

profunda diferença, que reside, precisamente, no caráter político próprio dêste e ausente daquele. Daí o fato de que a gestão de interesses coletivos pode fazer-se sem poderes ou capacidade de direito público, ao passo que a de interesses públicos implica a possibilidade do emprêgo de processos ou de poderes de direito público, isto é, do emprêgo de meios coativos no caso em que as vontades ou os interesses individuais não se inclinem espontâneamente diante do caráter público dos interesses em causa”.

(Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1943, página 273).

*
* * *

Caracterização das pessoas públicas autárquicas no direito brasileiro e no direito estrangeiro. Condições e pressupostos essenciais

Na verdade, para que se possa caracterizar como *pessoa pública, de natureza autárquica*, não basta seja o ente de *criação estatal*, tenha, de certo modo, *fim público*, ou desempenhe atividades de *relevante interesse público*, ou realize, mesmo, *serviço público*. Outros requisitos ou condições são de exigir-se, tais como:

- a) que o Estado *considere* a atividade constitutiva do objeto ou fim institucional do ente como *atividade específica sua*. vale dizer, integrante de sua própria e indeclinável atividade, inerente ao *fim estatal*;
- b) que *tôda* a sua atividade (e não apenas *uma parte*) tenha caráter *funcional*, isto é, seja dirigida e exercitada no sentido e em razão do *fim público* porventura objetivado;
- c) que, portanto, o *serviço público* seja a razão *fundamental* e o escopo *imediato* de sua criação, existência e funcionamento, — excluído, portanto, todo e qualquer *interesse*

egoístico, tal como o *fim lucrativo* ou outra vantagem de natureza privada.

Harmoniza-se, também aqui, o direito brasileiro com a doutrina italiana, muito bem exposta por SANTI ROMANO, inclusive através de incisivos confrontos entre a capacidade de direito público e a de direito privado:

“L'autarchia è una forma specifica della capacità di diritto pubblico”.

“... l'autarchia è capacità di diritto pubblico; non, per conseguenza, a coloro che esercitano funzioni pubbliche in qualità di privati, senza un interesse proprio, come nel caso che vi siano obbligati, o per un interesse privato, come è quello del lucro, per cui, ad es., una società commerciale talvolta assume la gestione di una funzione pubblica”.

“Per conseguenza, anche le persone giuridiche che si propongono scopi di utilità pubblica, ma la cui attività non è considerata dallo Stato come *funzione integratrice delle sue*, rimangono *private*. Inoltre, perchè una persona possa dirsi pubblica, non basta neppure che agisca come ente ausiliario dello Stato... ma occorre che questa sia la sua *destinazione fondamentale e organica*, il fine specifico per cui essa non solo agisce, ma esiste”.

“... lo scopo di utilità pubblica non è da solo sufficiente ad imprimere carattere pubblico all'ente, ma occorre altresì che lo Stato faccia per dir così assegnamento sull'attività spiegata da tale ente in modo che possa considerarla come sostitutiva o integratrice della propria. E, in questa ipotesi, la persona è pubblica”.

“Piuttosto è a ritenersi che un ente sia pubblico quando *tutta* la sua attività abbia, di fronte allo Stato, *carattere funzionale* e implichi quindi un certo dovere verso quest'ultimo di svolgerla *tutta* per *fini pubblici*. Invece negli enti privati, anche se eserci-

tino funzioni pubbliche, si ha un'attività che solo *in parte* ha questo carattere e resta sempre un qualche margine più o meno largo per la loro attività meramente lecita e diretta a scopi privati".

.....
"È opinione generalmente diffusa che soggetti di autarchia possano essere soltanto *le persone giuridiche pubbliche*". (Os grifos são nossos).

(*Corso di Diritto Amministrativo*, Pádua, 1930, vol. I, págs. 86, 87, 89, 90, 91 e 97).

Sustenta CAMMEO que *não são públicas* aquelas pessoas jurídicas que exercem funções públicas...

"...ma che abbiano, come scopo loro fondamentale, *il lucro dei loro membri*; e per le quali l'esercizio delle pubbliche funzioni sia un *mezzo* a questo scopo".

E exemplifica:

"Oggi la Banca d'Italia è pure una *società commerciale* e perciò *persona privata*".

(*Corso di Diritto Amministrativo*, Pádua, 1960, págs. 399-400).

Substancialmente a mesma é a preleção de ZANZUCCHI:

"... è evidente che, a qualificare di pubblica una persona giuridica, non basta la natura pubblica, cioè statale, dell'interesse che essa persegue, ma occorre anche che il raggiungimento di questo interesse sia per la persona giuridica obbligatorio di fronte allo Stato; e sia la *ragione specifica* della sua esistenza. Sono pertanto *private* non solo tutte le persone giuridiche, che hanno finalità meramente individuali (ad es., *società di commercio*), ma anche quelle, che hanno bensì fini che interessano la collettività, ma o questi fini non sono pubblici, cioè statali, o, pur rientrando astrattamente fra i fini dello Stato, lo Stato nel caso concreto non considera queste finalità come proprie, ponendosi con la persona giuridica in quel rapporto sopra accennato, cioè

non considerando la attività di codesta persona giuridica come integratrice della propria: ciò si dica ad es. di una società (che abbia ottenuto la personalità giuridica) avente fini ascetici, o di una società (ugualmente eretta a persona giuridica) di protezione della selvaggina; ovvero il raggiungimento di fini sia pur pubblici non è la ragion d'essere, lo scopo immediato della persona giuridica, ma solo il mezzo per raggiungere altre finalità private, ad es, di *lucro*". (Os grifos são nossos).

(MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 8.^a ed., Milão, 1948, pag. 12).

Sustenta, por sua vez, o insigne RANELLETTI:

"Non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la considera come tale".

.....
"Lo Stato è persona giuridica pubblica e non diventa mai persona giuridica privata, neanche quando esplica la sua attività privata. Le altre persone giuridiche, perciò, possono essere pubbliche solo in quanto, per la loro finalità, si ricolleghino allo Stato nella sua attività pubblica.

Una persona giuridica, per essere pubblica, deve essere *destinata* a soddisfare interessi *pubblici*, cioè interessi collettivi che sono *nei fini dello Stato*. Con la parola "*destinata*" noi intendiamo dire che questo scopo deve essere *lo scopo primo* della persona giuridica, costituirne *la finalità prima, la ragione della esistenza*".

.....
"Perchè adunque, una persona giuridica sia pubblica, occorre: a) che essa sia *destinata* a soddisfare interessi pubblici, vale a dire interessi che sono nei fini dello Stato; b) che lo Stato *consideri* quella persona come attiva *anche* nel proprio interesse, in quanto per mezzo di essa (in tutto o in parte) mira a raggiungere scopi che sono anche suoi".

.....
"Se manca anche uno solo dei due elementi che abbiamo indicati, la persona giuridica è *privata*."

Sono, perciò, *private* le persone giuridiche destinate a soddisfare bisogni e interessi individuali: così ad es., *le società ed associazioni regolate dal codice di commercio*.

Sono *private* le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi collettivi che non sono tra i fini dello Stato e non sono, perciò, interessi pubblici: così, ad es., una società di temperanza eretta a persona giuridica.

E sono ancora *private* le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi pubblici, cioè interessi collettivi che sono nei fini dello Stato, ma che questo *non considera* attive nel proprio interesse: così ad es., una società eretta a persona giuridica per la diffusione della cultura popolare, che non si trovi con lo Stato nel rapporto che abbiamo indicato.

Appar chiaro da tutto questo che il concetto di *persona giuridica pubblica* non coincide con quello di persona di *utilità comune* o di *utilità pubblica*, nel senso di persona destinata a soddisfare interessi collettivi o anche interessi pubblici. Questa destinazione è irrilevante per la natura pubblica della persona giuridica, se si tratta solo di interessi *collettivi*; non basta, se si tratta di interessi *pubblici*, perchè questo è soltanto uno degli elementi necessari per la pubblicità.

E le persone giuridiche *private* (e l'ipotesi si verifica sopra tutto per quelle della prima figura, cioè le *società commerciali*) non mutano la loro natura, se per concessione dello Stato assumono l'esercizio di un servizio pubblico, ad es., di ferrovie pubbliche, della navigazione fra il continente e le isole, ecc., e quindi la soddisfazione di interessi pubblici. Esse, infatti, non mutano per questo la loro destinazione, perchè il compimento di quei servizi e la soddisfazione conseguente degli interessi pubblici, cui quelli sono diretti, non costituiscono per esse la loro destinazione, ma unicamente un *mezzo* per conseguire il loro scopo primo, quale, ad es., per una *società di commercio, il lucro...* "Tali società trovano nell'esercizio di questi servizi pubblici non la loro *destinazione*, ma solo un campo di svolgimento della loro *attività commerciale*, un *mezzo* per raggiungere il loro scopo finale, che è il *massimo van-*

taggio economico possibile dei propri azionisti. Abbiamo, perciò, qui *subbietti di diritto privato* che esercitano poteri e funzioni pubbliche, *non persone giuridiche pubbliche*". (Os grifos são nossos).

(ORESTE RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5.^a ed., Pádua, 1935, págs. 567, 568, 569 e 570 a 572).

Também, a propósito, explicita ALFREDO CIOFFI:

"Attiene ugualmente alla natura degli enti pubblici il generale divieto per essi di assumere la qualità di *commercianti*, perchè il *lucro* non è funzione di Stato, giacchè i sacrifici tributarii sono legittimi solo in quanto debbano coprire le spese per opere pubbliche; mentre se si proponessero di procurare anche un *lucro* allo Stato, si avrebbe l'incoerenza che si sottrarrebbero ai privati i mezzi per procurarsi un reddito, ch'è la fonte precipua d'imposta, e che l'iniziativa privata, più agile, e più libera, più immediatamente a contatto con gli stimoli della produzione e con le correnti del mercato fosse sostituita in questa funzione dalla pesante macchina dello Stato, che è incompetente e che, inoltre, pei suoi congegni e controlli indispensabili, non avrebbe neppure possibilità di attendervi con pari accorgimento".

.....
"Perchè persona giuridica pubblica esista occorre che si tratti di un ente, il quale attenda ad un *servizio pubblico*.

Tutte le persone morali di diritto amministrativo hanno questa nota, che le distingue dalle società commerciali o civili e cioè di non essere create per provvedere ed *interessi privati*". (Os grifos são nossos).

(*Op. cit.*, págs. 183 e 184).

Muito claro é, ainda, ZANOBINI, no confronto que faz entre as pessoas públicas autárquicas e as pessoas privadas que desempenham funções ou serviços públicos:

"L'ente autarchico non solo esercita le funzioni e servizi pubblici *in nome proprio*, ma è anche il tit

lare di essi; l'ente privato, invece, non può mai avere la titolarità dei poteri pubblici, ma soltanto l'esercizio. Inoltre, il fine pel quale agisce l'ente autarchico coincide con un fine pubblico dello Stato; il fine per cui agisce l'ente privato... è un fine distinto da quello pubblico: la sua attività serve a conseguire tale fine, ma l'interesse per cui egli agisce non è questo, ma il fine puramente egoistico del lucro, che il soggetto realizza con la gestione del servizio. Ciò determina talora, fra il fine del privato e il fine pubblico, la eventualità di un contrasto, impossibile nel caso dell'ente pubblico". (Os grifos são nossos). (Op. cit., vol. 3.º, págs. 302-303).

Em suma, se os fins institucionais da entidade não são exclusivamente públicos, mas se a êles se mescla, se associa, de forma atuante e imediata, o interesse privado ou egoístico (e não há manifestação mais positiva dêste interesse do que o fim lucrativo), não poderá ela caracterizar-se como pessoa jurídica de direito público, nem, tampouco, equiparar-se-lhe; e neste sentido é incontrastável o ensino de BERTHÉLEMY:

"Um caráter é comum a tôdas as pessoas morais de direito administrativo: elas não são criadas tendo em vista interesses privados". (Droit Administratif, pág. 35).

*

* *

Salta aos olhos, pelo exposto e demonstrado, que, no direito brasileiro, em concordância, aliás, com a melhor doutrina, aceita como tal em quase todos os sistemas jurídicos do mundo moderno, não é possível, em nenhum momento e por qualquer consideração especulativa, identificar, parificar, confundir sociedade de economia mista com autarquia, — que em tanto importa pretender-se atribuir caráter autárquico a sociedades anônimas de capital misto.

*

* *

Análise, crítica e refutação à tese de Waldemar Ferreira

Em vão se procura infundir alento jurídico a tão espúria tese com a invocação da autoridade do Prof. WALDEMAR FERREIRA, que, visivelmente influenciado pela doutrinação de autores argentinos sectários de um sistema jurídico inteiramente diverso do nosso, labora, por igual, em equívoco, quando diz que a sociedade de economia mista "na essência e no seu funcionamento, muito mais se caracteriza como ente autárquico, por não passar de serviço público descentralizado, que a União, os Estados e os Municípios, entram a explorar sob a forma de sociedade mercantil, a anônima na generalidade dos casos" (Sociedade de Economia Mista, São Paulo, 1956, pág. 165).

Patenteia-se a improcedência do argumento, antes de tudo, porque a premissa de "não passar de serviço público descentralizado" a sociedade de economia mista, ainda que verdadeira fôsse, de modo geral e absoluto, não autorizaria a conclusão de, por isso, dever a mesma, necessariamente, caracterizar-se como ente autárquico; pela simples razão de que a descentralização administrativa, buscada, cada vez mais, pelo Estado moderno, não se opera tão somente, como é óbvio, através de autarquias — pessoas menores de direito público por êle mesmo para tal fim criadas, — mas, ainda, através de formas e modalidades outras, tais como a concessão ou simples delegação de serviços públicos a pessoas privadas e o processo intermédio da gestão interessada através das sociedades de economia mista, em que se aliam, para uma exploração de natureza inelutavelmente lucrativa, capitais públicos e particulares, mediante estruturas, métodos e técnicas de direito privado (industriais e comerciais).

Veja-se o que, a respeito, expõe DUGUIT:

"Au contraire, l'augmentation du nombre des services publics implique une décentralisation de plus en plus grande de ces services. Cette décentralisation peut se produire sous divers modes qu'on ne peut étudier ici en détail et qu'il suffit d'indiquer. Ce

sont la décentralisation régionale; la décentralisation patrimoniale qui implique l'affectation d'un patrimoine autonome à la gestion d'un service public déterminé; la décentralisation *fonctionnariste* qui suppose un rôle de direction donné aux fonctionnaires techniques du service; et enfin la *concession* qui implique l'exploitation du service par un simple particulier sous le contrôle des gouvernants. Il importe de noter que les services publics *concedés* restent bien des *services publics*.

La tendance du droit moderne est incontestablement dans le sens décentralisateur".

(LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Paris, 1923, tomo II, § 8, págs. 60-61).

Também MARCEL WALINE observa que "la décentralisation peut être réalisée par différents procédés" e que "ces moyens forment en quelque sorte une gamme" (*op. cit.*, pág. 183). No mesmo sentido HAURIOU (*Précis de Droit Administratif*, Paris, 1914, pág. 143) e EISENMANN (*Centralisation et Décentralisation*, Paris, 1948, págs. 86 e seguintes).

Entre nós, em excelente trabalho, OSCAR SARAIVA, estudando o problema da *descentralização administrativa*, considera, enumera e examina, como processos e modalidades dela, a *administração delegada e personalizada*, a *concessão de serviços públicos* a particulares ou a sociedades privadas e a *sociedade de economia mista*. E explica:

"Entre êsses dois aspectos da administração mediata — a administração *concedida* e a administração *delegada* — devemos assinalar uma categoria intermédia, a da administração através das sociedades chamadas de *economia mista*..."

"Essas sociedades exercem, em regra, uma atividade que pode ser cometida a particulares, ou que o é habitualmente, mas que, em determinado momento, oferece aspectos de tal interesse que o próprio Estado resolve encarregar-se dela; daí a organização de sociedades de capitais em que o Estado entra como acionista ou partícipe, com o fito de facilitar seus próprios serviços, de manter certas

atividades econômicas indispensáveis, ou de fomentá-las, dando-lhes o necessário impulso. Tais são, entre nós, o Banco do Brasil e, mais recentes, o Banco da Borracha, a Companhia Siderúrgica e, sob reservas, o Instituto de Resseguros do Brasil. Essas sociedades, a não ser por sua criação *ex vi legis* e por certos *favores* de ordem fiscal, se aproximam antes das organizações particulares, *de cuja personalidade jurídica, a meu ver, se revestem*: os seus fins são *lucrativos* e nelas a participação do Estado não é, na realidade, essencial, sendo que, com a simples transferência de seu capital, sua intervenção poderá cessar sem que com isso desapareça a sociedade".

(*Organização da Administração Delegada*, Rio de Janeiro, 1942, págs. 3-4).

Não há razão alguma, como se vê, para o entendimento do eminente mestre WALDEMAR FERREIRA de que, por se tratar de "*serviço público descentralizado*", deva "*caracterizar-se como ente autárquico*" a pessoa que o realiza, sabido, como é, que, não apenas a *concessão*, mas a própria *delegação* de serviços públicos pode ser feita a *pessoas jurídicas de direito privado*, se tal convém aos interesses do Estado, aliás "sendo certo que a *concessão* de serviços públicos é um simples processo de administração *delegada*", como diz também OSCAR SARAIVA (*op. cit.*, n.º 6, pág. 3).

Além disso, não é exata e, pois, não se defende, a temerária *generalização* contida no asserto de que a sociedade de economia mista "não passa de *serviço público descentralizado*", de onde a conclusão — também, *data venia*, incorreta e ilógica — de que, por isso, "mais se caracteriza como *ente autárquico*" (*sic*).

Conquanto a noção genérica de *serviço público* se ofereça, hoje em dia, imprecisa e variável, atenta a crescente ampliação das zonas de intervenção e atuação do Poder estatal no campo de inúmeras gestões e atividades tradicionalmente privadas, todavia, não é possível que se lhe desmesure a elasticidade, que se lhe dê uma extensão ilimitada e irracional, até ao

ponto de, absurdamente, abranger tôdas as manifestações do *interêsse público* ou da *utilidade pública*; porque, então, seria cabível dizer-se, parafraseando PHILADELPHO AZEVEDO, que tudo ou quase tudo poderia ser arvorado em “*serviço público*”.

Ora, já foi vista, neste trabalho, a diferença que, técnica e juridicamente, existe entre “*serviço público*” pròpriamente dito, *serviço “de utilidade pública”* e atividade “*de interêsse público*”, sendo certo que esta última espécie ainda pode ser distinguida daqueloutra “*de interêsse coletivo*”, segundo explicita FRANCISCO CAMPOS, “pois entre o *coletivo* e o *público* existe profunda diferença, que reside, precisamente, no caráter político próprio dêste e ausente daquele” (*Direito Administrativo*, vol. 1.º, pág. 273).

Ministra-nos, aliás, o eminente jurisconsulto pátrio a conceituação técnico-jurídica de “*serviço público*”, ao dizer que, em havendo...

“...serviços que não podem ser administrados senão mediante poderes especiais, caracteristicamente públicos ou que constituem privilégio e exclusividade do Estado, trata-se de um *serviço público*”.
(*Op. cit.*, 1.º vol., pág. 106).

No mesmo rumo, PONTES DE MIRANDA, depois de aludir à “lamentável confusão entre *serviços públicos* e *serviços de utilidade pública*”, acrescenta:

“Entre o conceito de *serviços públicos* e o de *serviços de interêsse público*, bem como entre aquêle e o de *serviços de utilidade pública*, há a mesma diferença que entre conceito de *necessidade* e conceito de *interêsse*, ou entre conceito de *necessidade* e conceito de *utilidade*”.

“Os serviços públicos são *necessários*, inerentes, portanto, à atividade do Estado”.
(*Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, tomo II, págs. 284-285).

BIELSA, por sua vez, adverte que

“es preciso distinguir el servicio público *propio* del servicio público *impropio*, así llamado porque su prestación *no es función propia del Estado*, aun cuando sea objeto de un régimen legal que se propone asegurar su continuidad y regularidad, mediante un contralor constante sobre el servicio”.

(RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, I — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, página 73).

Nenhum autor, porém, foi mais claro e preciso nessa diferenciação do que GASTON JÈZE, ao distinguir entre “*serviços públicos*”, pròpriamente ditos, — reservada esta expressão

“para los casos en que, para satisfacer determinada necesidad de interés general, los agentes públicos pueden recurrir, para los procedimientos del derecho público, a reglas que están fuera de la órbita del derecho privado”; —

e simples “*gestão administrativa*”,

“para los casos de satisfacción de una necesidad de interés general por parte de los agentes públicos, siguiendo exclusivamente los procedimientos del derecho privado”.

“Resulta muy importante” — observa êle — “saber si se trata realmente de un “*servicio público*” *propriamente dicho* o sólo de una *gestión administrativa*. Únicamente en el primer caso hay derecho a usar reglas especiales de derecho público, que salen de la órbita del derecho privado”.

(*Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. em castelhano da 3.ª ed. francesa, por Julio N. San Millán Almagro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1919, tomo II¹, págs. 9 a 10 e 12) (1).

(1) É ensino de HAURIOU:

“Il y a *gestion privée* lorsqu'une administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple par-

la collectivité publique. Il s'agit d'organismes désintéressés, ne poursuivant pas un but pécuniaire".

.....
"De ce qu'une activité a le caractère d'intérêt public qui caractérise un *service public*, il ne faut pas toujours conclure que l'organisme qui le gère est public". (Op. cit., págs. 288, 290 e 291).

PONTES DE MIRANDA ilustra o assunto com a opinião magistral de GIERKE:

"A maior autoridade sôbre história e teoria das corporações, O. VON GIERKE (*Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 163) escreveu: "Há corporações de direito público com encargos puramente de direito patrimonial (por exemplo, associações públicas de crédito, seguro, auxílio e socorro), e corporações de direito privado, para fins puramente ideais e de utilidade comum, até para fins que se ligam a assuntos públicos". Quer dizer: a matéria da competência do Estado". (*Tratado de Direito Privado*, tomo I, págs. 313-314).

Inaceitável é, pois, a tese de WALDEMAR FERREIRA; e não só por virtude dos apontados equívocos, como, ademais, *data venia*, pelo que de ilógico e contraditório se contém no seu livro, apesar de tudo isso, denominado por ALIOMAR BALEEIRO "o estudo mais carinhoso que se fez até agora, no Brasil, sôbre êsse tipo de emprêsas de Estado"! (*sic*).

*

* *

Evidentemente seduzido pelas fórmulas e soluções do direito argentino, divorciadas da orientação dominante em quase todos os sistemas jurídicos do mundo, inclusive o nosso, e, pois, absolutamente inadaptáveis ao direito brasileiro, perfilha o eminente comercialista pátrio, confessadamente, a tese alternativa, de BIELSA, segundo a qual,

"quando o Estado é mero acionista, prevalece, por certo, o caráter de pessoa jurídica de direito privado; quando, todavia, êle concorre para formar a entidade como poder administrador, há que configurar-se como *entidade autárquica*". (Op. cit., pág. 94).

Partindo dêsse exótico princípio, argumenta que "não há mais uma sociedade de direito privado, mas sim sociedade de direito público, desde que o Estado nela se introduz a fim de realizar cometimento de interesse público, direto ou indireto" (op. cit., pág. 52); que, "interferindo nela o poder público como acionista, e acionista preponderante, ao lado dos acionistas comuns, pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, ela é, só quanto à forma, sociedade anônima...", pois, "quando o poder público detém a totalidade ou a maioria das ações, ela se converte em sociedade de direito público" (op. cit., páginas 54-55). Outrossim, sustenta que, "constituída com o objetivo de realizar, por via de concessão, qualquer serviço público, a sociedade de economia mista de tal forma se tem de adaptar a essa finalidade, que esta a deforma de maneira insigne, de modo a transmudá-la verdadeiramente em entidade autárquica" (op. cit., pág. 167). E, por aí a-fora, em diversos trechos, alude, reiteradamente, a "entidade autárquica administrativa sob a forma de sociedade anônima" (pág. 78), "entidade autárquica sob a forma de sociedade anônima" (pág. 129), "sociedade de economia mista como entidade autárquica" (pág. 166), "entidade autárquica sob a forma de sociedade mercantil" (pág. 182), "natureza de entidade autárquica da sociedade de economia mista" (pág. 183), "entidade autárquica constituída sob a forma de sociedade anônima" (pág. 183), etc..

Ora, tudo isso, a nosso ver, na moldura do direito brasileiro, representa uma concepção paradoxal, contraditória e absurda.

Realmente, não se podendo admitir que o eminente publicista desconheça o conceito jurídico de "autarquia" vigente no direito brasileiro, ter-se-á de supor que há, em sua predica-

ção, o ânimo deliberado de *innovar*, melhormente se diria de *revolucionar*, de *subverter* o nosso sistema jurídico nessa importantíssima matéria, demolindo desde os alicerces tôda a construção doutrinária que nos legaram preclaros e laboriosos sabedores do assunto e desmentindo uma jurisprudência iterativa de mais de duas décadas. (1)

Já em 1941 escrevia, em livro, ERYMÁ CARNEIRO:

“Hoje, porém, o Supremo Tribunal Federal já firmou em definitivo a sua jurisprudência, no sentido de considerar as *autarquias* como *verdadeiras pessoas jurídicas de direito público*, serviços integrados na administração pública indireta da União” (*Arquivo Judiciário*, vol. 39, págs. 20 e 430). (*Op. cit.*, págs. 90-91).

Assim também THEMISTOCLES CAVALCANTI, desde a 1.^a edição de sua obra *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, assinalava, por seu turno:

(1) Em discordância com a opinião do Prof. WALDEMAR FERREIRA no atribuir o caráter de *autarquia* ao I.R.B. (Instituto de Resseguros do Brasil), argumenta, justamente, THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS:

“Parece-nos falecer razão ao douto mestre paulista. O decreto-lei n.º 9.375, de 4 de setembro de 1946, já considerava o IRB sociedade de economia mista (art. 1.º) e, desde a sua criação, é-lhe facultado o estabelecimento de sucursais ou agências no país e no estrangeiro.

Aplicando-se o raciocínio de WALDEMAR FERREIRA, chegaremos à conclusão de que as autarquias podem: a) ter o capital dividido em ações (o IRB o tem); b) distribuir dividendos aos seus acionistas (o IRB o faz); c) atribuir aos seus sócios o direito de *participar do ativo social*, na hipótese de liquidação (os estatutos do IRB o permitem); d) conferir aos seus servidores *quota de lucro líquido* fixado pelo Conselho Técnico, em importância não inferior a 15% da despesa global com os mesmos durante o exercício (direito conferido pelos Estatutos do IRB).

Já se vê, pelo exposto, não se ajustar o IRB ao regime jurídico das autarquias”. (*Op. cit.*, pág. 67).

Com efeito, acaso é possível, no sistema jurídico-administrativo brasileiro, conceber-se *autarquia* com *capital social dividido em ações*, e, pois, com “*sócios*”, participantes de *dividendos*, de *quotas de lucros* e do próprio *ativo social*, na hipótese de liquidação da entidade?...

“A tendência geral dos julgados é para definir essas entidades como departamentos da administração, ou, pelo menos, com personalidade jurídica distinta, *mas caracterizadamente de direito público*”. (*Op. cit.*, vol. I, pág. 157).

Pois bem: por melhor evidenciar o contraste, a contradição, o conflito de idéias, observe-se que o ilustre Prof. WALDEMAR FERREIRA, êle próprio, reconhece e declara que, em face da legislação brasileira, a sociedade de economia mista, estruturada sob a forma da sociedade anônima, é, necessariamente, *pessoa jurídica de direito privado*.

São, efetivamente, afirmações contidas em sua mencionada obra, como se vê pelos trechos transcritos em nota (1),

(1) Os assertos mencionados constam dos seguintes tópicos do livro *A Sociedade de Economia Mista em seu aspecto contemporâneo* (ed. Max Limonad, São Paulo, 1956), *in verbis*:

“No Brasil, a sociedade anônima é sempre mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio, ainda que sua finalidade institucional seja a execução de tal ou qual serviço público” (*Op. cit.*, pág. 55).

“Em todo o caso, o certo é que a sociedade se constitui com observância dos preceitos do *direito privado*, no âmbito dêste, adquirindo, pelo menos em face do direito brasileiro, a *personalidade jurídica de direito privado*” (*idem*, pág. 56).

“É como *pessoa jurídica de direito privado* que a sociedade de economia se plasma, constitui-se e entra a aparecer no mundo dos negócios. A despeito de que seu capital se tenha formado, senão de todo, em mor parte com dinheiros públicos e que por agentes do poder público ela se administre, com isso não se desfigura; e sua *personalidade jurídica específica se conserva, em todos os momentos e negócios, na inteireza de seus atributos e poderes*” (*idem*, pág. 57).

“A sociedade de economia mista só se admite por criação intencional e deliberada do Estado, a bem do interesse público” (*idem*, pág. 73).

“É o da *sociedade anônima* o tipo universalmente adotado para a constituição de sociedade de economia mista”.

“Ora, fundamental nas sociedades, quer civis, quer comerciais, é o convolverem-se em *pessoas jurídicas de direito pri-*

as seguintes: a) que, sem embargo do fato de que “a sociedade de economia mista só se admite por criação do Estado”, no Brasil é ela “*sempre mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio, ainda que sua finalidade institucional seja a execução de tal ou qual serviço público*”; b) que, assim, “se constitui com observância dos preceitos do *direito privado*, no âmbito dêste”, e, “em face do direito brasileiro”, adquire “a *personalidade jurídica de direito privado*”; c) que, a despeito de formado o seu capital, no todo ou em parte, com dinheiros públicos, e administrada por agentes do poder público, “com isso *não se desfigura*; e a sua personalidade jurídica específica” (de *direito privado*) “se conserva em todos os momentos e negócios, na inteireza de seus atributos e poderes”; d) que, no Brasil, a personalidade jurídica da sociedade de economia mista regularmente constituída sob as vestes da *sociedade anônima*, — “nos têrmos dos arts. 13 a 17 do Código Civil, **SÔMENTE PODE SER A DE DIREITO PRIVADO**, a despeito de figurarem entre os acionistas uma ou mais pessoas jurídicas de direito público interno” (*sic*).

Patenteia-se, também, através de outras passagens dessa obra, que o seu próprio autor reconhece a diversidade existente entre o sistema legal argentino e o brasileiro, bastando assinalar-se, como expressivo exemplo, êste trecho:

vado, por efeito da inscrição ou arquivamento de seus contratos, estatutos ou atos constitutivos no seu registro peculiar”.

.....
 “Com essa armadura elas se externam como *pessoas jurídicas de direito privado*, a despeito de, entre seus sócios ou acionistas, encontrarem-se a agir por elas, a falar por elas pessoas jurídicas de direito público interno — a União, os Estados, os Municípios...” (*idem*, págs. 161-162).

.....
 “Por tal prisma, a sociedade de economia mista, desde que regularmente constituída sob as vestes da sociedade anônima, adquire por certo personalidade jurídica; e esta, nos têrmos dos arts. 13 a 17 do Código Civil, **SÔMENTE PODE SER A DE DIREITO PRIVADO**, a despeito de figurarem entre os acionistas uma ou mais pessoas jurídicas de direito público interno” (*idem*, pág. 166).
 (Os destaques são nossos).

“Muita se há controvertido em doutrina acêrca da comercialidade da sociedade de economia mista e, nessa qualidade, de sua sujeição à falência. Na Argentina, onde ela reveste a forma da sociedade anônima, ela é sociedade comercial, por efeito da comercialidade daquela sociedade em razão de dispositivo legal explícito. Também no Brasil. Como tal, a sociedade de economia mista, tanto que em estado de insolvência, incidirá em falência, como pessoa jurídica de direito privado. *Mas essa sociedade, EM FACE DA LEI ARGENTINA, TAMBÉM PODE TER PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO*; e, nessa qualidade, lícito seria discutir sua incidência em falência”. (Os destaques são nossos).
 (*Op. cit.*, págs. 81-82).

Por outras palavras, o que aí se diz é que, enquanto no Brasil é *indiscutível* estar a sociedade de economia mista sujeita a falência, por ser, sempre, *pessoa jurídica de direito privado*, ao revés disso, na República Argentina *poderá caber discussão* sôbre sua incidência em falência (1), pelo fato de que *tal sociedade, em face da lei argentina, também pode ter personalidade jurídica de direito público* (o que *não pode* ocorrer, é óbvio, em face da lei brasileira, e, se pudesse, a discriminação feita no texto não teria sentido lógico nem razão de ser).

Não é possível conciliar tais conceitos e afirmações — inclusive os de que a personalidade da sociedade de economia mista constituída em sociedade anônima, “nos têrmos dos arts. 13 a 17 do Código Civil **SÔMENTE PODE SER A DE**

(1) Entretanto, no mesmo livro, à pág. 144, o autor, depois de admitir a falência da sociedade de economia mista “sob a vestidura da sociedade anônima”, no direito brasileiro, acrescenta: “*Não acontecerá isso na Argentina, cuja lei excluía a sociedade de economia mista expressamente da quebra*” (*sic*).

Ora, em havendo tal *exclusão*, por dispositivo expresso da lei argentina, o que nos parece lógico, *data venia*, é não caber discutir, ali, a questão da incidência da sociedade de economia mista em falência, quer seja de direito público, quer de direito privado, a sua personalidade jurídica. *Lex obligat, tollitur questio*.

DIREITO PRIVADO, a despeito de figurarem entre os acionistas uma ou mais pessoas jurídicas de direito público”, e que tal “personalidade jurídica específica” se conserva *em todos os momentos e negócios*, na inteireza de seus atributos e poderes” (*sic*), — com o raciocínio de que “quando o Estado, para realização de algum de seus fins, cria e instala sociedade anônima, mercê de lei especial, nela pondo capitais, assumindo-lhe a direção e administrando-a por delegados seus, com a colaboração de particulares, que se lhe associem voluntariamente ou por imposição legal, — essa instituição, pôsto se apresente como *sociedade de economia mista*, é autêntica entidade autárquica” (*op. cit.*, pág. 150).

Atente-se, aliás, em que os motivos, fatôres ou elementos invocados para a pretendida *desfiguração* nada mais nada menos são do que pressupostos ou requisitos que, *normalmente*, configuram e caracterizam a sociedade de economia mista, a saber:

A) *Criação pelo Estado, por lei especial*. Explica, em obra doutrinária, o Professor ALIOMAR BALEEIRO que

“não basta que o Estado possua ações, para que uma sociedade-anônima se possa dizer “*mista*”: é necessário que a lei ou ato institucional aprovado em lei assim o determine” (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro, 1955, vol. I, pág. 179).

E o próprio Professor WALDEMAR FERREIRA, ensina que

“a sociedade de economia mista só se admite por criação intencional e deliberada do Estado, a bem do interesse público” (*op. cit.*, pág. 73).

B) *Realização de algum de seus fins (do Estado)*. Ora, promover o que seja “a bem do interesse público” é missão que se inclui nos fins do Estado. A iniciativa do Poder Público na criação da sociedade e sua participação financeira na

mesma constituem, por si sós, na generalidade dos casos, elementos indicativos de um fim estatal obviamente de interesse público. Estamos, ainda aqui, no plano da *regra geral*.

Todavia, — ademais de ser, como já vimos, o fim lucrativo elemento característico essencial, condição inerente e indeclinável à configuração e existência jurídica da *sociedade anônima* (art. 2.º do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940; TRAJANO M. VALVERDE, *op. cit.*, vol. I, págs. 39 e 45; LOPES PONTES, *op. cit.*, vol. I, págs. 40, 47, 48, 49; Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 3-11-1953, na *Revista dos Tribunais*, vol. 219, pág. 235; Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28-4-1952, na *Revista Forense*, vol. 155, págs. 166-167), — ocorre que, em se tratando de *empresa mista*, o real ou presumido *interesse público* representado pela presença do Estado acionista, não exclui a concomitante participação do *interesse privado* nos resultados da exploração industrial ou comercial, a que se destine: o *lucro*. Daí argumentar, com razão inteira, JOÃO LYRA FILHO:

“Que objetivam tais empresas? O bem público, o interesse público, a riqueza pública? Elas decerto não têm esse fim *exclusivo*, pois delas participam interesses privados que não são totalmente puros”. (*Regime de Contrôlo das Empresas Públicas*, página 114).

C) *Investimento de capital estatal*. É, também, condição *sine qua non* para a existência e configuração jurídica de toda e qualquer sociedade de economia mista, — denominação essa que decorre precisamente da mescla de capitais públicos e privados, via de regra com preponderância do capital público.

D) *Direção e administração por delegados do Estado com a colaboração de particulares*. É outro traço característico das sociedades de economia mista, que, por isso mesmo, nada tem de extraordinário ou incomum. Ao contrário, nessas entidades a “*predominância governamental*” é requisito assinalado por todos os estudiosos, entre eles, ainda, o Prof. BALEEIRO

(*op. cit.*, vol. I, pág. 179), e confirmado pela prática administrativa. De resto, o ascendente do Estado na direção e administração da sociedade, quando não decorra de prescrições legais expressas, será natural consequência da sua participação *majoritária* no capital social, tal qual sucede em relação às sociedades anônimas em geral, conforme refere o próprio Prof. WALDEMAR FERREIRA:

“Incomum não é que também nas sociedades anônimas de natureza privada se depare com um acionista que detenha a totalidade, senão a maior parte das ações, e exerça a sua influência tanto na diretoria, quanto na assembléia geral de acionistas ou no conselho fiscal” (*op. cit.*, pág. 55).

Se, pois, todos aquêles fatores invocados, e que vimos de examinar, não passam, em última análise, de pressupostos comuns e normalíssimos, de elementos ou requisitos típicos, característicos da *sociedade de economia mista*, razão não há de erigi-los em *motivos* para a pretendida *desfiguração* da entidade, no sentido de atribuir-lhe, em virtude dos mesmos, o caráter de *autarquia*, ainda quando concessionária de um “*serviço público*” pròpriamente dito.

Em resguardo da boa doutrina, contra semelhante equívoco, já advertira THEMISTOCLES CAVALCANTI, no capítulo dedicado ao estudo das sociedades mistas:

“Desta forma, fica bem claro que **NÃO SE CONFUNDE ESTA CATEGORIA DE SOCIEDADE COM AS AUTARQUIAS**, cuja constituição, embora vise também interesses particulares e exija a contribuição privada, não obedece às leis gerais que regulam a organização e o funcionamento das empresas privadas. Diferem também no grau de integração no aparelho administrativo do Estado”. (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, página 337).

*
* *

Caracteres e peculiaridades diferenciais excludentes de identificação das sociedades anônimas mistas às autarquias

Com efeito, um sucinto exame comparativo entre os dois institutos põe em nítida evidência a profunda diferenciação que os separa e a impossibilidade, em face do sistema jurídico-legal brasileiro, de confundi-los ou identificá-los:

1.º) A *sociedade anônima de economia mista* é, necessariamente, *pessoa jurídica de direito privado*, de caráter *mercantil*, conformemente ao disposto no art. 16, inciso II, do Código Civil, em combinação com o parágrafo único ao art. 2.º do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940; ao passo que a *autarquia* é, sempre, e não pode deixar de ser, no atual direito pátrio, *pessoa jurídica de direito público*, como já ficou, páginas atrás, exaustivamente demonstrado.

Afirma PONTES DE MIRANDA que “a *personalidade de direito privado exclui tratar-se de autarquia*” (*Tratado de Direito Privado*, § 79, tomo I, pág. 303; — *Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 458). E, como deflui do registo de THEMISTOCLES CAVALCANTI, tão importante é, para a configuração da *autarquia*, a *personalidade de direito público*, que não pode ser como tal considerada uma pessoa jurídica de direito privado, ainda que se lhe empreste o caráter autárquico por “*mera afirmação legal*”. *In verbis*:

“Em primeiro lugar, subsiste a afirmação de que, sendo *pessoa jurídica de direito privado*, não há como considerar de natureza autárquica em virtude de *mera afirmação legal*”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, página 383).

2.º) A *sociedade de economia mista* é, por definição, uma entidade de *capital misto*, um veículo ou instrumento de colaboração do interesse particular com o interesse público, mediante a aliança do capital estatal com o capital privado. Mas,

não se concebe *autarquia* patrimonialmente constituída com *capital híbrido*, isto é, com a participação conjunta de *dinheiros públicos e particulares*.

3.º) Atente-se, aliás, em que a extinção das *sociedades anônimas de economia mista* se opera pelo processo de *liquidação* previsto nos arts. 137 e seguintes do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, que prevê, após o pagamento do passivo, a partilha ou rateio do remanescente do patrimônio social entre os acionistas; ao passo que o destino do *patrimônio autárquico*, no caso de extinção da *autarquia*, é a sua *incorporação* integral ao patrimônio do Estado, como ensinam THEMISTOCLES CAVALCANTI e outros mestres, sufragando doutrina universal, hoje pacífica (OTTO MAYER, *Droit Administratif*, vol. IV, pág. 338; GASTON JÈZE, *Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. II, pág. 149; LOUIS ROLLAND, *op. cit.*, n.º 261, pág. 243), — solução que não seria possível em se tratando de *patrimônio misto*, de *capital híbrido*, pertencente em parte ao Estado e em parte a pessoas de direito privado (acionistas, quotistas, etc.).

ALFREDO CIOFFI, enumerando os critérios de distinção entre as pessoas jurídicas públicas e as pessoas jurídicas privadas, arrola o seguinte:

“d) perchè i soci delle persone giuridiche private sono e rimangono dei quotisti e riprendono la loro quota, all'atto dello scioglimento; mentre con la cessazione dell'ente pubblico, anche se sorto con la liberalità di uno o più privati, i beni passano alla destinazione di altro servizio pubblico e non è dato esercitarvi alcun diritto successorio”.
(*Op. cit.*, pág. 184).

Idêntico é o asserto de FRANCISCO CAMPOS:

“Pela extinção da personalidade jurídica do serviço descentralizado ou institucionalizado, a pessoa moral subordinada é absorvida na unidade maior, de que era membro, arrastando consigo os bens que se inte-

gram no patrimônio da unidade em que é absorvida”.
(*Direito Administrativo*, 1958, vol. I, pág. 125).

No mesmo sentido opinam CARLOS MEDEIROS SILVA, quando diz que “se a personalidade dela” (*sociedade de economia mista*) “fôsse pública ou autárquica, a devolução deveria fazer-se integralmente ao Estado” (parecer de 23-12-1953, na *Revista Forense*, vol. 151, pág. 112), e M. DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (*Autarquias Administrativas*, Rio, 1939, pág. 170). PONTES DE MIRANDA vai ao ponto de assegurar que, entre os indícios de caracterização da *autarquia*, “os mais prestantes são a *personalidade de direito público*, que indicia sem ser elemento suficiente, e a *destinação dos bens em caso de dissolução da entidade que se pretende autárquica*” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 459).

4.º) Ao contrário do que sucede em relação às *sociedades mistas*, não se concebe *autarquia* constituída como empresa de caráter tipicamente *mercantil*, em que o *fim lucrativo*, por sua própria natureza — e, ainda, *ex vi legis*, — é elemento essencial, inerente ao *objeto* mesmo da entidade, e condição *sine qua non* de sua existência (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, n.º 31, vol. I, págs. 39 e 45; CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, 2.ª ed., n.º 291, vol. I, pág. 470; Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 3 de novembro de 1953, in *Revista dos Tribunais*, vol. 219, pág. 253; Acórdão da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 26 de janeiro de 1951, in *Arquivo Judiciário*, vol. 99, pág. 135; Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 28 de abril de 1952, in *Revista Forense*, vol. 155, págs. 166-167).

Exata, pois, a observação de ERYMÁ CARNEIRO de que, em dessemelhança com as sociedades de economia mista,

“...as autarquias nunca têm a forma de entidades mercantis, não obstante às vezes exercerem operações consideradas como atos de comércio”.
(*Op. cit.*, pág. 197).

5.º) Não se concebe, no Brasil, *autarquia* organizada sob forma *societária* (comercial ou civil). Como justamente acentua THEMISTOCLES CAVALCANTI, invocando a autoridade de DE VAREILLES SOMMIÈRES (*Des Personnes Morales*), em se tratando de *peçoas jurídicas públicas*, “*nem sequer subsiste a idéia de associação de peçoas*” (“*Autarquia*”, verbete, no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, ed. Borsoi, vol. 5.º, pág. 106). Na França são consideradas de natureza *privada* e, por assim, sujeitas ao regime de direito privado, as *emprêsas nacionalizadas* que, embora transitòriamente, conservem a forma *societária* (TREVES, *op. cit.*, pág. 101, nota 1). Informa, a propósito, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, que, apesar de “*transformées en entreprises publiques appartenant à l’État et placées sous sa direction*”, “*les entreprises nationalisées sont soumises aux règles du droit commercial (op. cit., págs. 627 e 633)*”.

Entre nós, pontifica OROSIMBO NONATO:

“*Ao revés do ocorrido na autarquia, a sociedade de economia mista se organiza sob forma de sociedade comercial, dela participando o Poder Público e os particulares. E ela se rege, pelo menos em grande parte, pelo direito privado*”.
(*Parecer citado*).

Inadmissível é, pois, aõ menos em nosso sistema jurídico, *autarquia* em que se mesclêm órgãos do Poder Público e simples particulares subscritores de ações com direito a voto em assembléia e à percepção de dividendos.

6.º) Do mesmo modo que não é admissível *autarquia* constituída com *sócios* ou *acionistas*, tampouco se compreende *autarquia* cujos cargos de direção e administração hajam de ser *partilhados* entre o Poder Público e *particulares* interessados no resultado econômico de suas atividades, eleitos em assembléias, tal como sucede nas *sociedades anônimas de economia mista*.

7.º) Na *entidade autárquica* não há nem pode haver *outro fim* senão o *serviço público* (para cuja execução foi criada), ao passo que na *sociedade anônima de economia mista* — ainda que se execute serviço público — é, também, *fim* precípua e imediato o *interêsse privado* dos acionistas; acrescentando, ainda, a circunstância de poder operar-se a mudança do objeto essencial da sociedade, como o permite o art. 105, alínea d), do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-1940.

Com razão menor do que a que existe em se tratando de *sociedade comercial*, BIELSA focalizara análoga diferenciação entre a *entidade autárquica* e a *sociedade civil*:

“... hay entonces una diferencia importante: en la entidad autárquica *no hay otra finalidad que el servicio público*; en la sociedad civil — aunque realice servicios públicos — hay, además, *otro fin: el interés de los asociados particulares*. De modo, pues, que hay *dos fines distintos* y dos clases de relaciones de derecho — *público* en uno, *privado* en otro — que hacen *inconfundibles* unas y otras entidades, aun cuando ambas gestionen igualmente servicios propios de la Administración pública”.
(RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1947, tomo II, págs. 19-20).

8.º) “Ao contrário das *emprêsas públicas* do Estado” (entre as quais as *emprêsas mistas*), “*regidas consoante princípios de direito privado*, as *autarquias* não se isentam ao cumprimento de múltiplos preceitos normativos de *direito público*”, antes, “*condicionam suas atividades a normas de direito público*, especialmente de direito administrativo e de direito financeiro” e “*não se isentam, por inteiro, da observância das leis de contabilidade pública*” (JOÃO LYRA FILHO, *Regime de Contrôle das Emprêsas Públicas*, págs. 110 e 111).

9.º) O pessoal a serviço das *autarquias* é considerado como constituindo um corpo de *servidores públicos (autárquicos)*, com atribuições, direitos e deveres, semelhantes e, de certo modo, paralelos aos dos *funcionários públicos* própria-

mente ditos, vinculado à mesma relação jurídica de emprêgo (situação legal estatutária), tanto assim que, nos termos do art. 252 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n.º 1.711, de 28-10-1952), o regime jurídico nele prescrito “é extensivo” ... (II) ... “aos servidores das autarquias”, sendo êstes, outrossim, para os efeitos penais, equiparados aos funcionários públicos, ex vi do parágrafo único do art. 327 do Código Penal; ao passo que os empregados das sociedades de economia mista (situação contratual) não se consideram servidores públicos (CARLOS MEDEIROS SILVA, parecer do Consultor Geral da República na *Revista Forense*, vol. 145, págs. 99-100), e, sim, de caráter privado, sujeitos, pois, à legislação trabalhista (que consagra, inclusive, o direito de greve, incompatível com a relação jurídica de emprêgo público). Destarte se manifestou o antigo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por Acórdão de sua 8.ª Câmara, de 24 de agosto de 1951:

“Entre as conseqüências lógicas que decorrem da natureza de direito público dos órgãos autárquicos, figuram o caráter publicístico de seu regulamento e da relação de emprêgo que se estabelece entre tais entidades e seus empregados, o que é suficiente para equiparar às funções públicas as funções para-estatais”.

(*Arquivo Judiciário*, vol. 100, pág. 295).

E, num confronto das duas situações, sublinha THEMISTOCLES CAVALCANTI que

“embora a relação de emprêgo entre a entidade autárquica e seus funcionários seja de direito público, o mesmo não ocorre nas sociedades de economia mista”.

(*O Funcionário Público e seu Regime Jurídico*, Rio de Janeiro, 1958, tomo II, pág. 191).

10.º) Daí resulta, como corolário jurídico imediato, — e em contraste com o regime legal-estatutário (de direito público) da autarquia, — que, como “empresa particular sujeita às

imposições legais indicadas para as sociedades anônimas” (sic), “a sociedade de economia mista responde pelos encargos trabalhistas perante a Justiça do Trabalho” (Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, de 26-2-1956, no Rec. Ordinário n.º 1.481-55, recorrente a Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRÁS e recorrido Carlos Ribeiro Bauerfeldt, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 45, pág. 263). — No mesmo sentido, decisões do Supremo Tribunal Federal nos Conflitos de Jurisdição ns. 2.226, 2.234 e 2.345 (in *Diário da Justiça*, apenso ao n.º 192, de 25 de agosto de 1958, págs. 2.429 e 2.430).

11.º) Assim também, ao revés do que sucede com respeito aos servidores autárquicos, pela apropriação ou desvio de dinheiro, valores ou bens, de que tenham a posse em razão do cargo, não caracteriza o crime de *peculato* (art. 312 do Código Penal) a prática dos mesmos atos, que o configuram, por parte dos empregados em sociedades de economia mista, como é corrente na doutrina e na jurisprudência dos tribunais (JOSÉ DE SIQUEIRA CAVALCANTI e BASILEU GARCIA, parecer jurídico na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 47, págs. 472 a 476); — entendimento que se aplica inclusive aos empregados de empresas incorporadas ao patrimônio nacional:

“O funcionário de autarquia é equiparado a funcionário público para efeito de caracterização do crime de *peculato*” (Acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal (sessão plena), de 25 de março de 1953, no *habeas corpus* n.º 32.296, in *Revista Forense*, vol. 152, pág. 363).

“O empregado do Banco do Brasil S. A. que, por força do seu contrato de trabalho, executa, para o empregador, serviço público contratado com o Tesouro Nacional, não pode ser sujeito ativo do crime de *peculato*” (Parecer do Des. JOSÉ DUARTE, in *Revista Forense*, vol. 179, pág. 83).

“Não pode o diretor do Banco do Brasil, ainda que nomeado pelo Presidente da República, ser considerado funcionário público e, assim, processado pelo crime de *peculato*, em função de sua gestão nesse cargo” (Acórdão do Tribunal Federal de Recursos,

de 22 de junho de 1954, no *habeas corpus* n.º 323, in *Revista Forense*, vol. 159, pág. 344).

“Não sendo funcionário público o empregado de empresa particular incorporada ao patrimônio nacional não pode praticar o crime de peculato” (Acórdão do Tribunal Federal de Recursos (2.ª Turma), de 13 de outubro de 1948, in *Revista Forense*, vol. 138, pág. 242).

12.º) Enquanto o tempo de serviço público prestado em *autarquia* é computável integralmente para efeito de aposentadoria e disponibilidade do funcionário público (art. 80, inciso IV, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), sucede, ao revés disso, que “o tempo de serviço prestado a *sociedade de economia mista* não é de computar-se para nenhum efeito na vida funcional do servidor público”, consoante reiterada jurisprudência administrativa do D.A.S.P. (CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, *op. cit.*, vol. I, pág. 265).

13.º) Em contraste com o que sucede de referência às *autarquias*, nem os bens de propriedade das *sociedades de economia mista* se consideram *bens públicos*, nem os dinheiros a elas pertencentes são havidos por *dinheiros públicos*.

14.º) Enquanto os atos praticados pelas *autarquias*, isto é, por seus administradores ou representantes, “são atos administrativos, tanto *formalmente*, porque emanam de elementos componentes da Administração Pública, embora relativamente autônomos, como *materialmente*, porque têm o conteúdo próprio dos atos administrativos” (SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, pág. 45), nas *sociedades de economia mista* os atos unilaterais e contratuais e, em geral, as operações executadas para assegurar o funcionamento de suas atividades, não têm nem podem ter o especial caráter de *atos e contratos administrativos*, inerente aos atos e contratos praticados pelos *entes estatais e autárquicos*, com as conseqüências e implicações jurídico-legais daí resultantes.

15.º) Jamais se admitiria a possibilidade de incorrer em *falência* uma entidade *autárquica*. Ao revés disso, porém,

a *sociedade anônima de economia mista*, tendo, necessariamente, no direito brasileiro, o caráter *mercantil* e a condição jurídica de *comerciante*, está, *ipso iure*, na falta de exceção expressa em lei, sujeita à falência (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *op. cit.*, vol. II, pág. 132; ARNOLD WALD, “*As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado*”, in *Revista Forense*, vol. 152, pág. 518). Também na França, segundo informa LAUBADÈRE, as empresas públicas “*gérées dans les mêmes conditions que les sociétés anonymes*” “peuvent être mises en faillite ou liquidation judiciaire dans les conditions du droit commun” (*op. cit.*, pág. 629). O próprio WALDEMAR FERREIRA nos dá este registro:

“Tôda sociedade anônima, já se disse, no direito brasileiro, é *comercial*. Como tal, sujeita-se à falência. Comercial será, portanto, a sociedade de economia mista sob a vestidura da sociedade anônima. Como sociedade anônima é comercial e, caindo em estado de insolvência, tem que se submeter à falência.

Não acontecerá isso na Argentina, cuja lei exclui a sociedade de economia mista expressamente da quebra”.

(*Sociedade de Economia Mista*, págs. 143-144).

16.º) Diversamente do que se tem, hoje, como assentado entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial, no tocante à tutela jurídica das *autarquias*, decorrente do presumido interesse do Estado, a opinião dominante do direito brasileiro é a que nega o privilégio de fôro especial às *sociedades de economia mista*. Haja vista, por exemplo, ao Acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal (sessão plena), de 24 de janeiro de 1955, no Rec. Extr. n.º 25.589, cuja ementa assim reza:

“A sociedade de economia mista não tem fôro especial, não havendo como aplicar-lhe o correspondente às *autarquias*”.

(*Revista Forense*, vol. 162, pág. 160).

17.º) As contas dos administradores das *autarquias* são sujeitas ao controle jurisdicional a cargo dos Tribunais de

Contas (art. 77, inciso II, da Constituição Federal e art. 21, inciso III, da Constituição do Estado da Guanabara), — o que não sucede em relação às *sociedades de economia mista*.

Bastariam, entre outros, os pontos de diferenciação e contraste, que vêm de ser apontados, para evidenciar a impossibilidade de, em qualquer situação ou momento, identificar, confundir *sociedades anônimas de economia mista* com *autarquias*, pretender equipará-las ou, pior ainda, admitir que, numa inconcebível e absurda metamorfose, as primeiras se descaracterizem e passem a integrar-se na categoria das segundas, sem modificação formal e substancial dos elementos que as conformam, definem e situam na teoria das pessoas jurídicas.

*

* *

Análise, confronto e crítica dos vários critérios propostos à identificação da natureza pública ou privada das pessoas jurídicas

Nem se argumente que, consoante a tese de que a noção de *personalidade pública* não implica, forçosamente, a de *autarquia*, pode o Estado criar *entes públicos não autárquicos*, ou erigir em pessoas jurídicas de direito público outros entes não caracterizáveis como *autarquias*, a exemplo do que ocorreu, na Itália, com as "*istituzioni di beneficenza*", associações ou fundações de direito privado, *sem fim lucrativo*, a que a Lei de 12 de julho de 1890 conferiu a personalidade de direito público.

Entre nós, PONTES DE MIRANDA admite e sufraga semelhante possibilidade (1), pois, além de sustentar que "nem

(1) "O ser de direito público a pessoa apenas significa que a sua capacidade de direito e a sua organização se regem pelas normas de direito público, e não pelas normas de direito privado (C. CROME, *System*, I, § 48, 216)".

.....
"Se o Estado separou de si, completamente, a pessoa jurídica, mas admitiu que a regressse o direito público, a pessoa

personificação no direito público, só por si, nem o *fim* da entidade autônoma basta para a fazer *autarquia*" (*Tratado de Direito Privado*, § 79, tomo I, pág. 313), aduz, outrossim:

"É possível que fundação, decorrente de negócio jurídico de direito privado (entre vivos ou a causa de morte) se *publicize*, em virtude de regra jurídica anterior ou posterior, ou de ato público anterior ou posterior".

(*Op. cit.*, mesmo tomo, *idem*, págs. 306-307).

Mas a hipótese — que, aliás, demandaria ato legislativo expresso e inequívoco (a *lex specialis*) — não tem qualquer nexo ou relação com o caso das nossas *sociedades anônimas de economia mista*, entidades de natureza *mercantil* e, pois, de *fim lucrativo*, real ou presumido, doutrinariamente conceituadas e definidas na própria lei como pessoas jurídicas de *direito privado* e mandadas reger-se (salvo derrogações expressas) pelas leis e usos do comércio (parágrafo único do art. 2.º do Dec.-lei n.º 2.627, de 26-9-1940).

No vasto campo da doutrina universal, muitos têm sido os critérios escolhidos e as teorias formuladas pelos estudiosos visando a resolver o árduo problema, a *vexata quaestio* da diferenciação entre *pessoas jurídicas de direito público* e *pessoas jurídicas de direito privado*. Mas, a verdade é que a nenhum acôrdo chegaram, até hoje, os autores, justamente em razão de reconhecerem e proclamarem, através de mútuas críticas, a falibilidade de cada qual desses critérios de per si, tanto maior quanto mais acentuada se faz a interpenetração das áreas do direito público e do direito privado. Basta que se atente nesta sucinta análise:

O critério da *origem*, também chamado da *criação legal* ou da *instituição estatal*, esposado, entre outros juristas, por

jurídica não é autárquica, nem, tão-pouco, pessoa jurídica de direito privado".

(PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, §§ 79 e 80, págs. 314 e 315).

ENNECERUS, CROME, BERTHÉLEMY, DUCROQC, GIANTURCO, etc., e adotado pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, foi impugnado sob a óbvia consideração de que o Estado pode, por lei, fundar instituições, criar sociedades e emprêsas com personalidade jurídica de direito privado, do mesmo modo que pode conferir a personalidade de direito público a entidades nascidas da iniciativa particular e, pois, como pessoas de direito privado, uma vez realizadas certas condições (RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 107; F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, vol. I, pág. 294; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1960, vol. II, pág. 111; FERRARA, *Teoria de las Personas Jurídicas*, trad. espanh., 1929, pág. 687; ALESSI, *Diritto Amministrativo*, 1949, pág. 45; LANDI e POTENZA, *op. cit.*, pág. 57; DUEZ e DEBEYRE, *op. cit.*, pág. 123, etc.).

O critério do *fim público* ou de *interêsse geral*, acolhido por vários mestres — OTTO MAYER, ZANOBINI, SANDULLI, SANTI ROMANO, ORLANDO, PUGLIATTI, D'ALESSIO, RANELLETTI, LENTINI, MONACO e CANSACCHI, LANDI e POTENZA, etc., — foi inquinado de insuficiente e falho, porque, além de ser difícil precisar a noção de *fim público*, “há corporações de direito público com encargos puramente de direito patrimonial” ... “e corporações de direito privado para fins puramente ideais e de utilidade comum, até para fins que se ligam a assuntos públicos” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, pág. 314; também, GARRIDO FALLA, *op. cit.*, vol. I, pág. 203; FERRARA, *op. cit.*, págs. 687 e segts.; LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, 1939, vol. I, pág. 72; DUEZ e DEBEYRE, *op. cit.*, pág. 161; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, vol. II, págs. 116-117; M. S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1950, pág. 150; ALESSI, *op. cit.*, pág. 46; GIUSEPPINO TREVES, *op. cit.*, pág. 114; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, 1928, vol. II, pág. 145, etc.).

O critério do *serviço público*, preferido, entre autores outros, por GASTON JÈZE, ROLLAND, FOIGNET, CIOFFI, MIELE, etc.,

e segundo o qual teriam personalidade de direito público os entes com destinação específica à gestão de um *serviço público*, inereceu refutações, não só pela dificuldade de precisar-se a noção de *serviço público*, como, ainda, ante a possibilidade de pessoas jurídicas privadas serem titulares de um serviço público sem perderem tal caráter, podendo até o próprio Estado criar pessoas privadas para o desempenho de serviços públicos (RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 118; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, vol. II, págs. 114-115, etc.).

Assim também o tão decantado critério do “*ius imperii*” (*competência de direito público, direitos e atribuições de poder público*), sustentado, entre grande número de tratadistas, por IHERING, JELLINEK, MICHOD, FERRARA, FERRARIS, RAGGI, FLEINER, COVIELLO, PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAMPOS, etc., sofreu críticas fundadas na razão de que não é decisivo, pois, não somente há pessoas públicas desprovidas de *ius imperii* — e existem mesmo fins públicos para cujo atendimento nem é necessário o exercício de poderes de supremacia, — como, ainda, há pessoas de direito privado, a bem dizer, investidas de um certo *poder de império*; além do que, “o poder de supremacia não exprime a substância e a causa da distinção, mas é, apenas, uma consequência desta” (ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1950, vol. I, págs. 99-100; *idem*, *L'Amministrazione Locale*, 1935, pág. 136; SANTI ROMANO, *op. cit.*, vol. I, pág. 90; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1932, vol. I, pág. 199; RENATO ALESSI, *op. cit.*, pág. 44; LENTINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 71; GASPARRI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1948, vol. I, pág. 90; UGO FORTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 174; DE VALLES, *Elementi di Diritto Amministrativo*, 1951, pág. 81; LANDI e POTENZA, *op. cit.*, pág. 57; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, vol. I, pág. 294; G. MIELE, “*La distinzione tra ente pubblico e privato*”, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1942, pág. 13 da separata; UMBERTO FRAGOLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1949, pág. 99; YORODZU ODA, *Principes de Droit Administratif du Japon*, 1928, págs. 26-27; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel*

de *Droit Administratif*, Paris, 1947, págs. 36 a 37 e 210; LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, págs. 22-23, etc.).

Ao critério do *contrôle estatal*, que indicaria como sinal distintivo das pessoas menores de direito público a existência de um *contrôle* positivo e direto, espécie de tutela, por parte do Estado sobre as mesmas, segundo as preferências de outra corrente de autores onde se incluem GIROL, LA LUMIA, CIOFFI, CRISCUOLO, etc., contrapôs-se a tríplice objeção de que, — além de tratar-se de mero *efeito* ou *consequência* do caráter publicístico, e de não ser fácil estabelecer-se, em concreto, na multiplicidade dos casos, o *fim* (até mesmo a natureza e o grau) do *contrôle*, — é freqüente, e cada vez mais se acentua, o *contrôle estatal* (que excede, de muito, o simples poder de polícia) sobre entes privados, tais como cooperativas, consórcios, associações sindicais, empresas de interesse público, instituições assistenciais ou beneficentes subvencionadas, etc. (D'ALESSIO, *op. cit.*, vol. I, pág. 198; LENTINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 73; DUEZ e DEBEYRE, *op. cit.*, pág. 161; SANTI ROMANO, *op. cit.*, vol. I, pág. 90; RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 105; FORTI, "Vigilanza e tutela sugli enti ed imprese private", na *Rivista Massim. Giurisprudenza del Lavoro*, 1935; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, vol. II, pág. 113; ZANOBINI, *Corso*, vol. I, pág. 99; *idem*, *L'Amministrazione Locale*, pág. 135; FRAGOLA, *op. cit.*, págs. 99-100; ALESSI, *op. cit.*, pág. 44; RANELLETTI, "Concetto delle Persone Giuridiche Pubbliche Amministrative", na *Rivista di Diritto Pubblico*, 1916, 1.^a parte, pág. 339; PIETRO BODDA, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 1949, vol. I, pág. 46; GASPARRI, *op. cit.*, vol. I, pág. 90; LANDI e POTENZA, *op. cit.*, págs. 57, etc.).

O critério do *enquadramento na organização estatal*, defendido por GIERKE, UGO FORTI, HAURIOU, WALINE, RAGGI, SANDULLI, ALESSI, VITTA, DE FRANCESCO, RANELLETTI, CAMMEO, FALLA, etc., — segundo o qual são de natureza pública aqueles entes que fazem parte integrante da Administração Pública, porque o Estado os *enquadra* no mecanismo, no sistema de sua própria organização, — choca-se também com obje-

ções, como a de BASAVILBASO (*op. cit.*, vol. II, págs. 118-119), de que o "*enquadramento*" não é um sinal específico, mas a resultante de uma conjugação de critérios outros, sendo, pois, mero *efeito* ou *consequência* deles, e a de PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, tomo I, pág. 314), no sentido de que "*há pessoas jurídicas de direito público sem ligação estatal*" — (*idem*, § 80, n. 1).

O critério da "*obrigação de fim*", ou seja, do *dever, perante o Estado, de cumprir um determinado fim público institucional*, através, portanto, de uma atividade totalmente instrumental (funcional), isto é, vinculada exclusivamente ao objeto estatal, — concepção de ROSIN (*Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Friburgo-B, 1886, pág. 18), sufragada por vários autores, inclusive GIANNINI, — apesar dos muitos simpatizantes, que granjeou, entre os quais também CAMMEO, FORTI e ROMANO, não escapou à contradita de PONTES DE MIRANDA ilustrada com o exemplo das Universidades e Faculdades Livres (*op. cit.*, tomo I, pág. 306), nem aos reparos de que "*há empresas de caráter privado que se encontram nessa posição de obrigação para com o Estado, como as sociedades concessionárias de serviços públicos*" (TITO PRATES DA FONSECA, *op. cit.*, págs. 75-76), e, pois, "*la realtà smentisce la dottrina*" (RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 104; *idem*, BASAVILBASO, *op. cit.*, vol. II, págs. 117-118; FERRARA, *Persone Giuridiche*, pág. 111, etc.).

Contra o critério dos *privilégios administrativos*, preconizado, entre outros autores, por DUEZ e DEBEYRE (*op. cit.*, pág. 162), e que assinala o ente público pelo gozo de um certo número de *privilégios* (prerrogativas ou regalias peculiares à atividade administrativa do próprio Estado), arguiu-se que a outorga de semelhantes privilégios e benefícios é feita, também, por vezes, a pessoas jurídicas privadas, e até a pessoas físicas no exercício de funções públicas (concessionários, etc.), sem, por isto, assumirem o caráter de entes públicos (F. D'ALESSIO, *op. cit.*, vol. I, pág. 200; WALINE, *op. cit.*, página 285).

Contestou-se o critério da forma, adotado por juristas do vulto de SIGLOCH, de WOLFER — e de GARCÍA-TREVIJANO, para quem “o índice de distinção entre a pessoa jurídica pública e a privada está justamente na forma de corporação ou de fundação, que a mesma tenha” (*Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madri, 1957, pág. 149), — com o argumento de que não se pode admitir a forma como determinante da qualificação do caráter público ou privado de uma pessoa jurídica, consoante a tese de que pode haver instituições formalmente de direito privado, mas materialmente de direito público (FALLA, *op. cit.*, vol. I, pág. 295; ZWAHLEN, *op. cit.*, pág. 104).

Assim, também, ao critério da autonomia (e auto-tutela), defendido, entre outros administrativistas, por BENVENUTI (*Appunti di Diritto Amministrativo, Parte Generale*, 3.^a ed., Pádua, 1955, págs. 63 a 65), foram opostos os argumentos de que “há o autónomo extra-estatal” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo I, pág. 308) e da existência de serviços públicos autónomos e não personificados (MARCANTONIO, *La Azienda dello Stato*, Milão, 1950, pág. 122; RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, páginas 112, 113 e 114; BODDA, *op. cit.*, vol. I, pág. 50; ALFONSO TESAURO, *Nozioni Elementari di Diritto Amministrativo Italiano e Legislazione Sociale*, Nápoles, 1940, págs. 25 e 26; DUEZ e DEBEYRE, *op. cit.*, pág. 160; PERRAUD-CHARMANTIER, *Droit Administratif*, Paris, 1948, pág. 14; ZANOBINI, *Corso*, vol. III, págs. 28, 29 e 57; *idem*, *L'Amministrazione Locale*, págs. 137-138; LEOPOLDO BRAGA, *Pareceres e Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1959, tomo I, págs. 255 a 259).

Igualmente combatido foi o critério da distinção entre escopo altruístico e escopo egoístico, conforme a natureza interessada ou desinteressada das atividades exercidas, — suscitado por certos autores e invocado em arestos italianos e franceses, — sob a eiva de insuficiente, dúbio e de difícil aplicação; tanto mais quanto há inúmeras instituições privadas de escopo humanitário, filantrópico, genuinamente altruístico e desinteressado de qualquer lucro ou vantagem material (GOROVTSSEFF,

Théorie du Sujet de Droit, Paris, 1928, pág. 199; RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 103; FRAGOLA, *op. cit.*, pág. 99).

Em suma, tal como sucedeu em relação aos que vimos de enumerar, censurados e refutados foram todos os demais critérios sugeridos, inclusive, ainda, os da contribuição financeira do Estado, do elemento patrimonial estatal, da adesão forçada, da constituição coactiva, etc. (FRAGOLA, *op. cit.*, pág. 100; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo I, pág. 307; RAGGI, *op. cit.*, vol. IV, pág. 105, etc.).

Daí haver afirmado VILLEGAS BASAVILBASO que “la doctrina no presenta, hasta ahora, una sola fórmula satisfactoria y es por ello que se ha dicho ajustadamente que la cuestión es acaso insuperable” (*op. cit.*, vol. II, pág. 119).

Curioso, porém, é registar que as variações opinativas se prolongaram no plano das soluções buscadas como remédio às apontadas deficiências doutrinárias. Enquanto alguns autores, entre os quais MICHOD, foram levados a reconhecer que todos aquêles “critérios” se reduziam, afinal, a meros “sintomas”, de modo que só se poderia, então, classificar, com segurança, uma pessoa moral como de direito público quando reunisse vários dos aludidos sinais e pelo conjunto deles (*La Théorie de la Personnalité Morale*, Paris, 1906, tomo I, pág. 218), outros foram ao ponto de sugerir sua rejeição pura e simples, a exemplo de PIETRO GASPARRI, em cujo parecer “non si fa una teoria esatta semplicemente col sommare assieme diverse teorie inesatte”, pois “si tratta di un espediente che niente risolve” (*op. cit.*, vol. I, pág. 91).

Pacificou-se, todavia, a doutrina, no geral entendimento, assinalado por MAURICE HAURIOU, de que “na dúvida, deve presumir-se o caráter privado do estabelecimento” (*Précis de Droit Administratif*, 11.^a ed., Paris, 1927, pág. 237, nota 2).

*

* *

Excelência do critério “vontade do Estado”. Provas e índices de sua manifestação

Seja como fôr, porém, o que verdadeiramente interessa conhecer, o que se faz necessário estabelecer, o que impende indagar e averiguar, em todos os casos, para saber se, em determinada entidade, há *pessoa pública* ou *pessoa privada*, é nada mais nada menos do que a *vontade do Estado* contemporânea do ato criador da mesma entidade. Todos os critérios *objetivos* porventura existentes devem ser utilizados exclusivamente como “*dados*” em função desse elemento *subjetivo*, que é, em última análise, o único realmente idôneo à identificação da personalidade jurídica, *de direito público*, ou *de direito privado*, nos entes de criação estatal.

Conquanto insuficientes ou falíveis, podem aquêles mencionados *critérios*, em casos obscuros e duvidosos, servir como elementos reveladores ou apenas indiciários da *vontade estatal* de criar um *ente público*; não, porém, quando se lhes oponha sobrelevante e decisivo elemento de convicção em contrário, qual o da própria e deliberada *escolha* de um *instituto jurídico do direito privado*, e *de fim necessariamente lucrativo* (a *sociedade por ações*), — ainda mais, de *parçaria* com o capital privado, sob a modalidade de *empresa mista*. — para informar a escogitada pessoa jurídica.

Razão sobeja assiste, pois, a GASTON JÈZE, quando pontifica:

“La *intención* de los gobernantes es lo único que debe considerarse”.

“Para saber si existe establecimiento público propiamente dicho, es preciso tener en cuenta la *voluntad del legislador*”.

(*Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. espanh. Editorial Palma, Buenos Aires, 1949, vol. II¹, págs. 19 e 31).

Afirma, aliás, o mestre eminentíssimo, ser essa “*a opinião geralmente admitida*” (*op. cit.*, mesmo volume, pág. 31, nota n.º 60).

ANDRÉ DE LAUBADÈRE esposa e professa análogo entendimento:

“A quoi reconnaît-on” — pergunta êle — “qu’une activité donnée constitue un service public? Pour quel indice va-t-on identifier le service public, le distinguer soit d’une entreprise privée de l’administration, soit d’une pure entreprise privée d’un particulier?”

E responde:

“Généralement le juge a en même temps à se poser la seconde question, savoir si l’organisme en présence duquel il se trouve est un organisme *public* ou *privé*”.

“...le juge devant lequel la question est soulevée doit se demander si la Puissance publique *a voulu*, dans l’espèce, créer un service public...”

“...c’est à cette *intention* qu’il faut en revenir en dernière analyse”.

(*Manuel de Droit Administratif*, 2.^a ed., Paris, 1947, págs. 22, 23 e 25).

De igual modo opina LOUIS ROLLAND, ao tratar da “determinação da natureza exata dos diversos serviços públicos”:

“Il convient avant tout de rechercher quelle a été l’*intention* des créateurs du service” ... “Dans le silence des textes et des travaux préparatoires, elle se révèle a l’examen des *règles d’organisation et de fonctionnement* et à celui de toutes les circonstances ayant entouré la création du service”.

(*Op. cit.*, n.º 27, pág. 21).

É insiste, mais além, delineando o “*criterium* da distinção entre *serviços públicos* e *empresas de interesse público*” (1), na conveniência

“d’examiner . . . l’ensemble des règles d’organisation et de fonctionnement et de rechercher si, de cet examen, se dégage ou non l’intention des gouvernants de créer un service public”.
(*Op. cit.*, pág. 24).

O próprio RANELLETTI, ao estruturar doutrinariamente sua concepção de *pessoa jurídica pública*, apreça o fator *vontade do Estado*, tanto que estabelece como condição para, como tal, identificá-la, que o Estado assim “*a considerare*” (*op. cit.*, n.º 373, pág. 569), em concordância com a regra anteriormente afirmada: — “*Non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la considera como tale*” (*idem*, n.º 372, pág. 567).

É certo que no direito brasileiro não tem foros de doutrina aceita e dominante a chamada *concepção subjetiva* do serviço público, defendida por JÈZE e LAUBADÈRE, e segundo a qual “*não existe serviço público por natureza*”, isto é, a noção de *serviço público* não corresponde a nenhum conceito *objetivo*, mas se conforma, reduz ou estende, ao que o Estado resolve e quer considerar como tal.

Todavia, não se perca de vista que o próprio GASTON JÈZE reconhece e afirma que “*a idéia de serviço público é intimamente vinculada à de processo de direito público*” (*apud* J. GUIMARÃES MENEGALE, *op. cit.*, vol. II, pág. 229).

(1) De referência às segundas (“*entreprises d’intérêt public*”), observa ROLLAND:

“Ces entreprises ne sont cependant pas des services publics, même au sens large du terme. Ce sont des *entreprises privées* soumises au droit privé en principe. L’application qui leur est faite en certains cas de règles spéciales constitue une exception qui ne doit point être étendue”.
(*Op. cit.*, pág. 23).

GASCÓN Y MARÍN conceitua o *serviço público* como

“el prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo, *utilizando procedimiento jurídico público* también que somete las relaciones creadas a régimen especial”.
(*Tratado de Derecho Administrativo*, 11.ª ed., Madri, 1950, tomo I, pág. 228).

Em nossa tradição jurídica — doutrinária e jurisprudencial — a concepção prevalecente de *serviço público* tem sido sempre a que se conforma ao seu sentido *objetivo*, que é, como bem sustenta, em Portugal, MARCELLO CAETANO, o sentido *próprio* ou *técnico* do serviço público, — aquêlo em cujo desempenho se empregam “*meios de direito público*”:

“No sentido objetivo, que é o próprio ou técnico, *serviço público* é a organização destinada a dar satisfação regular e contínua a determinada necessidade coletiva *empregando meios de direito público*”.
(*Manual de Direito Administrativo*, n. 45, pág. 79, *apud* ANTÃO DE MORAES, *Problemas e Negócios Jurídicos*, São Paulo, 1949, vol. III, pág. 29).

Até no próprio elenco das atividades exercidas por certos entes públicos, algumas há que, em verdade, não se podem considerar “*serviços públicos*”, qual justamente reparou o douto JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, com segura visão do fenômeno, em artigo doutrinário publicado no *O Jornal*, sob o título “*Os Poderes das Autarquias*”:

“Há, entretanto, serviços públicos *aparentes*, porque na realidade são de ordem particular, prestados pelo Estado e organizações como unidades de administração pública em geral. São todos aquêles que correspondem à intervenção do Estado no domínio econômico, quer organizando *empresas* em concorrência com as organizações particulares, quer monopolizando determinada indústria ou atividade”.

Acrecece notar, por outro lado, que, mesmo quando possam ser consideradas, ou oficialmente declaradas “*serviços públicos*” certas atividades só impròpriamente apreçáveis como tais, por isso que de natureza tradicionalmente *privatística* ou alheias aos chamados *fins estatais*, daí não decorre, necessariamente, a caracterização dos entes ou organismos, que as exercem, como *peçoas públicas*, pois, segundo adverte THEMISTOCLES CAVALCANTI,

“relações de direito privado se apresentam dentro de certas organizações estruturadas nos quadros gerais do direito administrativo — exemplo: as *sociedades de economia mista, emprêsas incorporadas, etc.*”.

além do que,

“existem emprêsas industriais ou comerciais do Estado consideradas serviços públicos e que *devem viver sob o regime da gestão privada*”.
(*Curso de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, 1961, pág. 218).

Isso abona e confirma a tese de que, se a gestão de certos negócios ou atividades — embora declarados ou reconhecidos como “*serviços públicos*”, — não se realizar por “*processos*” ou “*meios de direito público*”, mas, sim, através de *processos* ou *meios de direito privado*, o órgão que a exerça não será *pessoa jurídica de direito público*, e, sim, *pessoa jurídica de direito privado*, sejam quais forem os seus vínculos com a Administração ou o grau de interêsse que esta possa ter na sua vida funcional.

Em que pese aos adeptos da teoria do “*serviço público virtual*”, ainda hoje, em nossa ordenação jurídica, não depende da vontade caprichosa e arbitrária do Estado a definição ou qualificação do que se haja de considerar “*serviço público*” pròpriamente dito, e, sim, de fatores *objetivos*, que devem ser

pesquisados e apurados em concreto, no quadro das realidades e necessidades políticas, econômicas e sociais, de cada época. Essa parece ser, em verdade, a orientação que melhor atende aos aspectos e implicações *constitucionais* do problema, e por virtude dela não se consideram idôneos e bastantes, para efeito da *imunidade* tributária estabelecida no art. 31, V, “*a*”, da Carta Magna, os chamados “*serviços públicos por força de lei*”, quando como tais *declarados*, *contrariamente à evidência dos fatos* (THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 45; PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. VI, pág. 297; Acórdão do Tribunal Superior de Justiça da Bahia, de 18-3-1919, *in Revista de Direito*, vol. 53, págs. 536-537).

“O Estado” — escreve PONTES DE MIRANDA — “faz de direito público a pessoa jurídica; porém não é de seu arbítrio fazer ser pessoa de direito público qualquer entidade. O *fim* da pessoa jurídica, sociedade, associação ou fundação, é que há de ser *público*, para que possa ser de direito público a pessoa; sem que se tenha de fazer de direito público tôda pessoa jurídica que tenha fim público ou de interêsse público”.
(*Tratado de Direito Privado*, vol. I, § 76, pág. 294).

Sem embargo, no que concerne à indagação da *personalidade* — *pública* ou *privada* — dos entes jurídicos *criados por iniciativa estatal*, sendo, como é, livre ao Poder Público promover a criação tanto de *entes públicos*, quanto de *entes privados*, à feição da conveniência administrativa, logicamente, a originária *vontade do Estado*, porventura apurável, expressa ou implicitamente, é e não pode deixar de ser o índice preferencial, o elemento sobrelevante, o critério decisivo para determinar e caracterizar a natureza *pública* ou *privada* das pessoas jurídicas por *ele próprio instituídas* (1).

(1) Em parecer emitido no Rec. Extr. n.º 2.847, de São Paulo, a Procuradoria Geral da República assim opinou:

“É na manifestação solene da *vontade do Estado* que os estabelecimentos públicos encontram a origem de sua constituição”.

Ora aplicados tais princípios, no direito brasileiro, às *sociedades anônimas de economia mista*, a personalidade jurídica de direito privado de tais entidades ressalta evidentemente atestada por inequívoca afirmação da *vontade do Estado*, claramente expressa através da *ESCOLHA* de *formas, métodos e técnicas do direito privado*, para a constituição, o funcionamento e a regulamentação jurídica da empresa — além do fato de ser a mesma de *fim lucrativo*, comercial ou industrial.

Tem, realmente, o Estado, para a realização de seus fins, o poder, a liberdade de *escolher* formas e processos de direito público, ou de direito privado, e, pois, o, alvedrio de criar entes públicos ou entes privados, como justamente observa GIUSEPPINO TREVES:

“Ma, in realtà, per conseguire un dato fine, l'Amministrazione può spesso scegliere fra il procedimento a lei riservato dal diritto pubblico e quello offertole dal diritto privato”.

.....
“Ma per soddisfare un dato interesse pubblico nel campo economico lo Stato può creare tanto enti pubblici che enti privati, seguendo ragioni di convenienza”.

(Op. cit., págs. 30 e 114).

CAIO TÁCITO, na sua já mencionada contribuição ao Congresso Jurídico Internacional da Associação Henri Capitant, realizado no Rio de Janeiro em julho de 1963 — “Rapport Général Brésilien — Thème D”, intitulado “Les Sociétés d'Économie Miste et les Entreprises Publiques, et les Fondations de Droit Public”, onde assinala e sustenta que “l'entreprise commerciale de l'État est une personne morale de droit privé”, também focaliza como elemento determinante da natureza jurídica da entidade êsse aspecto da preferência e escolha, pelo próprio Estado, de estruturas e métodos de direito privado para o melhor e mais conveniente exercício de certas atividades que po-

deriam ser desempenhadas através de órgãos da administração direta ou de entes públicos da administração descentralizada:

“L'activité qu'elle exerce pourrait, en principe, être exercée par un organe de l'administration directe, mais de caractère autonome, ou bien être du ressort d'un établissement public.

La forme de gestion et la nature juridique de la personne découlent de la volonté du législateur qui préfère, pour des motifs pratiques, la souplesse de la société commerciale pour une meilleure exécution de la tâche administrative”. (Os grifos são nossos).

Destarte, se o próprio Estado, podendo instituir, para determinado fim, um ente público, sujeito às “regras de organização e de funcionamento” prescritas pelo direito público, *PREFERE*, deliberadamente, criar, estruturar uma pessoa jurídica com adoção da forma de *sociedade anônima*, sob a égide de uma lei que a declara *sempre* de caráter *mercantil* e *regida pelas leis e usos do comércio* (parágrafo único ao art. 2.º da Lei n.º 2.627, de 1940) e dentro num regime jurídico onde vige a regra legal de que “*são pessoas jurídicas de direito privado*” “*as sociedades mercantis*” (Código Civil, art. 16, n. II), não se pode admitir, sem contrassenso e absurdo, que o desígnio do legislador fôsse o de instituir um ente público; pois, ao revés disso, é claro, intuitivo, indubitável, que a *vontade estatal* foi, precisamente, a de, por conveniências de ordem econômica, política ou administrativa, criar um ente dotado de *personalidade jurídica de direito privado*, um organismo jurídico desintegrado do aparelho administrativo governamental.

Têm, aqui, perfeito cabimento e justeza estas interrogações de THEMISTOCLES CAVALCANTI:

“Como, portanto, *forçar* a intenção do legislador, integrando na organização do Estado o que êle próprio desintegrou expressamente?

Como atribuir-se *personalidade de direito público*, quando a lei a considera *de direito privado*?

Existirá um pressuposto teórico colhido na doutrina vacilante e flexível sôbre personalidade jurídica, que possa dominar a própria letra da lei?

Não parece possível".
(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, página 380).

Noutros países onde, aliás, é menos rígida e constringente a coordenação normativa a respeito, assim também se há entendido e concluído com o simples emprêgo do raciocínio lógico, — êsse mesmo raciocínio que inspirou à sabedoria popular o notório provérbio de que "*quem não quer ser lobo não lhe veste a pele*".

É ainda TREVES quem, sustentando a tese de que "não exercitam *empresas públicas* as *sociedades privadas* das quais o Estado ou entes públicos sejam acionistas", embora se colime um interêsse da Administração, afirma que, mesmo na hipótese de apropriar-se o Estado (ou qualquer outro ente público) de *tôdas* as ações ou cotas de uma sociedade existente e administrá-la, pôsto que se trata de uma empresa em forma *privada*, ou, melhor, desde que o Estado se serve de um "instituto do direito privado", "*la personalità di queste società rimane di diritto privato, nonostante la partecipazione dell'amministrazione*" (*op. cit.*, págs. 24-25) (1).

(1) Vale a pena reproduzir, aqui, no original italiano, a lição de TREVES:

"NON ESERCITANO IMPRESE PUBBLICHE LE SOCIETÀ PRIVATE DI CUI LO STATO O ENTI PUBBLICI SIANO AZIONISTI. — L'impresa pubblica va esclusa pure nel caso di gestione da parte di società private a cui partecipi la pubblica amministrazione. Questa partecipazione assume due forme. In primo luogo, lo Stato, un ente pubblico, lo Stato ed uno o più enti pubblici, oppure due o più enti pubblici possono costituire una società commerciale, o appropriarsi di tutte le azioni o quote di una società esistente, ed amministrarla. In secondo luogo, le anzidette persone pubbliche possono partecipare al capitale ed all'amministrazione di una società, congiuntamente a soggetti privati, e di solito con il possesso della maggioranza delle azioni o quote. In entrambi i casi, *la pubblica amministrazione si serve di un istituto del diritto privato*, anziché di uno del diritto pubblico. Dal punto di vista economico, anche qui l'impresa può qualificarsi pubblica, perchè, prescindendo dalla

GARCÍA-TREVIJANO, a seu turno, adverte de que

"cuando se adopta la forma de *sociedad* es indudable que se ha querido someter jurídicamente dichas personas a los dictados del Derecho privado".
(*Op. cit.*, pág. 149).

Diz, outrossim, FERNANDO GARRIDO-FALLA que

"a las entidades que adoptan la forma de *sociedad* no se les reconoce aquel carácter" (o de *personas públicas*), "pues las sociedades mercantiles que *dependen* del Estado *no forman parte* de su organización".

.....
"...hay que repetirlo, las entidades que el Estado crea en forma de *sociedades privadas* son cabalmente aquellas que *quiere desplazar de su propia organización administrativa*".
(*Op. cit.*, vol. I, págs. 295 e 297).

HOUIN vai ainda mais longe, com o assinalar uma tendência à *privatização* de certos estabelecimentos públicos, quando explica que

"en qualifiant les nouveaux établissements publics de "*commerciaux et industriels*", le législateur a précisément voulu les rapprocher des entreprises privées et leur donner un statut dérogeant au statut traditionnel des établissements publics".

(R. HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, no livro *La distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'Entreprise Publique — Archives de Philosophie du Droit*, ed. Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 90).

veste jurídica, in essa si persegue, in definitiva, un interesse dell'amministrazione. *Giuridicamente*, però, il problema si presenta in termini diversi, come spesso accade, date le diverse posizioni da cui partono le due scienze. Non è esatto qualificare questi casi come "imprese pubbliche in forma privata", perchè *tale forma è l'unica che conta. La personalità di queste società rimane di diritto privato, nonostante la partecipazione dell'amministrazione*".
(*Ibidem*, págs. 24-25). (Os grifos são nossos).

Há quase trinta anos volvidos, já acentuava, aqui, o nosso conterrâneo TITO PRATES DA FONSECA:

“Quando, portanto, o Estado funda instituições que não saem da órbita do direito privado, não torna, por isso, pessoa de direito público a instituição, cujo conteúdo não é um serviço público. Se se trata de uma instituição com fins que se concretizam em serviços públicos, e não é um estabelecimento público personalizado, só pode ser instituição de direito privado” (op. cit., pág. 77).

Idêntico é o ponto de vista de THEMISTOCLES CAVALCANTI:

“Desde que a participação do Estado na empresa revestiu-a de uma forma peculiar às sociedades comerciais, não vemos como se lhe possa negar feição puramente comercial e, portanto, rigorosamente de direito privado”.
(Instituições de Direito Administrativo Brasileiro, 2.^a ed., vol. II, pág. 290).

O próprio ANDREA ARENA rende-se a essa evidência:

“Lo Stato potrà costituire persone giuridiche, corporazioni o fondazioni che non abbiano nulla a che fare col tipo delle società anonime. Ma quando presceglier di costituire una società anonima secondo il codice, deve esso per il primo adattarsi e sottometersi alla disciplina comune”.
(Le Società Commerciali Pubbliche, Milão, 1942, pág. 290).

Eis como, a respeito, depõe o preclaro FRANCISCO CAMPOS:

“Ora, foi o próprio Estado que, ao decidir o seu ingresso no domínio da indústria e do comércio, manifestou, de modo claro e inequívoco, que não o fazia revestido das insígnias ou parafernalias inerentes ao poder público, mas colocando-se no mesmo

plano dos particulares, mediante um instrumento jurídico cujo uso está franqueado indistintamente a todos — a sociedade anônima, que, por ser dotada de personalidade própria, não se confunde com a personificação do poder público, que é a forma jurídica revestida pelo Estado quando adstrito ao domínio que lhe é próprio, reservado ou exclusivo...”.

“Havendo, assim, o próprio Estado, usado da faculdade, que lhe não é vedada, de ingressar na concorrência industrial ou comercial, êle o fez de modo indireto, ou mediante um instrumento jurídico de uso comum ou geral, manifestando, dêste modo, que não reclamava para si o gozo, no domínio econômico, dos privilégios que lhe foram atribuídos na sua capacidade de soberano ou com o fim de se lhe assegurar, na órbita que lhe é específica, ou insuscetível de ser compartilhada, a preeminência indispensável à imposição da sua vontade, desde que circunscrita às limitações constitucionais, à vontade das demais pessoas sujeitas a sua jurisdição.

Para isto, o Estado, com o fim de tornar fora de dúvida que o fazia despindo-se dos seus privilégios específicos e exclusivos, êle próprio tomou a iniciativa de associar-se a pessoas de direito privado para com elas, e no mesmo plano em que juridicamente se acham colocadas, participar dos benefícios resultantes dos empreendimentos privados, cujas notórias vantagens sobre os empreendimentos públicos não deixariam de haver pesado na sua deliberação de optar pelo regime comum...”

“Assim foram criadas as sociedades mistas, cujo regime não exorbita do direito comum”. (Os grifos são nossos).

(Parecer, na Revista de Direito Administrativo, vol. 72, págs. 387-388).

Veja-se, finalmente, a lição magistral de SEABRA FAGUNDES:

“Se nada impedia o legislador de ir mais longe ao derogar a lei das sociedades por ações, caso fôsse intuito seu emprestar à sociedade de capital misto

características mais distantes do tipo padrão de sociedade comercial, e êle *preferiu* restringir-se a umas poucas disposições especiais, há de entender-se que agiu *deliberadamente*, com o propósito de preservar, ao máximo, a estrutura e o sistema de funcionamento prescrito pelo direito comum às sociedades do tipo adotado (ARENA, *Le Società Commerciali Pubbliche*, 1942, págs. 257-258). Esse sistema tem, portanto, plena oportunidade na regulação da vida social, tanto mais quanto o apêlo, por parte do Estado, na organização de determinada empresa, aos moldes usados nas relações da vida comercial, significa uma *eleição* dos processos que a regem, porque certamente considerados, na flexibilidade e simplicidade do seu mecanismo, os mais adequados à realização do objetivo que se tem em vista”.

(Parecer jurídico, na *Revista Forense*, vol. 146, pág. 88).

O decisivo elemento “*vontade estatal*” se apresenta, pois, clara e indubitavelmente definido, nas *sociedades anônimas de economia mista*, como revelador da *intenção* de criar *pessoas jurídicas de direito privado*, e não *pessoas jurídicas de direito público*.

Não há resposta nem argumento contra isto.

* * *

Razões de necessidade e conveniência em contrário à publicização das sociedades mistas e das empresas industriais do Estado, em geral.

A “*vontade do Estado*”, assim claramente manifestada na *preferência* pelo modelo das *sociedades anônimas*, é inspirada por óbvios e sobrelevantes motivos de *conveniência*, senão mesmo de *necessidade*, ligados aos melhores interesses da política econômica, que vê na adoção das formas, técnicas e processos do direito privado múltiplas e apreciáveis vantagens para a

gestão de certos negócios e atividades de utilidade pública nos setores industrial e comercial, tais como a independência aos estorvos e controles burocráticos, o alheamento ao formalismo administrativo e às injunções da política, maior liberdade de ação, dinamismo, flexibilidade, espírito de iniciativa, de inovação e de renovação, redução dos custos, facilidades na utilização do crédito, no acesso aos meios de produção, na concorrência e conquista de mercados, na administração de pessoal, etc..

Di-lo bem FERNANDO ALBI:

“Con la adopción de normas mercantiles se tiende a sustituir los procedimientos rígidos de la Administración por soluciones de mayor elasticidad, a eliminar la influencia perniciosa de la política, y a proscribir el espíritu burocrático, dentro del cual no puede lograrse la eficacia y la agilidad indispensables en servicios acusadamente técnicos”.

(*Op. cit.*, pág. 181).

GIUSEPPINO TREVES enuncia, entre as vantagens da gestão de certos interesses públicos através de sociedades comerciais, a de

“liberarsi da ogni inceppamento burocratico ed ottenere una maggiore efficienza dall'esercizio di una impresa, mediante l'adozione completa delle forme organizzatorie del *diritto privato*”.

(*Op. cit.*, pág. 103).

LELLO GANGEMI enumera como “vantaggi della gestione privata” as seguintes: “riduzione di costi, maggiore rendimento del personale e dei fattori di produzione, prontezza ed elasticità amministrativa, rapidità delle innovazioni” (*Elementi di Scienza delle Finanze*, 4.^a ed., pág. 187). E ZANOBINI, aludindo às “ragioni di convenienza” que justificam a *escolha* das formas e processos do direito privado para a gestão de empresas industriais de criação estatal com a colaboração privada, salienta

que "il privato col suo spirito d'iniziativa, col suo interesse diretto agli utili della gestione, ottiene spesso dall'impresa quei risultati che sarebbe vano pretendere dagli organi della pubblica amministrazione" (*Curso di Diritto Amministrativo*, 4.^a ed., vol. 3.^o, pág. 303). Vários outros autores, estrangeiros e nacionais, emitem análogos juízos. ERYMÁ CARNEIRO já observara que "ninguém mais contesta as vantagens da técnica das empresas privadas em comparação com o regime das repartições públicas", o que induziu o Estado moderno a adotá-la (*op. cit.*, págs. 78-79); ao passo que FRITZ FLEINER, na Alemanha, há cerca de trinta anos, dava, dessa realidade, expressivo e autorizado testemunho:

"En todos aquellos casos en que el Estado y los Municipios administran sus servicios de carácter económico con las formalidades del Derecho privado, logran la libertad de acción anhelada y que difiere de la tradicional rutina administrativa".

.....
"El Derecho privado ha proporcionado a la Administración pública una amplitud inmensa".
(*Op. cit.*, ed. espanhola, pág. 103).

Pretender-se, pois, deslocar, transplantar tais *empresas mistas* do seu campo próprio — o do *direito privado* e, especialmente, o do *direito comercial* — para o campo do *direito público* significa, além de um erro jurídico, um ilogismo; importa o contrassenso e o desserviço de anular precisamente os benefícios e vantagens determinantes e condicionadores da preferência estatal pela forma societária.

Observou, mui judiciosamente, PHILADELPHO AZEVEDO que, "se a orientação político-administrativa do Estado brasileiro tem sido hoje a de *descentralizar* serviços, não se pode presumir que onde menos se justificasse promovesse êle *movimento em sentido inverso*" (*op. cit.*, tomo VII, págs. 60-61).

*
* *

Reações, em teoria e na prática, contra as tentativas de publicização e burocratização das sociedades mistas e das empresas industriais do Estado

A constatação desses benefícios e vantagens não somente levou o Estado a criar, *intencionalmente*, visando ao gôzo deles, empresas mistas, sob a forma de *sociedades anônimas* e, pois, com personalidade jurídica *de direito privado*, para a gestão de certos interesses econômicos, principalmente no setor da produção industrial, como, ademais, aqui e alhures, inspirou e consolidou o convencimento doutrinário de que "*é da própria essência da instituição o conservar as suas características de ente de direito privado*", tal como salientou o já citado "Relatório" de 27 de agosto de 1943, redigido por LÚCIO BITENCOURT, invocando a autoridade de grandes mestres (PRESUTTI, ZANOBINI, CINO VITTA, AUBERT, GERBINO), para concluir que essas sociedades mistas são "*reguladas pelo direito privado*", "*CONVINDO QUE O CONTINUEM A SER*" (*sic*), ante o exato conceito formulado por JOHN THURSTON, no sentido de que "*os interesses públicos são superiormente servidos quando se atribui a essas entidades caráter privado*":

"In the law of government proprietary corporations, the public interest is best served by regarding them as private" (Cit. *Government Proprietary Corporations*).
(*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, fasc. II, pág. 917).

OSCAR SARAIVA registou, como "fenômeno curioso", que

"as autarquias envelheceram precocemente entre nós", pois, "surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando, em muitos casos, sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado e fazendo