

causais e raramente genéricos ou indeterminados. Técnica, não se perca de vista, que deriva do próprio ideal de justiça distributiva que norteia o direito tributário.

7 — CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto, chego às seguintes conclusões principais:

1 — o processo administrativo tributário, relativamente à determinação e exigência de tributos, não é o instrumento mais importante para a garantia da equidade, eis que nele se proíbem as correções *contra legem* e se colocam as interpretações equitativas no nível mais baixo da escala hierárquica dos métodos de aplicação do direito. No processo de elaboração legislativa é que a equidade se torna plenamente significativa. O equilíbrio entre a equidade e a segurança jurídica só pode ser alcançado na visão global do direito tributário, muito mais por obra do legislador que do intérprete;

2 — o processo administrativo tributário, relativamente às penalidades, é meio hábil para a aplicação da equidade, eis que tolera com maior amplitude as interpretações equitativas e até mesmo as correções *contra legem*. A equidade não é categoria de elaboração de normas sobre penalidades fiscais. O equilíbrio entre equidade e segurança jurídica é obtido principalmente através da atividade do intérprete.

PROBLEMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS DA FUSÃO GUANABARA — RIO DE JANEIRO

PAULO B. DE ARAÚJO LIMA
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Integração dos serviços de saneamento. — Fusão e incorporação de suas empresas públicas.

A fusão do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, determinada pela Lei Complementar n.º 20, de 1.º de julho de 1974, vai encontrar serviço de água e esgotos no território dos dois Estados na seguinte situação:

O serviço de águas, nos limites jurisdicionais da Guanabara, é operado por uma sociedade anônima de economia mista — a Companhia Estadual de Águas — CEDAG; o de esgotos, por uma empresa pública de propriedade exclusiva do Estado da Guanabara denominada Empresa de Saneamento da Guanabara — ESAG; os serviços conjuntos de águas e esgotos, no território do Estado do Rio de Janeiro, executados, através de uma empresa pública, de propriedade exclusiva do Estado do Rio, denominada Saneamento do Estado do Rio de Janeiro — SANERJ.

Logo de início ficou certo que a unificação das três entidades numa só, que passaria a explorar a atividade, era capital para a economia e eficiência administrativa do setor, até porque num plano geral não teve outro objetivo a fusão política e administrativa das duas unidades da Federação.

Ocorre, porém, que a situação econômico-financeira das três entidades é profundamente dispar.

A CEDAG, vinda de um programa de investimentos de Cr\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de cruzeiros) —

duplicação do Guandu e obras complementares — verdadeiramente gigantesco para as dimensões da empresa, evoluiu de uma posição de liquidez extremamente favorável, a ponto de operar assiduamente no “open-market”, para uma situação de relativo aperto financeiro.

A ESAG, esta apresenta um índice de liquidez imediata de 3,11 até exageradamente cômodo, mas, ao que se diz, representativo de uma posição de caixa transitória e atípica, com a maioria dos compromissos ligados ao interceptor oceânico ainda por liquidar.

Já a SANERJ, por questões que não vêm a pêlo pesquisar ou proclamar, tanto quanto se pode levantar até então, apresenta uma liquidez corrente extremamente precária, muito próxima mesmo da insolvência, só operando em função praticamente da credibilidade que lhe empresta a condição de órgão ligado à administração pública do Estado vizinho.

A montagem hipotética dos três patrimônios com a conseqüente extração dos índices de liquidez corrente acusa uma situação financeira extremamente desfavorável.

Um *cash-flow* feito na área de análise financeira do Grupo de Trabalho, armado em torno de um fluxo conjunto de despesas e receitas estimadas, demonstrou, em princípio, uma posição extremamente crítica de caixa, a ponto de não só comprometer os investimentos programados, como, talvez, até o custo mais elementar do empreendimento, que é o pagamento do pessoal.

Diante desse quadro pouco animador e da necessidade programática de integração dos serviços, incumbiu o Grupo ao nosso setor de um estudo completo em torno das conseqüências de uma eventual opção pela extinção da SANERJ, seu processo, bem como estudar-se também a possibilidade de fusão ou incorporação das empresas, tendo-se em vista que duas — a ESAG e a SANERJ — são empresas públicas de propriedade exclusiva dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro e a fusão ou incorporação são processos previstos na Lei de Sociedades Anônimas e, em princípio, aplicáveis àqueles tipos societários.

É o que passaremos a fazer.

Antes de examinar, contudo, as opções apresentadas que interessem diretamente ao Grupo de Trabalho da Fusão para Assuntos da Infra-Estrutura, que tem a seu cargo, dentre outros pro-

blemas, o de apresentar propostas para a unificação dos serviços de águas e esgotos no território do novo Estado do Rio de Janeiro, vamos colocar algumas noções básicas sobre empresa pública que nos facilitará, mais adiante, o encaminhamento do problema e a apresentação das soluções, a nosso ver, adequadas.

Pode-se afirmar que empresa pública é um conceito dinâmico. É uma idéia em franca evolução. Um instituto jurídico que ainda não se cristalizou numa doutrina de limites e conteúdo definidos.

De um modo geral, pode-se dizer que a empresa pública é o Estado atuando na faixa de atividades comerciais ou industriais. Numa palavra, é o Estado empresário por contingências da sociedade moderna. Os modos pelos quais atua nesse campo, as estruturas que imagina para substituir o empresário no exercício dessa atividade, é um capítulo do tema geral — empresas públicas.

Em outras palavras, as formas pelas quais o Estado atua no setor são tão variadas no mundo inteiro que, de um ponto de vista global, envolvendo o direito positivo de todos os países, não se pode apontar essa ou aquela estrutura como típica de empresas públicas.

É o que se colhe das conclusões dos seminários que se vêm realizando periodicamente no mundo, a propósito do assunto, de resto, de grande atualidade, pela participação cada vez maior do Estado na economia dos países, nesses anos maduros da sociedade industrial.

Realmente, em 1954, em Ragum, na Índia, num seminário sobre empresas públicas, Frank Sherwood anotava:

“Embora seja interessante considerar em termos gerais os problemas das empresas públicas, é preciso não esquecer que sob o rótulo empresa pública existem inúmeros tipos diferentes de organizações. De fato, com o correr do tempo, essas variações de forma chegaram a um número praticamente infinito. Assim sendo, a finalidade deste capítulo é indicar os tipos mais comuns dessas empresas, suas características, os problemas que suscitam e apresentar sugestões sobre seu uso apropriado” (*Empresas Públicas*, Frank Sherwood p. 51).

E, em época mais recente, o prof. Nicola Baloc, da Universidade de Belgrado, no relatório que fez à Academia de Ciências

Administrativas de Paris a propósito das empresas públicas como instrumento de captação de poupanças para empreendimentos de infra-estrutura nos países subdesenvolvidos, realizado em Bruxelas em 1965 (*R.D.A.* vol. 87 a 98), anota: “Observemos, desde logo, que, no que tange às noções de empresa pública, várias são as dificuldades encontradas. Se procurarmos definir a noção de empresa pública, partindo de um ponto de vista geral, percebe-se que é muito difícil. O quadro compreende, ao mesmo tempo, empresas públicas que são, de fato, grupos de organizações, de departamentos e de administrações subordinadas ao Estado e empresas absolutamente independentes.

Revela que em grande número de países a necessidade prática de maior controle sobre a aplicação dos recursos públicos voltados para esses empreendimentos implica que a maioria dessas estruturas representem simples departamentos destacados da administração central (ob. cit. vol. 87, p. 47), acabando por concluir que, dada a grande variedade de formas e organizações, pelas quais o Estado intervém no domínio econômico, o que caracteriza, de um modo geral, a empresa pública é ser uma estrutura de propriedade do Estado (ob. cit. vol. 87, p. 49).

No Brasil, porém, o conceito jamais teve essa amplitude. Mesmo quando empregado na sua acepção mais ampla, o termo empresa pública jamais englobou todas as formas de descentralização dos serviços públicos de índole comercial ou industrial.

Aos departamentos e órgãos com autonomia administrativa e financeira sempre se deu a qualificação de autarquias. Mesmo quando, no pós-guerra, os serviços tipicamente industriais como o transporte ferroviário, a exploração dos portos, a navegação de longo curso, tomados à concessionárias, e, posteriormente, os bancos de investimentos, instituições de crédito e capitalização, etc., todas eram exploradas por departamentos autônomos, jamais se chamaram essas organizações de empresas públicas. Eram simplesmente autarquias. Autarquias industriais, de crédito, econômicas, etc., como eram classificadas, conforme o grau de flexibilidade e o campo específico de atuação. Mas sempre autarquias. (*Tratado do Decreto Administrativo*, Themistocles Cavalcanti, vol. IV, p. 138/146.)

Em 1949, Themistocles Cavalcanti era muito claro ao dizer: “É preciso, igualmente não estabelecer demasiadas analogias entre

o nosso sistema (autarquias) e os *établissements publics* do direito francês (ob. cit. pg. 35).

Por outro lado, a Reforma Administrativa, advinda em 1966, não refugiou às tradições do direito positivo brasileiro, fazendo uma nítida separação entre autarquia e empresa pública.

Pelo que se vê dos textos respectivos (Decreto-Lei n.º 200, de 1966, com modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 900, de 1968), enquanto a autarquia é uma estrutura afeiçoada a uma atividade típica do Estado, que necessita de maior flexibilidade operacional, à qual se atribui uma personalidade de direito público, a empresa pública é uma organização do Estado própria para o desempenho de atividades industriais e comerciais, que o Poder Público tem que assumir por conveniência ou contingência, à qual se reconhece uma personalidade de direito privado.

Pelo teor das definições, aliás, pode-se asseverar que, hoje em dia, não há mais lugar, no direito brasileiro, para as autarquias industriais.

Depois da observância rigorosa do princípio constitucional da unicidade dos orçamentos públicos, proibindo-se a vinculação de tributos a determinadas atividades ou órgão, à exceção dos casos clássicos dos impostos únicos e a criação do princípio de unicidade de caixa instituído pela lei federal n.º 4.320, de 1964, pode-se mesmo sustentar que as autarquias não têm mais estrutura compatível com os fluxos próprios da atividade comercial ou industrial. Sua flexibilidade administrativa e financeira, por força daqueles textos, ficou restrita à existência de uma tesouraria que lhe encurta o processo de empenho e liquidação de despesa, mas não lhe atribui nenhuma autonomia real em relação à disposição dos recursos, que integram o orçamento geral do Estado, que lhe são distribuídas por quotas na medida do plano geral de execução do orçamento, cujos saldos não empenhados são recolhidos, sem que possa realizar qualquer operação de crédito por antecipação de sua receita.

E, certamente, por força desses limites legais, em obediência a princípios mais modernos de administração pública, assistimos, neste último decênio, à transformação de todas as antigas autarquias industriais e econômicas em empresas, como os Correios e Telégrafos, a Caixa Econômica Federal, o Porto do Rio de Ja-

neiro (esse em sociedade de economia mista), o Banco Nacional da Habitação, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico etc. etc.

Aliás, seguindo, não sem alguma tardança, a evolução da ciência da administração pública experimentada em todo o mundo, conforme se verifica desta observação de Frank Sherwood:

“A princípio não se fazia distinção entre empresas públicas e atividades tradicionais do governo. Por essa razão, os empreendimentos públicos mais antigos, tais como o serviço postal, os monopólios de fumo, fósforos e sal, os serviços telegráficos e ainda em alguns países as estradas de ferro, eram organizados e controlados, como qualquer outro departamento do governo central” (Frank Sherwood, ob. cit. p. 55).

O que se disse até então não teve outro objetivo senão o de demonstrar que, quer pela tradição do direito brasileiro, quer, agora, pelo relativo casuísmo das leis da Reforma Administrativa, não há condição de se extinguir uma empresa pública como se fosse uma autarquia. Isto é, mediante provimento legislativo em que se declare, ao mesmo tempo, a extinção e a transferência dos bens à propriedade do Estado, que assume os créditos e responde pelos débitos, que passariam a integrar os orçamentos públicos como dívida flutuante do ente central, para, numa segunda etapa, subscrever com esses bens, livres de quaisquer dívidas, o capital da nova empresa.

Em outras palavras, não será possível trabalhar o instituto, buscando analogia com normas que regem as autarquias. Infelizmente não se poderá manejar com o passivo da SANERJ, com o privilégio e facilidade que se emprestam por lei às dívidas do Estado. A cogitar-se da extinção do ente, outro terá que ser o seu processo, como se verá a seguir.

Ao enunciar que a empresa pública tem personalidade jurídica de direito privado, podendo obedecer a qualquer forma admitida em direito, o texto não traçou seus contornos totais.

De fato, quais serão as formas admitidas em direito? As do direito privado, isto é, as formas societárias conhecidas do direito comercial, que são taxativas, ou outras ditadas por contingências várias e concebidas livremente pelo administrador desde

que contidas nos clássicos parâmetros de validade do ato jurídico — obedecer a forma prescrita em lei, ser lícito e não ofender a moral e os bons costumes?

Se fosse apenas as formas conhecidas do direito privado, o problema da integração das empresas públicas no sistema do direito seria dos mais simples. Se a empresa obedecer a forma de uma sociedade anônima, as normas aplicáveis seriam as dessas companhias; se obedecer a forma de uma sociedade por quotas ou em nome coletivo as normas a aplicar seriam essas ou aquelas.

Mas, acontece que, não só no Brasil, como no resto do mundo, já se respondeu diferente: \hat{e} qualquer forma admissível em direito. Vale dizer, o Estado, ao operar suas estruturas, conceberá formas ideais capazes de corresponder à filosofia e as vigas-mestras de orientarem o seu ingresso no domínio econômico, diversas das motivações e finalísticas privadas.

Em outras palavras, ao ingressar no domínio econômico o Estado busca as formas de direito privado capazes de emprestar à sua atividade a aceleração compatível com os processos industriais e comerciais que, por contingências, assumiu. Mas, ao mesmo tempo, adapta-os à sua condição insubstituível de Estado.

E o exemplo mais característico dessa fuga às normas societárias tradicionais é que a forma mais comum de empresa pública — propriedade exclusiva do Estado — obedece a uma misto de firma individual (quando destaca uma parte de seu patrimônio e registra-o como capital), de sociedade anônima (quando divorcia a propriedade do capital da gerência da sociedade, isto é, o gestor não é proprietário) e ainda da fundação (quando a atribuição de personalidade jurídica e a fixação da responsabilidade limitada do capital se faz como se fora uma fundação — destaque da parte de um patrimônio para uma finalidade).

Muitas são no mundo inteiro as empresas que adotam esse tipo híbrido de organização. No Brasil, a Empresa de Correios e Telégrafos, o Banco Nacional da Habitação, a Caixa Econômica Federal, entre outros, obedecem a essa estrutura operativa. Na França a “Charbonnages de France” (essa por conveniências, então, ditadas pela Comunidade Européia do Carvão e do Aço, depois Mercado Comum Europeu El Plan Shumman Marcel Legrand — a “Gaz et Electricité de France”, entre outros, adotaram esse tipo organizacional. A Itália, como, de resto, quase todos países, tem em sua economia estruturas desse gênero, etc.

Diante do fenômeno, depara-se com o problema. Se a forma organizacional da empresa pública é em geral atípica, diferente das formas societárias conhecidas, então quais as regras de direito privado que se lhe aplicam? As regras das sociedades comerciais? Todas as normas do sistema de direito privado, ou estas sofrem um temperamento próprio, pela natureza eminentemente pública da empresa?

Se no tocante à direção, consegue-se vencer as dificuldades geradas pela colocação doutrinária, uma vez que o Estado optou pela empresa justamente para se beneficiar da flexibilidade do seu processo decisório, o mesmo não acontece na parte da definição do capital e suas conseqüências.

De fato, o capital da empresa pública é um conceito de direito privado? Obedece ele ao princípio básico de que é garantia dos credores, podendo ser penhorado para pagamento das suas dívidas? Pode-se requerer sua falência? Em caso de dissolução da empresa, entrará esta em liquidação judicial com a venda de seu ativo para pagamento integral dos credores?

O Professor R. Houin, da Faculdade de Direito de Rennes, em excelente artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, ano 1956 (“A Administração das Empresas Públicas e o Direito Comercial”), relata algumas poucas vacilações da jurisprudência do Conselho de Estado Francês que, de regra, admite ser o capital da empresa pública em conceito, senão idêntico, pelo menos, muito assemelhado ao direito privado.

De um modo geral, relata ele, o Conselho de Estado Francês, de resto, refletindo toda uma doutrina européia, entende que o capital da empresa pública é garantia dos credores, até porque, se assim não fosse, perderia ela sua principal vantagem e característica empresarial — que é o crédito comercial. Entende-se que as dívidas das empresa são de direito privado e executáveis seus débitos segundo essas regras, havendo o professor lastimado profundamente decisão isolada da Seção Comercial e Financeira da Câmara Cível da Corte de Cassação que decidiu ter a “Société Nationale des Entreprises de Presse”, como estabelecimento público, seus bens impenhoráveis e sujeitos ao código de Contabilidade Pública, chegando mesmo a proclamar que, a ser o julgado imitado, o governo deveria intervir pela via legislativa, com lei específica, sob pena de perder o sentido a empresa pública na França (ob. cit. pg. 57).

O tema complica-se, porém, um pouco mais nos processos de execução coletiva — a possibilidade de falência e a liquidação em caso de dissolução da empresa, que é a hipótese sob consulta. Aqui, segundo relata o Professor R. Houin, a unanimidade da doutrina e a escassa jurisprudência existente entendem que a regra de direito privado sofre temperamentos. Entendem que a execução coletiva não pode atingir todo o ativo da empresa, pois os bens afetos ao serviço público por ela operado, como bens públicos, são inalienáveis, impenhoráveis e, portanto, insuscetíveis de serem alcançados pela execução dos credores.

Partindo de uma noção elementar de que mesmo a concessionária não é proprietária de direito privado dos bens integrantes da concessão de serviço público — relata o Professor — a doutrina sustenta que a empresa pública não é proprietária dos bens de serviço público que, quando da sua criação, lhe são apenas transferidos. Uma transferência de gestão e posse, ou propriedade gravada e resolúvel, mas nunca propriedade plena.

Seriam então apenas penhoráveis as disponibilidades de caixa e os bens não comprometidos na exploração do serviço.

Outra teoria assevera que só estariam fora da execução de direito privado os bens do serviço público que foram transferidos à empresa quando da sua criação. Aqueles que fossem adquiridos posteriormente, correspondentes à ampliação ulterior, mesmo quando integrados à exploração do serviço, sofreriam as regras de direito privado (ob. cit.)

O fato, porém, é que o repertório jurisprudencial sobre liquidação das empresas públicas é extremamente pobre, até porque essas empresas em geral, com grande responsabilidade na estrutura econômica dos países onde atuam, não foram feitas para serem extintas e liquidadas.

No Brasil, o comercialista Sampaio Lacerda (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara*, vol. 30, p. 9) sustenta que essas empresas deveriam ser submetidas a uma liquidação administrativa, cujos contornos não chega a definir, mas que certamente não incluiria venda indiscriminada dos seus bens para a satisfação dos credores. Em outras palavras, a liquidação não chegaria a terminar com o serviço público. Hely Lopes Meirelles por sua vez, *Curso de Direito Administrativo*, invocando os subsídios dos diversos seminários internacionais sobre o momentoso

tema, sustenta serem inalienáveis e impenhoráveis os bens afetos à operação do serviço público.

Como se vê, pisamos em terreno, senão ainda virgem, pelo menos muito pouco trilhado.

De qualquer forma, a nos socorrer da doutrina européia formada no após-guerra sobre empresas públicas de que fala R. Houin, abonada, de resto, como se viu, por renomados autores nacionais, teríamos um processo que, conquanto não envolvesse a alienação dos bens afetos ao serviço público de saneamento do Estado, implicaria, em linhas gerais, o vencimento integral de todas as dívidas a curto e longo prazos da empresa que iria ser extinta e o comprometimento das disponibilidades monetárias oriundas do fluxo da empresa no pagamento dessas dívidas, o que, sem dúvida, causará um transtorno quase que idêntico à paralisação ou interrupção do serviço público, ou, então, implicará que o Governo faça grandes suprimentos de caixa a fundo perdido à empresa a fim de que faça a quitação de suas dívidas sem percalços ao serviço — o que acarretará grandes gastos.

De resto, no nosso ponto de vista — aliás compartilhado por outros integrantes do Grupo de Trabalho — uma vez que os bens afetos ao saneamento básico estão a salvo da execução dos credores, nenhum sentido teria liquidar-se a empresa.

De fato, nenhum sentido teria antecipar-se o vencimento de todas as suas dívidas e fazer-lhes o pagamento, com grandes suprimentos de fundos pelo Governo e transferir o ativo vinculado ao serviço público incólume a outra empresa. Nenhum sentido teria provocar-se o vencimento antecipado das dívidas, a curto e longo prazos, com grande dispêndio imediato de recursos, quando se poderá deixar para saldar o passivo dentro do calendário normal e sua liquidação, subsistindo a empresa.

Se esta, por acaso, não gerar recursos a tempo para a respectiva amortização, far-se-ão, na oportunidade, os necessários suprimentos.

Aliás, de modo geral, entendemos que se uma empresa não atua em regime de mercado, mas sob a regalia do monopólio e seu produto é de consumo praticamente inelástico e de fácil apropriação (fornecimento de água e coleta de esgotos), todo o empreendimento é, em princípio, viável, não se justificando a sua extinção e liquidação.

Tudo se resume afinal ou numa depuração de seus módulos administrativos, com a modernização de suas estruturas, ou num reajustamento da tarifa para se encontrar a equação rentável.

E, segundo consta, o problema financeiro da SANERJ reside, em grande parte, num entrave de fácil remoção — maior rapidez na emissão e cobrança das contas respectivas.

Ao que se vem apurando aos poucos, na conta “realizável a curto prazo”, subitem “contas a receber de consumidores”, do balanço levantado em 31 de dezembro de 1974, no valor de Cr\$ 114.776.095,16 (cento e quatorze milhões setecentos e setenta e seis mil noventa e cinco cruzeiros e dezesseis centavos), existe grande quantidade de contas de exercícios anteriores não cobradas por simples inércia administrativa, comprometendo o *turn-over* natural desse tipo de empreendimento, etc.

A não se cogitar da opção pela liquidação da empresa, como finalidade ou programa, resta saber se a unificação dos serviços de água e esgotos poderia ser feita pelo processo da incorporação de duas por uma terceira ou a fusão das três, prevista no Decreto-Lei n.º 2.627, de 1942 ou, se, para tanto, faz-se mister outro procedimento especial que envolvesse preliminarmente a extinção das empresas.

Em outras palavras, resta saber se, muito embora não seja necessária a extinção das empresas como finalidade, esta não seria afinal indispensável como etapa necessária à unificação dos serviços numa quarta companhia?

De fato, a única forma conhecida do direito em que se pode fazer a transferência ou cessão de débitos é a incorporação ou fusão. Enquanto a cessão ou transferência de crédito sempre foi possível, a transferência de débitos, em direito privado, só se pode fazer validamente por esse processo conhecido, pois até na sucessão *causa-mortis* o herdeiro só responde pelos débitos até as forças da herança.

Assim, a não ser possível aplicar-se às empresas públicas o processo de incorporação ou fusão, ter-se-ia de fazer primeiro a liquidação de seu passivo em benefício dos respectivos credores.

Vamos examinar o problema.

Vale de logo salientar que o fato de as empresas públicas, de propriedade exclusiva do antigo Estado da Guanabara e do Rio de Janeiro, não obedecerem a forma de sociedade anônima, não é empecilho à incorporação ou fusão.

Os tratadistas são unânimes em afirmar que, conquanto versada na lei de sociedades anônimas, tanto a fusão como a incorporação podem ser feitas por quaisquer tipos societários (Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, vol. 5, p. 21 — Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, vol. 3, p. 74).

Nenhum deles, por sua vez, dispõe no sentido de ser obrigatória a transformação da empresa ou sociedade em anônima para, a seguir, proceder-se à fusão ou incorporação. Esses atos podem ser praticados, de logo, pelas sociedades, tanto fazendo as formas que revestirem. Se em cotas de responsabilidade limitada, feita a incorporação ou fusão, o valor líquido das cotas se transformaria em ações; se em nome coletivo, ou firma individual, o valor do patrimônio líquido do titular corresponderia a ações a serem subscritas na sociedade anônima, como é o caso.

No dizer de Rui Carneiro Guimarães, trata-se de processos modernos de defesa da expansão das empresas, como unidades econômicas, como organizações de capital e trabalho, não previstas na legislação anterior datada de 1850, trazidos ao direito positivo brasileiro no bojo da lei de sociedades anônimas de 1942, mas, nem por isso, a elas restritos.

Resta, pois, apenas, saber se, em tratando de empresas públicas, a elas estaria vedada a aplicação das regras de direito privado referente à incorporação e fusão de sociedades.

Tenho para mim que nenhum obstáculo existe para que se afaste das empresas públicas o processo peculiar da fusão ou incorporação.

Desde que passível de aplicação a qualquer tipo societário e desde que a empresa pública reveste uma personalidade de direito privado, nenhum percalço existe à aplicação do princípio.

O único ponto em que, segundo a doutrina, a empresa pública destoa das premissas do direito privado é na indisponibilidade dos bens afetos ao serviço público. E este não é de molde a afastar o princípio, pois nenhum prejuízo causa, quer aos titulares do capital, quer aos devedores.

Segundo G. Rippert, os sócios podem estabelecer livremente quaisquer estipulações entre si desde que não prejudiquem o direito dos credores. Este o ponto essencial que limita as estipulações entre sócios.

Na espécie, o processo beneficia aos titulares do capital (basicamente o governo, que passa a operar o serviço com melhor rendimento técnico-administrativo) e não prejudica os credores, por isso que, com um regime jurídico de dívidas (impenhorabilidade apenas dos bens afetos ao serviço público), continua com o mesmo regime, desde que se vai unificar a empresas do mesmo tipo, onde todos operam serviços públicos da mesma índole e natureza.

Aliás, neste ponto, não estamos sozinhos. Por exigências de melhor desempenho dos serviços e de adaptá-los, com mais propriedade, aos esquemas do Plano Nacional de Saneamento — PLANASA, posto em prática pelo Banco Nacional da Habitação, o Estado de São Paulo, pela Lei estadual n.º 119, de 29/6/73, autorizou a criação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP. E autorizou a criação pela fusão da Companhia Metropolitana de Águas de São Paulo — COMASP e da Companhia Metropolitana de Saneamento de São Paulo — SANESP, obedecidas as disposições do Decreto n.º 2.627, de 1942, onde todos os créditos e débitos das antigas entidades se transferiram em bloco para a nova Companhia.

Incorporação ou fusão seria uma alternativa a ser tomada pela administração. Ambos os processos conduzem ao mesmo fim visado — unificação dos patrimônios com a transferência em globo para uma nova empresa do ativo e passivo das empresas extintas.

Sustenta a doutrina que, na incorporação, a sociedade incorporadora subsiste, absorvendo as incorporadas que se extinguem. Na fusão, as duas ou mais entidades se extinguem para a formação de uma outra distinta.

Conquanto, no caso, nem a CEDAG, nem a ESAG e a SANERJ, devam subsistir, devendo ser criada uma outra Companhia para operação do serviço público ora a cargo das três — a Companhia Estadual de Águas e Esgotos — CEDAE — parece-me ser uma alternativa pura e simples, a critério da autoridade administrativa, a incorporação ou a fusão.

É que os processos, embora distintos no plano doutrinário, podem conduzir à mesma consequência, pois a sociedade incor-

porada poderia, uma vez ultimada a incorporação, mudar de nome e objeto social.

E, evidentemente, uma sociedade que muda de nome, capital e objeto social e sócios, não é mais a mesma, mas outra completamente diferente.

Ademais, o processo de incorporação é mais simples, funcionando praticamente como um aumento de capital para a incorporadora equivalente ao patrimônio líquido na incorporada (capital + reservas — exigibilidades).

Assim, nesse processo, só se avalia o patrimônio líquido da incorporada com economia de tempo e despesas com peritagens, simplificando o processo que, por isso mesmo, só permite o direito de recesso dos sócios da sociedade incorporada, no caso, inexistente, uma vez que se trata de um só sócio — o novo Estado do Rio de Janeiro.

Por outro lado, é sabido que o patrimônio líquido das empresas que operam os serviços de águas e esgotos no território do novo Estado do Rio de Janeiro está muito longe de ser demonstrado com exatidão em suas contas.

Problemas derivados, na sua maioria, das suas origens são responsáveis pelo fato. O serviço de águas do antigo Estado da Guanabara, por exemplo, transferido originariamente da União Federal, pela sua condição de outrora Prefeitura do Distrito Federal, o foi, as mais das vezes, sem titulação adequada, carecendo alguns bens até de regularização dominial para figurarem nas contas da empresa, desfigurando completamente a relação entre o rédito e o investimento fixo, que é fundamental para a fixação de uma tarifa de serviço público adequada, com repercussão nos resultados da empresa, contabilizados, sem realidade. O mesmo deve acontecer com a SANERJ, que teve sua origem numa repartição pública descentralizada — a Superintendência Central de Engenharia Sanitária — SUCESA — principalmente pela simplicidade com que o art. 15 do Decreto estadual n.º 15.513, de 1972, resolveu o problema da transferência dos bens da autarquia para a empresa.

Ademais disso, conquanto as tubulações de distribuição de água tenham uma vida útil superior a cem anos, sofre ela, mesmo assim, certo coeficiente de obsolescência de vazão, estrangulando o

fornecimento de água e exigindo reposições. É o caso de certos segmentos na cidade do Rio de Janeiro e Niterói, não constando tenha sido feita a competente provisão, numa e noutra empresa.

Por isso mesmo e tendo em vista a prevalência quase absoluta da participação do Governo no capital dessas empresas (ESAG e SANERJ, sua propriedade exclusiva, e CEDAG, uma participação relativa em torno de 99,5%), parece-nos mais aconselhável e prático para efeitos da fusão ou incorporação partirmos do patrimônio líquido expresso nos últimos balanços, fazendo-se, após a unificação e a seu tempo, o cadastramento, a avaliação, a correção monetária e a competente depreciação do acervo imobilizado a ser transferido para nova Companhia, de modo a fazer melhor apropriação do valor do patrimônio da nova empresa.