

mesmo objeto tributário nos impostos sôbre imóveis e indústrias e profissões” (pág. 32, nota 1, do original alemão).

Aqui está, pois, um exemplo da maior relevância no plano da discriminação dos impostos em nossa Constituição Federal, e que se soluciona pela teoria do “fato gerador”; isto é, se a distinção dos impostos em espécie se faz através do fato gerador, basta que o jurista coteje *as disposições legislativas* que descrevem o “fato gerador jurídico tributário”, pois não é possível em face da Constituição brasileira a exigência simultânea, por dois poderes, do mesmo impôsto, entendido por mesmo impôsto aquêle que tenha o mesmo “fato gerador *jurídico* tributário”.

O ESTADO E A ÉTICA

MACHADO PAUPÉRIO

Professor da Faculdade Nacional de Direito
da Universidade do Brasil

Se aprofundarmos o estudo do Estado, vamos chegar à conclusão de que êle não é um mero sistema de normas legais. É também, e sobretudo deve ser, um organismo moral.

Desde a derrubada do sistema tomista, a vida intelectual, compreendida em sua unidade, destinada à unidade, perdeu essa característica, para passar a apresentar um sentido unilateral. Passou-se a acentuar, desde então, o elemento “liberdade individual”, que passou a produzir um subjetivismo exagerado. Sabemos que, desde o Renascimento e sobretudo desde a Reforma Protestante, uma filosofia libertária passou a substituir a grande harmonia do sistema tomista, sistema admirável de realismo profundo. Não há autor mais realista do que S. TOMÁS DE AQUINO. Quanto mais lemos e estudamos suas várias obras, mais admiramos sua construção maravilhosamente realista. Concepção realista, que abarca a verdade integral, e não essas verdades unilaterais que passaram a encher os sistemas filosóficos desde a ruptura provocada pela Reforma. Daí em diante as rupturas com a verdade integral se vieram processando a passos largos. E dentro de todos os unilateralismos dessas verdades parciais, dessas doutrinas que passaram a polarizar a atenção dos homens, dentro desse clima, o homem desviou-se cada vez mais daquela concepção harmônica integral do cosmos, em que as necessidades materiais e espirituais da espécie humana se ajustavam admiravelmente.

Desde o Renascimento e desde a Reforma, portanto, uma filosofia libertária substituiu a grande harmonia do tomismo. Sabemos em que consistiu o livre exame protestante. O livre exame

protestante é tipicamente uma manifestação libertária dessa filosofia. A liberdade passou a ser pregada e praticada dentro de uma amplitude tal que rompeu os contornos humanos da própria liberdade, sempre meio para a consecução dos fins humanos, tanto no domínio temporal quanto no espiritual.

Para a filosofia política cristã, o Estado não é uma instituição arbitrária e desnecessária. O Estado é uma instituição natural. Não é também desnecessário. Ao contrário, decorre das necessidades do homem, através da satisfação das quais o homem deve atingir sua própria plenitude integral.

O Estado também não é, dentro dessa concepção, uma instituição integrada por indivíduos que possam permanecer tão livres quanto o eram antes de pertencer ao Estado, naquele pretense estado de natureza a que aludem os contratualistas. HOBBS, ROUSSEAU e outros autores aceitam essa justificação para o Estado. ROUSSEAU, com o *Contrato Social*, pretendeu que os homens acorressem para a vida social de tal maneira que pudessem permanecer tão livres quanto antes. Para comprovar esta possibilidade, ROUSSEAU gasta páginas e páginas de seu livro famoso, definindo, uma série de vêzes, a chamada "*volonté générale*", sem nunca, entretanto, dar dela uma definição perfeita e precisa.

A ordem existente no grupo social é essencial para a razão e pela razão. A razão leva-nos a admitir que essa ordem seja necessária porque, sem essa ordem imposta pela sociedade política, o homem não poderia preencher a sua própria finalidade. A razão postula o aparecimento, a manutenção dessa ordem.

Não há dúvida, pois, de que essa ordem seja decorrente da razão, apesar dela ser instituída pela vontade dos cidadãos e pela vontade da autoridade, pela vontade dos governantes e dos súditos. Há um consentimento dos governados, mas não é propriamente esta vontade o fundamento da ordem. A ordem é essencial sobretudo pela razão, embora a vontade humana participe, entre secundariamente na instauração da ordem. A integração perfeita e razoável do indivíduo na sociedade só se pode efetivar através dessa ordem.

Não podemos confundir os interesses privados com o bem comum. O fim do Estado é o bem comum. O Estado é mesmo superior ao bem privado, individual. O bem público não é a soma dos bens particulares. Bem público é alguma coisa que favorece a eclosão dos bens individuais. É uma atmosfera.

Os indivíduos não são apenas membros do Estado. Eles, antes de serem membros do Estado, são membros de uma família, de uma Igreja, de outras associações. São membros, afinal, do Estado, e, inclusive, da sociedade internacional. Hoje nós já chegamos à conclusão de que não é o Estado propriamente o elemento único da sociedade internacional. O homem é também membro da sociedade internacional, por um alargamento natural da convivência humana em círculos concêntricos, cada vez mais dilatados. De tal sorte, que hoje a pessoa humana pode postular perante os tribunais internacionais. A tese de POLITIS, nesse setor, foi vitoriosa e hoje é admitida, quase que por unanimidade.

O Estado é uma ordem e uma soma total de pessoas e coisas ordenadas. Não pode, entretanto, viver apenas pelo direito. O direito, unicamente, não pode dar ao Estado a vitalidade de que ele precisa para criar o clima, no domínio temporal, capaz de dar ao homem perspectivas de desenvolvimento de tôdas as suas virtualidades temporais e, por intermédio destas, do desenvolvimento harmônico e integral da personalidade, através do cumprimento de seu destino último.

O direito é um conjunto de normas de coexistência social, que a possibilitam. Mas ele é apenas um mínimo de normas de convivência. Quando existe esse mínimo apenas, o Estado não criou aquela moldura que lhe é necessária para o desenvolvimento harmônico e integral da personalidade. Uma imagem grosseira: — Assim como o salário-mínimo é o mínimo que não satisfaz integralmente (apenas as necessidades econômicas do trabalhador, abaixo de um salário-mínimo, estão, pelo menos teoricamente, em situação incompatível com a dignidade humana), o direito também, sob certo aspecto, é um mínimo regulamentar de convivência social. É um mínimo que é muito pouco. O Estado que vive só pelo direito não pode estar indo bem. O Estado não pode desligar-se das virtudes sociais e políticas. Entre essas virtudes, estariam a fidelidade, a piedade e a lealdade, como diz HEINRICH ROMMEN, cujas pegadas vamos seguindo.

O Estado está sempre em perigo pelos vícios do egoísmo humano. Mesmo esmagado em parte pelo direito, o egoísmo, muitas vezes, tem formas sutis de transpor os umbrais do direito e fazer suas devastações no seio da sociedade. Mesmo respeitando aquele mínimo jurídico, o Estado está em perigo pelos vícios do egoísmo

e da deslealdade, e esses vícios nem sempre estão disciplinados pelo direito; pois pertencem mais ao campo da moral. Está em perigo pelos vícios da ânsia do poder, que aniquila muitas consciências, sobretudo daqueles que estão investidos de parcelas do poder, nos quadros políticos governamentais e nos quadros administrativos do Estado. Está em perigo pelos vícios de ideais revolucionários, de todo dissociados da Ética. Está em perigo pelos vícios da infidelidade e da traição.

O homem, nós sabemos, não é bom em si mesmo. Não é aquêlê demônio a que aludia HOBBS, mas também não é aquêlê anjo que nos pintou ROUSSEAU. O homem é sempre um misto de boas e más tendências, com um pé no céu e outro na terra. Capaz de subir a alturas extraordinárias, mas capaz também de descer a abismos insondáveis.

Há, portanto, no liberalismo, que dominou a humanidade, uma heresia muito grande, dentro daquela perspectiva de liberdade indefinida e ilimitada, que admite para o homem. O liberalismo, por assim dizer, substituiu as categorias políticas da ordem, da lei e da autoridade, pelas categorias econômicas da utilidade, da produção e do proveito. As normas de coação legal impostas pelo Estado tendem à segurança material, que é o fim imediato do grupo político. Essas normas podem estender-se tanto que não deixem lugar à liberdade, entretanto; todos os Estados altamente intervencionistas relegaram a liberdade para plano inferior.

O homem é tanto mais livre quanto mais ético fôr. Mesmo no plano social ou no plano político. Quando o homem apresenta um conteúdo ético considerável, quando a sociedade está erigida em bases éticas, o direito, as normas de coação legal não precisam chegar ao exagêro. Podem deixar amplo espaço em branco para a liberdade, sem precisar disciplinar aquelas.

A liberdade só é possível em relação com a correspondente obediência e responsabilidade ética. Quando uma sociedade tem a devida noção de sua responsabilidade ética, o Estado não tem quase necessidade de intervir.

O Estado tornou-se intervencionista, no mundo moderno, porque êste perdeu sua consciência ética; porque os homens se deixaram vencer pelos egoísmos, esqueceram o amor do próximo e se afastaram dos mandamentos da Lei de Deus; porque os homens já não cultuam as virtudes e se comprazem em tôda a série de subver-

sões brutais. Por tudo isso é que o Estado passou a precisar intervir no domínio privado. O caráter intervencionista do Estado moderno é a maior prova da decadência ética de tôdas as sociedades contemporâneas. Se a sociedade vivesse dentro das normas éticas, o Estado não precisaria ter passado para o intervencionismo cada vez mais avassalante, que vai tirando os espaços em branco da liberdade e que vai reduzindo a sociedade a uma cadeia de leis cada vez mais ampla, regulando até as mínimas exigências da convivência social.

A intervenção do Estado dá-se, sobretudo, quando não existe êsse clima de responsabilidade ética, tanto nos indivíduos como nas sociedades. O melhor caminho de proteger o bem comum não é intervindo. Infelizmente, tem de se recorrer a êle, porque não há outros meios, outra solução.

Gostaríamos de ir por outro caminho. O caminho da cristianização, da recristianização das sociedades, levar-nos-ia a menos intervenção.

A intervenção do Estado é um sinal dos tempos, é a marca da descristianização mais absoluta, tanto do Oriente como do Ocidente. Não há Estado, hoje, que não seja intervencionista. É um bem relativo, diria eu, em face da realidade: não há outro remédio. Já que os homens perderam seus princípios éticos, é preciso obrigá-los, por força, a ter caridade para com o próximo.

O poder não faz o direito. Muitos consideram o poder e a força intrinsecamente maus. Para uns, o Estado é Poder e nada mais. Para outros, ainda, é Lei: um sistema de ordenanças e nada mais. Num extremo está a Lei sem Poder. No outro, o Poder sem Lei. Ambos êsses extremos são perigosos. A Lei sem Poder é inócua. O Poder há de ser, obviamente, limitado, pelo Direito Divino e pelo direito natural. E a ordem do Direito há de ser protegida pelo Poder contra o transgressor da Lei. Por isso, podemos aceitar a definição do positivista LÉON DUGUIT: "O Estado é a força a serviço do Direito".

A ordem legal positiva pode, às vêzes, contradizer a ordem social da paz e da justiça. Nem sempre o direito positivo é justo. Nem sempre êle está em sintonia com os princípios éticos. A filosofia do liberalismo econômico está nesse caso. O Estado, nessa ordem de idéias, pode e deve transformar, sem vacilar, as partes da

ordem que se apresentam de modo injusto, ainda que tenha de lutar contra a vontade dos que desfrutam os privilégios.

Dentro dessa ordem de idéias, concluo que, em certas sociedades e em certos Estados modernos, se impõem certas reformas. Isto porque a lei positiva se desviou dos princípios éticos ou já não atende a certas necessidades. A sociedade, despida desses princípios éticos, desenvolveu-se no plano dos egoísmos que a levaram a situações cada vez mais distantes daqueles imperativos que são por essência as idéias-fôrças da própria Cristandade.

O Estado tem o poder para usá-lo moralmente. Este uso é moral enquanto se empregue para a realização do bem comum. Contra excessos, arbitrários, desmandos de uma classe forte, cabe também um Estado forte. Mas a fôrça do Estado não está na sua burocracia, senão no Estado ético.

O problema decisivo, no poder, é o problema moral. Quando o Estado deixa de respeitar os princípios éticos, quando se orienta no interesse puramente de facções, em detrimento dos interesses da coletividade, cabe, inclusive ao povo, aquêlê último remédio, acenado não só por autores profanos, mas também pela Igreja, o chamado "direito de resistência", admiravelmente focalizado por S. TOMÁS DE AQUINO e por tôda a Escola espanhola do séc. XVI.

Tal é a obrigação do Estado de se manter afeito à lei moral. Quando o Estado exorbita de suas funções e se serve de seu poder não para realizar o bem comum, mas para oprimí-lo, legítimo se torna êsse direito excepcional: o direito de resistência.

DA COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA REGULAR A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E CONSEQUENTEMENTE OS DEPÓSITOS JUDICIAIS

(CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N.º 4.248, DE 1963)

ARNOLD WALD

Professor da Faculdade Nacional de Direito
Procurador do Estado da Guanabara

1. MATÉRIA PROCESSUAL E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Se à União Federal cabe, *ex-vi* do art. 5.º, XV, *a*, da Constituição de 1946, legislar sobre direito processual, *as normas de organização judiciária são, em virtude da mesma Constituição, da competência exclusiva dos Estados-membros*. Não apenas em virtude dos poderes remanescentes que lhes pertencem, como ainda por determinação expressa do art. 124 da Constituição Federal.

O problema dos depósitos judiciais é, evidentemente, questão de organização judiciária, funcionando, na hipótese, os diversos Bancos e as Caixas Econômicas como verdadeiros depositários judiciais, cujas funções e atribuições devem ser fixadas pelas leis locais.

2. COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A modalidade de regulamentação dos depósitos judiciais é assim matéria de organização judiciária que, como tal, está fora da competência federal, dependendo exclusivamente das normas estaduais.

Não há, a êste respeito, qualquer discrepância entre processualistas e constitucionalistas brasileiros, firmando a doutrina e a jurisprudência a única interpretação possível do art. 124 da Constituição Federal.

“CABE AOS ESTADOS, assim, a REGULAMENTAÇÃO DE SEUS QUADROS JUDICIAIS, consoante o que diz o art. 124 da Constituição: “os Estados organizarão a sua justiça”. ISTO SIGNIFICA — ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES — que os ESTADOS LEGISLAM SOBRE A INSTITUIÇÃO, NOMEAÇÃO E ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS INCUMBIDOS DE EXERCER A JURISDIÇÃO, BEM COMO DE SEUS AUXILIARES, dentro da área que lhes deixou a Constituição Federal para que organizem a sua justiça” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., Forense, Rio, 1962, vol. I, pág. 95).

Isto quer dizer que os Estados têm a mais ampla autonomia na decisão e regulamentação dos problemas de organização judiciária, com as únicas limitações decorrentes dos diversos itens do mesmo art. 124 da Constituição Federal, no qual nenhuma referência encontramos aos depósitos judiciais.

A organização judiciária já foi definida por JOÃO MONTEIRO como “o complexo das leis de criação e competência dos tribunais, juizes e mais funcionários a quem incumbe a administração da justiça nas relações privadas” (JOÃO MONTEIRO, *Teoria do Processo Civil*, 5.^a edição, 1936, S. Paulo, Tipografia Acadêmica, pág. 112).

No tocante à organização judiciária, a competência pertence aos Estados, em virtude da Constituição Federal. Já o dizia CASTRO NUNES, ao afirmar:

“Vê-se, portanto, que a Constituição não impõe aos Estados uma dada organização judiciária, ANTES LHES RESERVA O PODER DE TRAÇÁ-LA, movendo-se, porém, dentro de certos limites, que tem por essenciais à independência da magistratura, inspiração superior que terá de dominar o entendimento dos textos” (JOSÉ DE

CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1.^a edição, pág. 468).

Sendo estadual a competência nesta matéria, não mais podem prevalecer, após a Constituição de 1946, as disposições federais que pretendiam regular a organização judiciária, como por exemplo o art. 1.049 do Código de Processo Civil e outras disposições federais análogas. A modificação do art. 945 do Código de Processo Civil pela Lei n.º 4.133 foi, inclusive, um meio hábil encontrado pelo legislativo federal para evitar que se discutisse a constitucionalidade das disposições contidas no referido artigo do Código.

É aceita por todos a lição de PONTES DE MIRANDA, segundo a qual

“DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1946, RETOMARAM OS ESTADOS-MEMBROS A SUA INTEIRA COMPETÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LOCAL: DE MODO QUE PODERÃO, RESPEITADAS AS LINHAS DISCRIMINATIVAS CONSTITUCIONAIS, REFORMAR A LEGISLAÇÃO QUE TENHAM, INCLUSIVE ONDE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INVADIU, COM SUAS REGRAS, O CAMPO DAS LEIS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., tomo XV, Rio, Forense, 1962, pág. 254).

Em virtude de poder expresso (art. 124 da Constituição Federal) cabe, pois, privativamente aos Estados a organização de sua justiça e dos respectivos serviços auxiliares, respeitados os princípios contidos nos diversos itens do mesmo art. 124.

3. PODÊRES REMANESCENTES. PODÊRES EXPRESSOS E PODÊRES IMPLÍCITOS. A SUPREMACIA DA NORMA ESTADUAL QUANDO DECORRENTE DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDA AOS ESTADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao lado dos poderes explícitos atribuídos à União Federal, sob o impulso da doutrina norte-americana, o direito constitucional brasileiro reconheceu a existência de poderes implícitos, querendo al-

guns autores fundamentar nestes a constitucionalidade de algumas incursões do legislativo federal no domínio da organização judiciária.

É preciso, todavia, salientar que não pode haver poder implícito da União em matéria que a Constituição reconhece expressamente como sendo da competência estadual. O poder implícito é admissível no silêncio do texto constitucional, quando se torna necessário para o cumprimento de uma missão atribuída expressamente à União. Havendo poder expresso do Estado, constitucionalmente previsto, como ocorre em relação à organização da justiça (art. 124), não se admite que surja, neste campo, um poder implícito da União.

Em interessante estudo que fêz da matéria, o Desembargador ALCINO PINTO FALCÃO esclareceu que o poder implícito só é admissível quando dependente ou necessário para o exercício de um poder expresso (ALCINO PINTO FALCÃO, *Novas Instituições do Direito Político Brasileiro*, Rio, Borsoi, 1961, pág. 101).

Ora, nenhum poder expresso, nenhuma disposição processual necessita para a sua efetivação que os depósitos sejam feitos em Banco ou Caixa Econômica Federais e não no Banco do Estado da Guanabara. A garantia da pessoa jurídica de direito público interno, que pode interessar ao bom funcionamento da justiça, ocorre em relação ao Banco do Estado da Guanabara S.A., cujas operações têm a garantia subsidiária do Estado da Guanabara em virtude do art. 19, item V, do Decreto-lei n.º 7.355, de 2 de março de 1945, e de acôrdo com o art. 43 dos Estatutos do Banco.

Não ocorre no caso poder implícito da União Federal, pois a faculdade de determinar o lugar em que devem ser feitos os depósitos judiciais não é pressuposto do exercício de qualquer outro direito de competência federal e não cabe à União regulamentar o que, em virtude de poder expresso, é da competência estadual, não podendo assim prevalecer o art. 1.º da Lei n.º 1.869, de 27-5-1953.

Mesmo admitindo a hierarquia das normas jurídicas, não se deve sujeitar o Estado às normas federais quando se trata de matéria da exclusiva e privativa competência estadual.

Como o indicaram, com clareza, os Ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA e VÍTOR NUNES LEAL, “não existe em princípio uma supremacia da lei federal... O problema é antes da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis” (Ap. VÍTOR NUNES LEAL, *Problemas de Direito Público*, Rio, Forense, 1960, pág. 133). Ocorre

assim a prevalência da lei estadual quando a matéria regulamentada é da competência privativa do Estado, somente devendo prevalecer a lei federal na hipótese de questão de competência concorrente da União e do Estado.

Sendo a organização judiciária questão da competência expressa e privativa do Estado, as leis federais existentes sobre a matéria são inconstitucionais, cabendo ao Estado com exclusividade decidir a respeito dessa matéria.

4. A COMPETÊNCIA, DENTRO DA AREA ESTADUAL, CABE AO PODER JUDICIÁRIO, QUE CONSTITUCIONAL E LEGALMENTE REGULAMENTOU A QUESTÃO DOS DEPÓSITOS JUDICIÁRIOS PELO PROVIMENTO N.º 23, DE 1963, DO EXMO. SR. DESEMBARGADOR CORREGEDOR

A Regulamentação do *modus faciendi* dos depósitos judiciais é problema que envolve as funções e atribuições dos depositários judiciais, funcionando na realidade os Bancos, tanto o Banco do Brasil S.A. como o Banco do Estado da Guanabara S.A., como depositários judiciais das quantias depositadas, cujo levantamento dependa de autorização judicial.

Não há dúvida que, tanto nos casos previstos pela Lei n.º 1.869, de 1953, como nas hipóteses reguladas pelo art. 945 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n.º 4.133, de 10 de setembro de 1962, as funções desempenhadas pelos Bancos são atribuições de depositário judicial, pois nenhuma outra relação jurídica justificaria a entrega aos estabelecimentos bancários das referidas quantias.

Por outro lado, o depositário judicial se integra entre os auxiliares da administração da justiça, ou seja, constitui serviço auxiliar da justiça.

O Código de Organização Judiciária do antigo Distrito Federal (Decreto-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945) esclarece, no seu art. 203, que no serviço da Justiça haverá serventuários e funcionários, consignando o art. 206 do mesmo diploma, entre os serventuários, os depositários judiciais, que se enquadram, pois, nos serviços auxiliares da Justiça.

A doutrina também não tem dúvida em considerar o depositário judicial — pessoa ou Banco — como “um auxiliar da administração

da justiça” (AMILCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Rio, Forense, 1941, pág. 214).

Ora, determina a Constituição Federal, no seu art. 97, item II, que:

“COMPETE AOS TRIBUNAIS:

I —

II — elaborar os seus regimentos internos e ORGANIZAR OS SEUS SERVIÇOS AUXILIARES, provido-lhes os cargos na forma da lei

A competência reconhecida constitucionalmente aos Tribunais para organizar os seus serviços auxiliares abrange a regulamentação dos depósitos judiciais feitos nas mãos dos depositários judiciais ou de Bancos especialmente indicados.

Não cabe restringir a expressão “serviços auxiliares”. Como assinala PONTES DE MIRANDA, “A EXPRESSÃO TEM DE SER INTERPRETADA NO PLANO CONSTITUCIONAL..... Não se diga, como fez o Departamento Administrativo do Serviço Público, que a lei ordinária pode estabelecer os contornos do conceito de *serviços auxiliares*. TAL FIXAÇÃO ESTÁ FEITA E ABRANGE TODOS OS QUE SE PRENDEN A JUSTIÇA, SEM SER O SERVIÇO JUDICIAL E O DE MINISTÉRIO PÚBLICO. SE A LEI LHE RETIRA TAIS ORGANIZAÇÕES, É CONTRÁRIA A CONSTITUIÇÃO; SE PERSISTIAM ALGUMAS USURPAÇÕES, A LEI NOVA NÃO AS PODE MANTER” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a edição, Rio, Borsoi, 1960, página 207).

Aos Tribunais cabe, pois, a regulamentação do modo de fazer os depósitos judiciais e inclusive a indicação de quem os deve receber, por se tratar de matéria de organização judiciária, de competência estadual, que abrange os serviços auxiliares da justiça e, por êste motivo, deve ser decidida pelo Tribunal de Justiça, na forma do art. 97, II, da Constituição Federal.

“Organizar os serviços auxiliares, quer dizer, estabelecer a sua estrutura administrativa, distribuí-la em órgãos com funções certas e especificadas, de acôrdo com a finalidade a que se destinam”, esclarece TEMÍSTOCLES

CAVALCANTI, afirmando a liberdade dos Tribunais na organização dos seus serviços de acôrdo com as suas necessidades peculiares (TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, Rio, Konfino, 1956, 3.^a ed., vol. II, pág. 302).

A competência do Tribunal para a organização dos seus serviços auxiliares é também imperativo da Constituição Estadual, que, no seu art. 34, II, reitera o princípio do art. 97, II, da Constituição Federal.

Assim sendo, a matéria é de competência do Tribunal de Justiça.

Ocorre finalmente que, em virtude do art. 38 do Código de Organização Judiciária do Distrito Federal (Decreto-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945) e do art. 3.º do Ato Regimental n.º 8 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, cabe ao Desembargador Corregedor “EXPEDIR”, mediante PROVIMENTO, “AS PROVIDÊNCIAS E INSTRUÇÕES QUE ENTENDER NECESSÁRIAS OU CONVENIENTES AO BOM E REGULAR FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS CUJA FISCALIZAÇÃO LHE COMPETE”.

Já há longo tempo, as questões referentes aos depósitos judiciais vinham sendo resolvidas pelo Desembargador Corregedor mediante PROVIMENTOS, conforme se verifica inclusive pelo minucioso relatório da excelente gestão do Exmo. Sr. Desembargador FERNANDES PINHEIRO, na Corregedoria da Justiça (*Relatório apresentado pelo Corregedor Desembargador Mário Guimarães Fernandes Pinheiro referentes às atividades da Corregedoria durante o ano de 1954*, Rio, Imprensa Nacional, 1957, pág. 20 e seguintes).

Sendo a competência do Poder Judiciário Estadual e cabendo a fiscalização das atividades dos serventuários da Justiça ao Desembargador Corregedor, a atuação do Desembargador MOURÃO RUSSEL, ao expedir o Provimento n.º 23, de 1963, em que determinava fôssem os depósitos judiciais feitos no Banco do Estado da Guanabara, se fundamentou nos poderes explícitos que lhes cabiam nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual, *ex-vi* do Código de Organização Judiciária e dos Atos Regimentais do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

Inexistindo direito certo e líquido do Banco do Brasil S.A. e não havendo ilegalidade ou abuso de direito, a expedição do Provimento n.º 23 foi um ato lícito e perfeito, constitucional e legalmente impecável, que atende aos superiores interesses da coletividade em que vivemos — que é o Estado da Guanabara — e respeita o equilíbrio inerente ao regime federativo, especialmente depois de completado pelo Offício-Circular n.º 580-63, de 3-6-1963.

Aos órgãos de crédito locais cabem os depósitos judiciais locais e ao Banco do Brasil S.A. — órgão federal — cabe o direito de receber os depósitos judiciais à disposição dos juízes das Varas da Fazenda Federal (1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª) como de justiça.

O problema perdeu o seu interesse prático, em virtude da Lei n.º 4.248, publicada no *Diário Oficial* de 1.º de agosto de 1963, que determinou fôssem os depósitos judiciais sempre feitos no Banco do Brasil ou em Banco estadual, sem distinguir os depósitos decorrentes da Lei n.º 4.133, modificadora do art. 945, I, do Código de Processo Civil, daqueles regulados pela Lei n.º 1.869, que dera nova redação ao Decreto-lei n.º 3.077, de 1941.

De fato, atualmente, o Provimento n.º 23, do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor, se coaduna com a lei federal vigente, cujos princípios básicos reitera.

A questão fundamental nos parece, todavia, ser o resguardo da intangibilidade das competências estaduais, num momento em que assistimos à hipertrofia dos poderes federais, sendo preciso manter o justo equilíbrio constitucional entre as esferas de atuação do Estado e da Federação e não podendo o judiciário abdicar de suas prerrogativas, que são essenciais à manutenção do sistema democrático.

SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA (*)

NATUREZA, PERSONALIDADE JURÍDICA E REGIME TRIBUTÁRIO

(EXPOSIÇÃO E CRÍTICA)

LEOPOLDO BRAGA

Procurador do Estado da Guanabara
e Membro da Junta de Contrôlo da SURSAN

Parecia constituir questão pacificada e pretérita, já superada, aparentemente, há mais de três lustros — salvo uma ou outra isolada voz dissidente, — a do regime tributário das sociedades anônimas de economia mista, e eis que se reabre o debate, à luz de situações novas e de novas idéias, em termos de reformulação doutrinária, através de dois longos, laboriosos e eruditos pareceres jurídicos, de autoria, respectivamente, dos eminentes juristas Professôres RUBENS GOMES DE SOUSA e ALIOMAR BALEEIRO, trabalhos êsses publicados nas mais importantes revistas de direito do país.

A doutrina, já considerada vitoriosa, tradicional e assente no sistema constitucional brasileiro, da *não-imunidade* e *não-isenção compulsiva* das companhias ou emprêsas mistas, — sujeitas ao regime tributário comum aplicável às pessoas de direito privado, — contrapõem-se, agora, razões especiosas, sutilezas dialéticas e argumentos de importação, a nosso ver,

(*) Estudo jurídico elaborado, por incumbência do Procurador Geral do Estado, na defesa de direitos e interesses fiscais do Estado da Guanabara, em face de pareceres favoráveis à extensão de *imunidade tributária* às sociedades de economia mista.

data venia, inacolhíveis, conquanto hábilmente arquitetados e magistralmente confeçoados em peças jurídicas de largo fôlego, de exímia perícia técnico-científica, à feição dos interesses de duas das mais prósperas e pródigas emprêsas desse gênero — Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRÁS e Companhia Siderúrgica Nacional — a todo transe esforçadas no lamentável desígnio de furtar-se ao cumprimento de suas obrigações fiscais para com os Estados e Municípios onde exercem atividades tipicamente comerciais e realizam operações e negócios lucrativos.

Dêsses pareceres, o primeiro, pela ordem cronológica, de autoria do ilustre mestre RUBENS GOMES DE SOUSA, Professor de Legislação Tributária na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, publicado na *Revista Forense*, vol. 181, págs. 74 a 88, e na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, págs. 474 a 491, foi elaborado em resposta a consulta da Petrobrás. O segundo dêles, de autoria do eminente parlamentar e jurista ALIOMAR BALLEIRO, Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, páginas 308 a 331, foi produzido por solicitação e consulta da Companhia Siderúrgica Nacional.

Num e noutro, seus brilhantes e doutíssimos prolores, retomando e desenvolvendo tese já exposta e defendida pelo conceituado comercialista Professor WALDEMAR FERREIRA, em seu livro *Sociedade de Economia Mista* (ed. Max Limonad, São Paulo, 1956), pretendem e procuram demonstrar que suas ditas clientes têm direito ao gozo da *imunidade tributária recíproca*, estabelecida no art. 31, inciso V, alínea "a", da Constituição Federal, ou, pelo menos, de *isenção* geral de impostos *locais* emanada do Poder federal, mas atuante compulsivamente nas esferas de privativa competência tributária dos Estados e dos Municípios.

Não teriam êsses pareceres outras conseqüências além da natural repercussão que lhes granjeia a alta reputação de talento e saber jurídico de seus autores, se não acontecesse, como

acontece, que outros escritores do direito, sem mais aprofundado exame do assunto, vão aderindo ao equívoco lançado por suas teses e conclusões, enquanto na própria jurisprudência — geralmente tão cauta e prudente no receber inovações — já se vão fazendo sentir seus efeitos, tanto que, com inspiração e fundamento neles, já advieram pelo menos dois acórdãos do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

A possível proliferação de semelhantes pronunciamentos, além de importar, *data venia*, a consagração de um êrro de direito, constitui grave e iminente perigo para os erários públicos estaduais e municipais dêste país, ameaçados, como se vêem, de insólitos e substanciais desfalques em suas rendas.

Legítima e oportuna é, pois, a reação jurídica que possa e deva partir dos responsáveis pela defesa de seus direitos e interesses, naturalmente empenhados na preservação dos princípios e doutrinas sufragados pela experiência jurídica de duas décadas. O Estado da Guanabara aqui traz, por isso, uma contribuição ao estudo da matéria, na posição, que assume, de contrariedade às principais teses, afirmações e conclusões dêsses pareceres, examinados conjunta e simultaneamente, sob um critério de seleção dos argumentos-mestres, sem atenção à sua ordem cronológica ou sistemática.

*
* *

A "origem governamental" e o "fim de interesse público" não infundem caráter público às sociedades de economia mista

Em ambos êsses trabalhos, o primeiro e principal esforço dos seus sapientes artífices se concentra na difícil tentativa de atribuir caráter de *serviço público* às finalidades e atividades das mencionadas sociedades mistas, visando a emprestar-lhes *personalidade de direito público* e equipará-las às *autarquias*, para o calculado efeito de forçar o seu absurdo

enquadramento na hipótese da *imunidade tributária recíproca* prevista no art. 31, V, “a” da Constituição.

Assim, enquanto o Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA, em favor da Petrobrás, assenta a sua construção jurídica nas premissas fundamentais de que os critérios atributivos de personalidade pública às entidades autônomas criadas pelo Estado são a própria *iniciativa estatal de sua criação* e a *natureza das realizações* que essa criação objetiva, justificando a *delegação de funções próprias do Estado* e a *concomitante atribuição de prerrogativas inerentes ao poder público* (em grau maior ou menor); o Prof. ALIOMAR BALEEIRO, encarando o caso especial da Companhia Siderúrgica Nacional, inicia a teia de seus raciocínios com a invocação das *origens governamentais da entidade*, seus *privilégios, prioridades e vantagens* e *caráter público* de seus cometimentos, antes de aventurar-se a argumentos de maior envergadura e complexidade, que serão mais além metódicamente examinados.

Partindo do pressuposto, incontestável, de que a Companhia Siderúrgica Nacional “nasceu das necessidades de prover a União à defesa do Continente ameaçado pela 2.^a Grande Guerra”, sustenta-se que “essas *origens governamentais*, que mal encobrem as finalidades estratégicas...” ... “bastam para caracterizar, desde o processo institucional, o *caráter público* do cometimento...”.

O argumento não convence. Primeiro, porque *prova de mais*, certo, como é, que a “*origem governamental*”, ou seja, noutros termos, a *iniciativa oficial*, diga-se mesmo a *criação estatal*, se apresenta como *regra geral*, como fator precípua no surgimento, organização e caracterização dessas entidades. Anote-se logo que o próprio Professor BALEEIRO realça esse aspecto, pois, segundo ensina, em sua obra principal e mais moderna, “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, impondo a predominância governamental...*” (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro, 1955, vol. 1.^o, n. 135.

pág. 179). Mas, nem por isto deixam elas de ser *peças de direito privado* para assumirem o caráter de *entes públicos*, tanto mais quanto o que move o Estado à busca, à escolha desse meio é, precisamente, a *conveniência* de exercer e desenvolver certas e determinadas atividades *através de formas e métodos de direito privado*.

De resto, o *fim de interesse público* é inerente à própria conceituação da *empresa de economia mista*. É ele que determina e justifica a participação do capital público e assim também a iniciativa estatal. Daí o asserto de REUTER (*La Société Anonyme au service des Collectivités Publiques*, Paris) de que a simples presença do Estado na empresa indica uma *finalidade social*. Todavia, o *caráter privado* da empresa — para cuja estruturação foram por ele *preferidos* e adotados as formas e os métodos do direito privado — não se altera pela importância ou magnitude do seu fim no campo das atividades privadas de caráter industrial ou comercial. Tenha-se presente a advertência de MARCEL WALINE:

“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”. (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris, 1950, pág. 291).

Ensino é, outrossim, de ANDREA ARENA, o de que

“lo esercizio di una attività di interesse pubblico non muta a l’essenza del soggetto da privato in pubblico”. (*Apud RUBEN ROSA, Revista Jurídica*, n. 37, página 38).

OROSIMBO NONATO, em recente parecer jurídico, que irá, mais além, citado, sustenta que

“a sociedade de economia mista, posto desempenhe funções de relevância pública, é *peça de direito privado*”.

Não importa que se trate de indústria fundamental aos interesses da Nação.

Razão tem, pois, THEMISTOCLES CAVALCANTI quando, após acentuar que “o Estado acionista é o Estado revestido de todos os característicos da *pessoa privada*” ... “*embora tenha um predomínio numérico no capital da sociedade*”, e de enumerar, entre os elementos constitutivos das sociedades de economia mista, “a estrutura de *direito privado*, quase sempre sob a forma de sociedade anônima”, assim adverte:

“É evidente, porém, que *qualquer que seja o grau de integração na vida administrativa do Estado, qualquer que seja a intensidade da penetração do interesse público na vida dessas empresas*, elas não podem perder a sua qualidade de *direito privado*, enquanto conservarem a estrutura de uma sociedade civil ou comercial, isto é, a forma da entidade de *direito privado*”.

(*Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1949, vol. IV, págs. 334, 337 e 338) (1).

Demais disso, aqui, como alhures, a circunstância de ser de natureza básica, estratégica, ou, de qualquer modo, essencial à defesa nacional, a produção da empresa, não determina, necessariamente, a exclusão do caráter de *direito privado* para se lhe atribuir o *caráter público* — máxime se não se destina *exclusivamente* ao Estado o integral fornecimento dessa produção, — bastando, ao propósito, considerar que, noutros países, nomeadamente os Estados Unidos, grande parte da pro-

(1) Confirma aí, aliás, o que já escrevera, noutro título, à pág. 38 do mesmo volume:

“É este um dos aspectos interessantes da intervenção do Estado, porque ele se apresenta tomando uma forma peculiar às instituições de *direito privado*, dentro da qual pode melhor desenvolver as suas atividades sem as peias inerentes à Administração pública”.

“O Estado acionista, porém, é o Estado revestido de todos os característicos da *pessoa privada*, integrado no regime das leis comerciais, obediente aos estatutos das sociedades anônimas, embora possua o predomínio numérico geralmente verificado no capital da sociedade”.

dução de materiais de guerra (armas, munições, equipamentos, etc.) é feita através de empresas industriais privadas, que as fabricam e fornecem ao Estado mediante contratos e encomendas, sob regime de especial fiscalização exercida pelos órgãos oficiais adequados.

Aliás, na grande nação norte-americana o caráter público ou privado das corporações não se determina apenas pelos *propósitos*, públicos ou privados, para que hajam sido criadas; mas, principalmente, pela verificação da ordem jurídica (*pública* ou *privada*) sob cujos moldes se hajam estruturado e a cujo regime se tenham institucionalmente subordinado tais entidades, não sendo incompatível com a personalidade de *direito privado* o alto grau de utilidade ou interesse público de suas atividades, serviços ou produções, aliado à participação do capital estatal. E exatamente pela óbvia consideração de que nada impede o Estado de criar os *entes públicos* que convenham à realização dos fins públicos, tem-se por justo e acertado concluir que a preferencial adoção da *forma de direito privado* pressupõe a colimação de *fins privados*, ou *não puramente públicos*, ainda quando presentes e assinaláveis também estes últimos. É o que nos informa CARLOS ADROGUÉ, com base na jurisprudência americana:

“Las corporaciones privadas son creadas para propósitos privados y no puramente públicos, y no se consideran “*public corporations*” por la circunstancia de que su establecimiento sea directa o incidentalmente, también de interés público” (1).

(1) Ilustrando a matéria com exemplos, refere ADROGUÉ:

“De ahí que una corporación ferroviaria, aunque comprometida en negocios “quasi-public”, es una *corporación privada*, no cambiando su carácter la sola circunstancia de que el Estado sea el propietario de una parte de su capital. El “status” de un banco estatal no sólo creado sino de *íntegra propiedad de un Estado particular*, ha provocado divergencias de opinión, siendo la doctrina predominante en los Estados Unidos, la que considera a tales corporaciones como equivalentes, en la mayoría de sus aspectos, a *corporaciones privadas*”.

(Op. cit., pág. 124).

“El carácter público o privado de una corporación se determina por los términos en que su autorización ha sido dada y los de la ley bajo la cual se ha organizado”.

(*Poderes Impositivos Federal y Provincial sobre los Instrumentos de Gobierno*, Buenos Aires, 1943, págs. 123, 124).

GIUSEPPINO TREVES acentua, com razão, que “tanto publice che *private* possono invece essere *le imprese di “preminente interesse nazionale”*, di cui parla la Costituzione (art. 42)”, “*ma si tratta più spesso di imprese e di enti privati*”; e exemplifica, logo a seguir, com “le banche “di interesse nazionale” (“società per azioni, soggette a regime particolare”) e com “*le più importanti società siderurgiche*”, o que confirma o asserto, mais adiante formulado, de que “*enti privati possono agire per fini di interesse collettivo*” (*Le Imprese Pubbliche*, Turim, 1950, págs. 26 e 55) (1).

Entre nós tem prevalecido análogo entendimento.

PONTES DE MIRANDA, em notável parecer sôbre a sociedade de economia mista “Fábrica Nacional de Motores S. A.”, apesar de sua *criação estatal* e dos *fins* que lhe foram legalmente prescritos, entre os quais o de desempenhar “serviços

(1) Por sua vez, ZANOBINI, assinalando o caráter *privado* de vários institutos de crédito considerados “*de interesse nacional*”, sujeitos ao contrôle do Estado e em desempenho até de *funções públicas*, assim diz:

“Il carattere di *persone giuridiche private* appare indubbio per tutti questi istituti, compresi quelli di *interesse nazionale*: i controlli a cui anche questi sono soggetti e la definizione del risparmio e del credito come funzione d’interesse pubblico, possono giustificare, in parte, l’opinione che si tratti di particolari esempi di quell’*esercizio privato* di pubbliche funzioni ...”.

(GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1949, vol. 3.º, pág. 189).

Ao tratar dos “*soggetti privati di pubblico interesse*”, ensina GIANNINI que “i soggetti che hanno tali qualità o qualifiche, sono e restano *soggetti privati*”. E, exemplificando, acrescenta:

“Così vi sono alcune *società private* che sono definite “*di preminente interesse nazionale*”.

(MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milão, 1950, vol. I, pág. 175-93).

considerados de utilidade pública e *de interesse da Defesa Nacional*” (Decreto n.º 8.699, de 16-1-1946, art. 5.º), bem assim de haver o Decreto-lei n.º 5.215, de 21 de janeiro de 1943, considerado a aludida Fábrica Nacional de Motores “*de natureza essencialmente militar*”, não vacilou em afirmar sua natureza de *persona de direito privado*:

“A Fábrica Nacional de Motores S. A. é sociedade *de direito privado*, que de modo nenhum se pode considerar autarquia, nem entidade paraestatal”.

.....
“A Fábrica Nacional de Motores S. A. é sociedade anônima, *de direito privado*, regida pela legislação das sociedades por ações”.

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, págs. 457 e 461).

*
* * *

Participação majoritária do Estado no capital da empresa não é fator de publicização

O mesmo pode dizer-se de referência à participação majoritária do Estado no capital social da companhia mista, segundo já foi visto, há pouco, em citação de THEMISTOCLES CAVALCANTI (*op. cit.*, mesmo vol., pág. 334).

Em verdade, a preponderância do capital público não modifica o caráter *privado* inerente à empresa mista. Neste sentido se tem afirmado a orientação tradicional do direito brasileiro, em harmonia com a melhor doutrina, dominante, a bem dizer, no mundo inteiro, e da qual quase só se registam dissidências no direito argentino, na concepção de alguns autores helvéticos, entre os quais avulta RAYMOND RACINE (*L’Entreprise Privée au Service des Nationalisations*, Neuchâtel, 1958), em certa corrente de juristas belgas liderada por BUTTGENBACH (*Théorie Générale des Modes de Gestion des Services*

Publics en Belgique, Liège, 1952) e numa pequena minoria de autores franceses.

A melhor prova de que a supremacia do contingente estatal no capital da sociedade não na transmuda, de pessoa privada em pessoa pública, reside no fato de que as chamadas *empresas públicas de um só membro*, através das quais se executam serviços industriais do Estado, não perdem absolutamente o seu caráter de *pessoas de direito privado* pela razão de serem tôdas as ações de propriedade do mesmo Estado, como, outrossim, não no perdem as empresas industriais e comerciais *nacionalizadas*, cujo patrimônio se integra à dominialidade estatal.

Veja-se, de referência às primeiras, a lição de BILAC PINTO, quando, ao especificar as características externas da “empresa pública”, para a qual, segundo diz, o próprio Estado “adotou” “as técnicas e os processos das empresas privadas”, assim as enumera:

“1.^a) adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedade por ações, sociedade de responsabilidade limitada) ou recebe do legislador estruturação específica;

2.^a) A PROPRIEDADE E A DIREÇÃO SÃO EXCLUSIVAMENTE GOVERNAMENTAIS;

3.^a) TEM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO”.

(“O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas” — in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, págs. 14 e 15) (1).

(1) O Professor ARNOLD WALD, analisando o desenvolvimento, na França, das modernamente chamadas “empresas públicas”, em as quais o “acionista único — o Estado — se confunde com o administrador da sociedade”, assim enumera as suas características:

“1) Possuem a qualidade de *comerciante*. 2) São sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas. 3) Têm patrimônio autônomo. 4) Os litígios em que são partes pertencem à competência da jurisdição ordinária. 5) Os contratos firmados por estas empresas são submetidos ao *direito privado*. 6) Adotam a forma das sociedades anônimas comuns. 7) A

Esta última importante característica constitui a razão por que GIUSEPPINO TREVES conceituou a moderna “empresa pública” como sendo “*un’impresa privata dell’amministrazione*”... “*per il raggiungimento di un fine di interesse pubblico*” (*op. cit.*, págs. 6 e 8).

Em recente estudo jurídico, assinala o eminente Professor JEAN RIVERO, de referência à categoria das *empresas públicas* (em sentido específico ou estrito):

“On sait qu’elle ne coïncide aucunement avec celle de *service public*, qui la déborde très largement, sans cependant l’englober toute entière, puisqu’on s’accorde à admettre que certaines entreprises publiques, exerçant une activité strictement identique à celle des entreprises privées du même secteur économique, ne peuvent être considérées comme gérant un service public: ainsi, par exemple, de la Régie Renault”.

(*Le Droit des Sociétés et l’Entreprise Public*, trabalho (“rapport”) apresentado pelo eminente catedrático da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris no Congresso Jurídico Internacional da Associação Henri Capitant, realizado no Rio de Janeiro em julho de 1963).

Quanto às segundas, bastaria invocar-se ainda o insuspeito testemunho de JEAN RIVERO, quando, não obstante os percalços e perplexidades surgidos do problema das *nacionalizações*, acerca da condição jurídica e do regime dos bens das empresas nacionalizadas, faz expressa menção “*au principe général qui veut mettre les entreprises nationalisées dans le cadre général du droit privé*” e acentua, mais além:

propriedade, direção e administração das empresas públicas são exclusivamente governamentais. 8) Têm *personalidade jurídica de direito privado*. 9) As suas relações com o pessoal se regem, não pelas normas de direito administrativo, mas pelo direito trabalhista”.

(“*Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas no Direito Comparado*”, na *Revista Forense*, vol. 152, pág. 516).

“L’entreprise nationalisée est, sans doute, au service de l’intérêt général, mais elle est une *entreprise*, et, comme telle, elle a des intérêts à défendre, parfois contre l’Etat lui-même”.

(“*Le régime des Entreprises Nationalisées et l’évolution du Droit Administratif*”, na obra *La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l’Entreprise Publique*”, — *Archives de Philosophie du Droit*, Recueil Sirey, Paris, 1952, págs. 159 e 167).

*

* *

Irrelevância do ascendente do Estado na administração da sociedade anônima mista

Não induz, por igual, à configuração da *personalidade de direito público* da empresa mista o ascendente do Estado na sua vida administrativa e direção dos seus negócios e atividades.

Entre nós, já THEMISTOCLES CAVALCANTI anotara:

“Não parece, entretanto, que prepondere, na definição das empresas mistas, o elemento *administração*. Este será uma consequência da maneira de constituir-se o capital, da participação do Estado na formação da empresa, o que induz, necessariamente, o interesse público no serviço ou atividade explorada pela empresa”.

(*Op. cit.*, vol. IV, págs. 335-336).

PONTES DE MIRANDA pondera que, no tocante à participação do Estado na formação do capital, como sócio ou acionista e, ainda, como administrador ou nomeante de administradores, “há toda uma escala de formas possíveis” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 461). E, por isto mesmo que, como diz ainda o eminente mestre, “nem todas as sociedades de tal tipo são do mesmo grau de participação estatal”, em nada lhes modifica a feição característica e, muito menos, lhes transmuda a natureza jurídica de *entes privados*, a assunção

pelo Estado, como acionista majoritário, do comando administrativo da empresa.

Do eminente mestre Ministro OROSIMBO NONATO são, a propósito, estas considerações, lançadas em magistral parecer jurídico, de novembro de 1962, acerca de recurso em Mandado de Segurança impetrado por Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRÁS contra os Serviços de Navegação da Amazônia — SNAPP:

“A empresa mista aparece sempre como processo de intervenção do Estado na gestão da empresa privada. E essa intervenção não na desnatura, pôsto venha o Estado, como acionista maior, a ter a direção da empresa. Como disse MESCHINI, essa intervenção é “meramente acidental” e não pode ser elevada “a elemento distintivo e qualificativo de sua natureza jurídica” (1). Aliás, essa intervenção avulta, segundo alguns, como elemento *conceitual* da sociedade de economia mista...”.

“Afim, se o Estado pode deter a maioria das ações e deve fazê-lo, a direção da empresa lhe competirá, naturalmente, *sem alteração de sua natureza privada*.”

E assim deve ser, porque, como observa VICENTE RÁO (*O Direito e a Vida dos Direitos*, I, pág. 361), não se pode negar que a intensidade do interesse público atrai para o Estado o *comando* da empresa. Embora detentor da maioria das ações, e conservando, naturalmente, os direitos e prerrogativas dessa situação, o Estado, como escreve THEMISTOCLES CAVALCANTI, aparece “revestido de todas as características de *direito privado*, integrado no regime das leis comerciais, obediente ao Estatuto das sociedades

(1) Trecho original de PIETRO MESCHINI:

“...la partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici non inerisce alla struttura dell’enti per cui anche la destinazione strumentale degli atti di gestione realizzati al servizio di bisogni o di interessi pubblici costituiscono un dato meramente accidentale, che obiettivamente non può essere assunto ad elemento distintivo o qualificatore della loro natura giuridica”.

anônimas”. Segundo, ainda, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, qualquer que seja a intensidade da penetração do interesse público na vida dessas empresas, elas não perdem a sua qualidade de *direito privado*, enquanto conservam a estrutura de uma sociedade civil ou comercial (*Tratado*, 4.º, pág. 354)”.

HOUIN, aludindo a certas peculiaridades da sociedade de economia mista impostas pelo ascendente estatal, a configurarem, por vêzes, situações exorbitantes do direito comum (“*droit de vote plural, ... surveillance de la désignation des organes d’administration, contrôle du fonctionnement de l’entreprise par l’intermédiaire de commissaires du gouvernement, de censeurs, de contrôleurs d’État, de la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques*”), entende que

“ces différences constituent des dérogations indéniabiles au statut ordinaire des sociétés anonymes; mais elles ne paraissent pas absolument incompatibles avec les principes qui régissent ces sociétés”.

E sustenta, linhas, adiante, que

“...les droits étendus conférés à l’État actionnaire ne sont pas incompatibles avec le principe de l’égalité des associés; ce principe signifie simplement qu’aucun associé ne peut être privé du droit de participer aux bénéfices, aux pertes ou à la gestion; mais l’étendue du droit de chaque associé peut être variable”.

(“*La Gestion des Entreprises Publiques et les Méthodes de Droit Commercial*”, in *La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l’Entreprise Publique — Archives de Philosophie du Droit, Recueil Sirey*, Paris, 1952, pág. 86).

Autorizados subsídios doutrinários assinalam e abonam, ademais, como tendência cada vez mais acentuada, a prevalência do comando estatal ainda até nas sociedades de economia mista em que o ente público é acionista *minoritário*.

Haja vista à preleção de LAUBADÈRE:

“...la société d’économie mixte comporte un contrôle administratif qui dépasse ce qu’il serait normalement, en vertu du droit commun commercial. En effet, surtout lorsque la participation administrative est *minoritaire*, le contrôle interne, proportionné à l’importance de la participation, serait insuffisant. On déroge donc aux règles du droit commercial pour donner à l’État un *contrôle supérieur à celui qu’il aurait normalement*. Ce régime de contrôle administratif n’est pas le même pour toutes les sociétés d’économie mixte”.

.....
“La tendance générale est de donner à l’Administration des droits qui dépassent le simple contrôle pour aboutir à *une véritable direction de la société par l’Administration*”.

(ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, n.º 1147, págs. 606-607).

Também êsse aspecto foi focalizado por JEAN RIVERO em sua já mencionada contribuição ao Congresso Jurídico Internacional da Associação Henri Capitant, reunido, em julho de 1963, no Rio de Janeiro:

“La dénaturation apparaît avec la société d’économie mixte; moins sensible lorsque la personne publique détient la majorité du capital, car le droit commun suffit à lui conférer la maîtrise de l’entreprise, elle s’affirme, au contraire, lorsque la participation publique est *minoritaire*; dans ce cas, en effet, le jeu du droit commun pourrait éliminer les personnes publiques participantes de tous les organes de direction; c’est ce résultat que des dispositions, soit générales, soit propres à la société considérée, ont évité.

Les modifications apportées au droit commun portent sur trois points essentiels. C’est d’abord le principe de l’égalité entre les actionnaires qui est mis en échec: l’État, en toute hypothèse, est assuré en effet d’être représenté au conseil d’administration, où un certain nombre de sièges lui sont réservés.

D'autre part, et ceci se rattache à ce qui précède, il y a rupture de la proportionnalité entre les apports et la participation à la gestion: les droits que l'État se réserve sont largement indépendants de la fraction du capital souscrit par lui.

Enfin, l'anonymat, et la libre cessibilité des actions, sont le plus souvent éliminés: la personne publique désire connaître ses co-associés: aussi les actions sont-elles le plus souvent nominatives, et leur transfert est réglementé; on glisse, par cette voie, de l'association de capitaux à l'association de personnes, contrairement à la logique première de la société anonyme".

("Le Droit des Sociétés et l'Entreprise Publique", n.º 19).

Patenteia-se, destarte, a inanidade do argumento da preponderância do Estado na direção ou administração da sociedade de economia mista, para o pretendido efeito de transmutá-la de *pessoa de direito privado* em *pessoa de direito público*.

*

* *

Outorga de privilégios, prioridades e vantagens: — outro argumento inexpressivo e até contraproducente

Não tem maior significado a invocação de "vários privilégios, prioridades e vantagens" (*sic*) outorgados à entidade em decretos-leis federais, como, ainda, o fato de, num dêles, declarar-se que os serviços da companhia são "considerados de utilidade pública, de interesse nacional". Muito ao revés, êsses elementos reforçam o convencimento de que se trata de *pessoas de direito privado*, em relação às quais, para a atribuição de tais títulos, privilégios e vantagens, necessária se faz a respectiva outorga por meio de *lei especial*, justamente por não participarem *ex proprio iure* dos de que gozam, natural

e originariamente, as pessoas públicas, por força da Constituição e das leis gerais do país.

É óbvio que a concessão de tais regalias e benefícios pelo Governo da União — sobretudo por via de decretos-leis expedidos num regime de poderes discricionários — não infunde à sociedade de economia mista a *personalidade de direito público*. Trata-se de meros favores ou benefícios, que cada qual dos órgãos ou ramos do Poder Público (federal, estadual ou municipal), nos limites da respectiva competência, tem o direito de outorgar a *quaisquer entidades ou instituições de direito privado*, que os mereçam, pela natureza de seus préstimos ou serviços; e são comuns semelhantes concessões, não apenas a sociedades de economia mista, mas até a associações de utilidade pública, fundações, sociedades de cultura, grêmios literários, obras pias, empresas de transporte aéreo, clubes desportivos, etc..

Prestigia-nos, neste asserto, o conspícuo testemunho de THEMISTOCLES CAVALCANTI:

"O Banco do Brasil, como os bancos congêneres em outros países, não deixa de ser uma *entidade privada* pelo fato de gozar de numerosos privilégios e prerrogativas peculiares às entidades públicas.

O mesmo pode-se dizer dos sindicatos que, embora gozando de numerosas prerrogativas e usufruindo do impôsto sindical, não perdem a sua natureza de *direito privado*.

Poder-se-iam multiplicar os exemplos através de uma paciente pesquisa pelo direito estrangeiro, mas não devo omitir as Caixas escolares e outras instituições tão bem estudadas por HAURIOU, comentando decisão do Conselho de Estado (*La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, vol. I, págs. 431 e seguintes).

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 382).

*

* *

Contra a vocação anti-fiscal de certas empresas opõem-se a lógica dos fatos e a razão jurídica

No fundo de todo êsse empenho de certas empresas mistas por se atribuírem *personalidade pública* o que há, em verdade, é a luta contra o Fisco. É o vêzo imoral e impatriótico de tentar uma brecha, uma escapatória, uma válvula de evasão ao cumprimento do dever tributário.

Todos os possíveis recursos da dialética jurídica são, assim, buscados, mobilizados e postos ao serviço de um objetivo único e exclusivo: o de evitar, a todo transe, o pagamento dos impostos locais, em detrimento dos direitos e interesses dos Estados e Municípios.

Num país onde, infelizmente, se alastra o preconceito anti-fiscal como índice alarmante de atraso político e de deseducação cívica, onde o *horror ao imposto* constitui um dos males sociais que estão a exigir saneadores corretivos psicológicos, é deveras penoso e decepcionante assinalar-se o péssimo exemplo oferecido por poderosas, ricas e prósperas empresas industriais de economia mista — aliás de notória prodigalidade no custeio de publicidades, excursões de diretores e técnicos ao estrangeiro, obras suntuárias, etc. (1) — obstinadas na resistência ao cumprimento de seus deveres tributários, arguindo supostas franquias e engendrando pretextos evasivos, embora a preço, inclusive, da desfiguração de sua própria natureza jurídica!

Tais expedientes são, porém, subversivos, a um só tempo, da razão natural e lógica dos fatos, bem assim da doutrina jurídica tradicionalmente consagrada no direito brasileiro e no de quase todos os povos cultos.

Considere-se, antes de tudo, que, se o próprio Estado — ao invés de criar, inequívoca e declaradamente, *entes públicos*, para a realização de determinados fins de interesse cole-

(1) Ver nota n.º 1, às págs. 232-233.

tivo, como bem e livremente poderia fazer, — *preferiu* escolher e adotar, por ditames de conveniência política, econômica ou administrativa, formas, métodos e técnicas *do direito privado* para o melhor exercício de atividades de caráter industrial ou comercial conducentes àqueles fins, estruturando suas empresas nos moldes das *sociedades anônimas*, seria ilógico, irracional e contraditório pretender-se alterar-lhes a natureza transformando-as arbitrariamente em pessoas públicas, com a conseqüente anulação dos objetivos, efeitos e vantagens, que se tiveram em mira.

Realmente, ao Estado é livre *escolher* entre a forma *de direito público* e a forma *de direito privado* para o exercício de certas e determinadas iniciativas e tarefas porventura enquadráveis na área, cada vez mais ampla, da competência estatal.

Todavia, incursionando especialmente no plano econômico, pode o Estado *preferir*, e freqüentemente *prefere*, para a gestão de interesses econômicos coletivos, assumir atividades *empresariais* sob formas e técnicas de direito privado, *exempli gratia* sociedades anônimas e de economia mista, atentas as óbvias vantagens que o regime oferece, tais como independência aos estorvos e contrôles burocráticos, alheamento ao formalismo administrativo e às ingerências da política, liberdade de ação, dinamismo, flexibilidade e espírito de iniciativa, facilidades na utilização do crédito, no acesso aos meios de produção e na administração do pessoal, etc., tudo significando maior vigor, facilidade e eficiência no trato de empreendimentos e negócios de caráter industrial ou comercial.

Di-lo, com muita nitidez, 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”.

.....
“Poichè la pubblica amministrazione può usare procedimenti di diritto pubblico o di diritto privato, la medesima attività può essere pubblica o privata, anche se compiuta dalla stessa persona”.

.....
“Occorre qui rilevare soltanto come l'amministrazione pubblica possa essa medesima costituire queste società, detenendone eventualmente tutte le azioni, per 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., págs. 30, 114, 16-17 e 103).

Além de injurídica é, pois, incongruente a tentativa de *publicização* das empresas mistas.

*
* *

Critérios e índices sobrelevantes para a identificação das pessoas públicas. “Serviço público” e atividade de “interesse público”. Caráter comercial das companhias mistas. O problema do “fim lucrativo”. Efeitos da adoção de formas, métodos e técnicas de direito privado

Bem diverso do critério do “*serviço público*”, preferido por certos autores (1), — segundo o qual o que define a persona-

(1) Entre os administrativistas belgas, liderados por BUTTGEBACH, predomina o critério do “*serviço público*”; mas, ainda entre os seus adeptos, há dissidências no que respeita aos elementos ou índices definidores do caráter de *serviço público* nas atividades de certas empresas. Assim, por exemplo, ao estudar a natureza jurídica da S.A.B.E.N.A. (*Société anonyme belge d'exploitation de la navigation*

lidade de *direito público* ou de *direito privado*, dêssees órgãos auxiliares da Administração, é o fato de constituir, ou não, um *serviço público* a atividade inerente ao respectivo fim institucional, — o critério que tradicionalmente sobreleva no direito brasileiro, como no da maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros, é o que se inspira, para tal definição, não apenas na indagação sobre o caráter de *serviço público* das atividades da pessoa jurídica, mas também na pesquisa de outros índices ou elementos, entre êles os seguintes: a) se o *ato institucional* visou à criação de um *ente público* ou de um *ente privado*; b) qual a *forma* (de direito público ou de direito privado) *escolhida* para a estruturação da pessoa jurídica; c) quais as *normas* (de direito público ou de direito privado) *escolhidas* para regerem o funcionamento das atividades respectivas; d) se tais atividades têm caráter nitidamente *comercial* (1).

aérienne), constituída sob a forma de sociedade anônima, com capitais públicos e privados, escreve MIOMANDRE:

“Cet intérêt et cette assistance apportés par les pouvoirs publics à une activité de nature privée par essence et la circonstance que ce soit le Gouvernement lui-même qui ait pris l'initiative de faire étudier et de promouvoir cette activité en lui conférant même certains avantages légaux ne suffisent pas, à notre sens, pour élever cette activité au rang de *service public*, ainsi qu'il résulte des critères que nous pensons avoir dégagés des principes du droit public et des normes du droit positif belge. Nous nous séparons en cela de M. BUTTGEBACH, pour qui l'initiative gouvernementale et la participation de l'Etat à la gestion de la société constituent un critère suffisant d'érection en service public”.

(EMMANUEL DE MIOMANDRE, *La Personne Publique Parastatale*, Bruxelas, 1952, págs. 41-42).

(1) O *fim lucrativo* está naturalmente implícito no conceito jurídico-econômico de *atividade comercial*, pósto que a *intenção de lucro* (ou, ao menos, a *esperança de lucro*) é um dos elementos integrantes e caracterizadores do *ato de comércio* (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1930, vol. I, n.º 291, pág. 470; — VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, 1900, vol. I, n. 22; — PLÁCIDO E SILVA, *Noções Práticas de Direito Comercial*, Curitiba, 1928, pág. 4).

Outrossim, a *atividade industrial* é modalidade da *atividade comercial*, de cuja natureza participa, econômica e juridicamente. Observa SPENCER VAMPRÉ que, “sob o ponto de vista econômico, o comércio é um ramo da *indústria*, expressão pela qual se designa o trabalho do homem,