas do Parecer para colocar sob foco temático os pontos sensíveis indicados pela Consulente, à luz dos dados de fato trazidos no Projeto Básico e Notas Técnicas, para identificar as razões pelas quais entendo não haver simulação, bem como apontar alguns fatores que podem aumentar o risco de autuação.

Tenho a convicção de que, seguido esse itinerário, sobrevirão naturalmente as respostas para os questionamentos formulados pela Consulente, contribuindo para o aperfeiçoamento de sua tomada de decisão, bem como para a compreensão de quem mais vier a tomar contato com este escrito.

2. SOBRE A LINGUAGEM COMO CONSTITUTIVA DA REALIDADE JURÍDICA E A OPERAÇÃO SOCIETÁRIA DE INCORPORAÇÃO

A linguagem natural está para a realidade em que vivemos assim como a linguagem do direito está para a nossa realidade jurídica. Dito de outra maneira, da mesma forma que a linguagem natural constitui o mundo circundante, a que chamamos de realidade, a linguagem do direito cria o domínio do jurídico, isto é, o campo material das condutas intersubjetivas, dentro do qual nascem, vivem e morrem as relações disciplinadas pelo direito. Se não há fato sem articulação de linguagem, também inexistirá fato jurídico sem a linguagem específica que o relate como tal. Se, por exemplo, S' empresa



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

quantia em dinheiro para S", mas não consegue expressar sua reivindicação mediante as provas que o direito prescreve como ajustadas à espécie, vale dizer, faltando a linguagem jurídica competente para narrar o acontecimento, não se poderá falar em fato jurídico. A circunstância conserva sua natureza factual porque descrita em linguagem ordinária, porém não alcança a dignidade de fato jurídico por ausência da expressão verbal adequada.

O direito positivo é vertido em linguagem técnica, assim entendida toda aquela que se assenta no discurso natural, aproveitando, em quantidade considerável, palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao patrimônio das comunicações científicas. Projeta-se sobre o campo do social, disciplinando os comportamentos interpessoais com seus três operadores deônticos (obrigatório, proibido e permitido), orientando as condutas em direção aos valores que a sociedade quer ver implantados. Sua função é eminentemente prescritiva, incidindo como um conjunto de ordens, de comandos, que buscam alterar comportamentos sociais, motivando seus destinatários.

Em termos de ação direta, é a linguagem do direito posto que constitui as realidades do mundo jurídico. Mesmo quando mal aplicadas, as regras do direito operam em nome do ordenamento em vigor, recortando-se o mundo social na estrita conformidade das determinações contidas nos seus comandos. Eis o fato meramente social adquirindo a dimensão de fato jurídico. Foi *juridicizado*, na expressão empregada por Pontes de Miranda³, e, nesse momento, constituiu-se uma situação nova, ampliando-se a realidade do direito pela ação de sua linguagem própria.

Na sua missão disciplinadora de relações intersubjetivas, o direito, com sua linguagem prescritiva de situações, altera a circunstância a que se

³ *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, Tomos I, p. 20.



Paulo de Barros Carvalho

Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

refere. “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencializa em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito”, como se depreende da lição vigorosa de Lourival Vilanova⁴.

Pois bem, esse caráter prescritivo penetra intensamente toda a textura do sistema do direito posto que se verte sobre a facticidade social, qualificando pessoas, situações e coisas, exatamente para associar-lhes a regulação das condutas inter-humanas.

Nesse contexto, podemos dizer que a *personalidade* é eficácia de fato que sofreu a incidência de norma. É a capacidade de ser sujeito de direito, como vira Jellinek. O ser sujeito de direito é a projeção eficaz decorrente da incidência das normas constitutivas da personalidade sobre os suportes físicos indicados pelo direito.

Curioso assinalar a distinção entre os conceitos de pessoa física e pessoa jurídica. Diz-se que as pessoas físicas são *sujeitos naturais*, ao passo que as pessoas jurídicas são *artificiais*, só existindo em função do sistema jurídico que as congrega. Num primeiro momento, essa assertiva aparenta plausibilidade. Mas não podemos esquecer que, para a realidade jurídica, tanto as entidades físicas como as jurídicas são criações do direito: são feixes de normas incidindo num ponto de confluência e, portanto, nesse sentido, ambas as pessoas são artificiais.

A personalidade jurídica é abstrata e relativa, sendo criação peculiar do direito que se assenta existencialmente em uma parcela da superfície territorial do Estado. O jurídico da pessoa natural também é abstrato, tendo por suporte fáctico, base da incidência, o relato linguístico que constitua o corpo com vida. Igualmente, corpo sem vida despersonaliza-se pela

⁴ *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: Noeses, 2006, p. 42.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

incidência de outra norma que prevê o fato da morte, determinando a produção de outro relato linguístico para que dele possam sobrevir os respectivos efeitos jurídicos.

Para a constituição de uma pessoa, física ou jurídica, imprescindível a observância às prescrições legais. No que diz respeito à pessoa jurídica, objeto da presente análise, duas fases são vislumbradas na sua criação, quais sejam, (i) a do ato constitutivo, representado pelo estatuto ou contrato social, e (ii) a do seu registro no órgão competente. Apenas com a conjugação desses dois fatores é que tem início a vida da entidade, pois nos termos do art. 45, *caput*, do Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

O mesmo pode dizer-se quanto à sua extinção: opera-se mediante observância das prescrições jurídicas. A simples inatividade da empresa não representa seu término; a paralisação das operações empresariais não implica a dissolução societária. Para que esta ocorra é necessária a iniciativa dos sócios, determinação legal ou ato do Governo, nos exatos termos da lei.

Assim ocorre, também, com toda e qualquer modificação societária, exigindo-se, para sua consecução, estrita observância das prescrições jurídicas, para, assim ocorrendo, concretizarem-se as mutações pretendidas (criação, extinção, transformação, fusão, cisão ou incorporação), desencadeando os respectivos efeitos de direito.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

3. INCORPORAÇÕES SOCIETÁRIAS E AS PECULIARIDADES DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA REALIZADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Em virtude do princípio da autonomia da vontade, que domina no âmbito do Direito Privado, pode o particular adotar as mais variadas estruturas negociais. Para atingir o resultado econômico pretendido, está habilitado a escolher livremente o arcabouço negocial que melhor lhe aprouver, de forma que os custos sejam reduzidos e os lucros otimizados.

Nessa mesma toada, são inegavelmente lícitas as atitudes dos contribuintes que objetivem à reestruturação e a reorganização de seus negócios. A própria Constituição da República, ao garantir o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e o pleno direito ao exercício da autonomia da vontade (art. 5º, IV, IX, XIII, XV e XVII; e art. 170 e seus incisos), dentre os quais se encontra a liberdade contratual, confere ao contribuinte a permissão para ordenar-se do modo que entender mais vantajoso, segundo o princípio da livre iniciativa.

Considerando, porém, as particularidades do caso trazido aos meus cuidados, deve-se ter em boa conta o fato de tratar-se de conglomerado empresarial em que seus componentes são pessoas constituídas sob a forma de sociedade de economia mista. Essa condição, *per se*, já implica uma série de ponderações sobre a realização de operações que envolvem a criação e extinção desses entes, bem como sobre o respeito ao *interesse público primário* enquanto baliza maior para o estudo da juridicidade das decisões dos respectivos órgãos societários.

Além disso, tais empresas são concessionárias submetidas ao crivo de regulação setorial específica, pela qual também devem se submeter às normas técnicas editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

Pois bem, será dentro desse quadro jurídico que empreenderei algumas observações sobre o instituto jurídico denominado *incorporação*, visando bem demarcar a silhueta jurídica desse conceito e, com isso, poder avançar com maior segurança na projeção dos efeitos jurídico-tributários dessa operação.

3.1. Distintivos das sociedades de economia mista na definição do regime jurídico-societário a elas aplicável

Uma primeira particularidade que se deve levar em conta para examinar a operação societária objeto desta Consulta é o fato de ela envolver exclusivamente pessoas constituídas como *sociedades de economia mista*.

Esse tipo de entidade está submetido a um “*regime híbrido*”, como esclarece Maria Sylvia Di Pietro:

Embora elas tenham personalidade dessa natureza [de direito privado], o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em **personalidade de direito privado**, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma **expressa** de direito público.⁵

Está aí traçado um importante pressuposto para o deslinde desta Consulta: *a não ser que estejamos diante de norma expressa que preveja regime específico, deve-se aplicar às sociedades de economia mista as mesmas normas*

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.506.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
Advogado

*aplicáveis às demais sociedades anônimas constituídas pelo regime de direito privado*⁶.

Firme nessa toada, percebe-se que a legislação brasileira não traçou disposições especiais para a realização de incorporação de sociedades de economia mista. Dessa maneira, o negócio jurídico projetado pela Consulente deverá ser, em princípio, regulado nos termos dos arts. 223 e seguintes da Lei nº 6.404/1976, interpretando-se tais comandos em boa consonância com os primados que norteiam a atuação do Poder Público.

Ocorre, porém, que algumas das etapas intercalares do negócio jurídico de incorporação encontram previsões especiais na ordem jurídica brasileira quando são desenvolvidas por sociedades de economia mista. Com efeito, se examinarmos os termos da Lei das Sociedades Anônimas, perceberemos que referida operação abrange a realização dos seguintes atos:

1. Elaboração pelos órgãos de administração, da incorporadora e da incorporada, de dois documentos: a *justificação* (art. 225) e o *protocolo* (art. 224);
2. Realização de assembleia geral da incorporadora para, nos termos do art. 227, §1º:
 - a. examinar a justificação e o protocolo;
 - b. autorizar aumento de capital, que será inteiramente subscrito pela incorporada;

⁶ Essa diretriz ecoa em diversas passagens do ordenamento jurídico brasileiro, através dos tempos, tais como demonstram o art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988, o art. 5º da Lei nº 13.303/2016, o art. 235, da Lei nº 6.404/1976 e o art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/1967.



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

- c. nomear os peritos que ficarão responsáveis pela avaliação do patrimônio líquido da incorporada;
3. Assembleia da incorporadora, que deverá apreciar os documentos de justificação, protocolo e laudo de avaliação do patrimônio líquido, nomeando os administradores para a prática dos atos necessários à incorporação (art. 227, §2º);
4. Assembleia da incorporada, com a participação dos administradores da incorporada, para aprovar o laudo de avaliação e conferência do ativo líquido da incorporadora em subscrição ao aumento de capital; e
5. Arquivamento dos referidos atos societários e expedição dos instrumentos de publicidade da operação, com a extinção da incorporada (art. 227, §3º).

Com efeito, as modificações produzidas por meio do procedimento, tais como a *extinção da incorporada*, podem suscitar dúvidas sobre a necessidade de autorizações especiais, à luz do art. 37, XIX e XX, da Constituição. Da mesma forma, ao contrário do que ocorre com as demais sociedades anônimas, é preciso submeter essas operações ao crivo do *interesse público primário* (art. 238 da Lei nº 6.404/1976 e art. 4º, §1º da Lei nº 13.303/2016) e dos limites postos na lei que autorizou a criação das respectivas empresas.

3.1.1. Autorização legal para constituição de sociedades de economia mista e da desnecessidade de autorização específica para as operações societárias que a Consulente pretende empreender

Para os atos de *criação* das sociedades de economia mista, bem como de subsidiárias ou aquisição de participação societária em empresas



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

privadas, a Carta Magna exige expressamente a expedição prévia de *lei autorizativa* (art. 37, XIX e XX).

Desde logo, importa registrar que o diploma legislativo apenas *autoriza* a criação da sociedade; não a *cria*. De fato, o nascimento da empresa é efetivado com “a *inscrição do ato constitutivo no respectivo registro*” (art. 45, do Código Civil), tal como ocorre com as demais pessoas jurídicas.

Na atual conformação do nosso ordenamento, essa exigência constitucional de lei autorizadora para a criação de sociedades de economia mista está regulada nos termos da Lei nº 13.303/2016. Nesse particular, importa destacar o comando do art. 2º do referido Diploma, que assim prescreve:

Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

§ 2º Depende de autorização legislativa a criação de subsidiárias de empresa pública e de sociedade de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, cujo objeto social deve estar relacionado ao da investidora, nos termos do inciso XX do art. 37 da Constituição Federal.

§ 3º A autorização para participação em empresa privada prevista no § 2º não se aplica a operações de tesouraria, adjudicação de ações em garantia e participações autorizadas pelo Conselho de Administração em linha com o plano de negócios da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas respectivas subsidiárias.

Percebe-se que a legislação adensa os termos do art. 37, XIX e XX, da Constituição⁷, incorporando a ela também importante nota, que *dispensa a*

⁷ Transcrevo para facilitar a conferência: “Art. 37 [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX - depende de lei”



Paulo de Barros Carvalho
Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP
 Advogado

autorização legislativa em certos casos. O comando excepcional, traçado nos termos do §3º acima transcrito, consolida expressiva tradição jurisprudencial do STF a respeito do requisito constitucional.

Com efeito, a Suprema Corte vinha se manifestando, em diversas ocasiões, que a autorização legislativa era requisito tão somente para que fossem editados atos constitutivos, extintivos e que levassem à alienação do controle da sociedade de economia mista. Um dos mais importantes julgamentos sobre o tema foi a ADI nº 234, que fixou a seguinte diretriz:

E por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao *caput* do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista.⁸

Essa prescrição foi reafirmada pela presente composição da Suprema Corte em mais de uma ocasião, como se pode observar nos termos dos acórdãos das ADI nº 1703⁹, nº 1348¹⁰. Ainda mais recentemente, também foi possível vislumbrar o mesmo entendimento na decisão de medida cautelar

autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;" Trata-se de disposição com ecos na legislação infraconstitucional, notadamente no art. 236 da Lei nº 6.404/1976: "Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa."

⁸ ADI nº 234/QO. Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 09.05.1997.

⁹ ADI nº 1.703. Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJe 19.12.2017. No acórdão, houve até mesmo transcrição de trecho da decisão da ADI 234/QO: "A autorização legislativa exigida "há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista" e demais estatais. (ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997)."

¹⁰ ADI nº 1.348. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 07.03.2008. Aqui também é expressa a referência ao paradigma da ADI nº 234: "No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual."



Paulo de Barros Carvalho

Professor Emérito e Titular da PUC/SP e da USP

Advogado

concedida pelo Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADI nº 5.624/MC, em que se lê:

Por isso, tenho por indispensável a concessão da cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário, para que, desde já, se confira interpretação conforme à Constituição ao art. 29, caput, XVIII, da Lei 13.303/2016, para afirmar que a venda de ações das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário.

Esses julgados dão corpo ao que a Doutrina chamou de “*fundamento da prévia autorização*”, assim descrito por Modesto Carvalhosa:

O fundamento da prévia autorização legislativa repousa na declaração política contida na Constituição (arts. 173 e s.) da “condução da Ordem Econômica pela iniciativa privada”, vale dizer, pelas empresas privadas. E, ao reservar para si o direito de operativamente intervir no processo produtivo, o Estado restringe-se a atuar tendo em vista os “imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo”. O fundamento da intervenção do Estado no domínio econômico é, portanto, o *interesse público primário ou coletivo*. E esse interesse público não pode ser proclamado apenas pelo Poder Executivo, interessado na intervenção, como controlador, de capitais públicos e privados. A necessidade de intervenção operacional necessita ser reconhecida e aprovada, mediante lei própria, pelo Poder Legislativo, poder político este com competência para avaliar a procedência da intervenção em face do interesse público coletivo invocado pelo Poder Executivo.¹¹

De fato, tomado o *interesse público primário ou coletivo* como fundamento último da necessidade de autorização prévia legislativa, somente os atos societários que possam levar ao afastamento daquele interesse inicialmente registrado nas leis autorizativas carecerão de nova lei permissiva.

¹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v.4 t.1. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 411.

