

“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 emprêsas mistas.

*
* *

Critérios e índices sobrelevantes para a identificação das pessoas públicas. “Serviço público” e atividade de “interêsse 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 emprêsas. 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 sôbre 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*, pôsto 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 VAMERË que, “sob o ponto de vista econômico, o comércio é um ramo da *indústria*, expressão pela qual se designa o trabalho do homem,

Com a crescente complexidade da vida social, criando necessidades novas e determinando, por exigência delas, o progressivo alargamento das áreas de intervenção do poder estatal no domínio econômico, o conceito de *serviço público* (1) é hoje

aplicado à matéria, para produzir valor" (*Tratado Elementar de Direito Comercial*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, pág. 9).

CARVALHO DE MENDONÇA, em cujo pensar "o conceito fundamental do comércio é o mesmo na ciência econômica e no direito comercial" (*op. cit.*, vol. I, n.º 291, pág. 470), assim se exprime:

"O direito comercial é o direito dos que se dedicam não somente ao exercício do comércio, mas ainda ao das indústrias manufatureira, de transporte, e outras auxiliares do comércio, todos êsses industriais juridicamente denominados *comerciantes*; é também o direito regulador de certas relações decorrentes de negócios jurídicos alistados sob a etiqueta de *atos de comércio*, já em virtude de longa tradição, exatamente por se formarem êles dentro da periferia do comércio no sentido econômico, já por serem declarados tais em virtude da intenção daquele que os realiza, já pela forma que revestem ou pelo ligame que mantêm com o comércio no aludido sentido, já, finalmente, pela disposição da lei, equiparando outras relações da vida civil, sem a intervenção de comerciantes, às provenientes da indústria comercial, em virtude de motivos de utilidade prática ou de simples oportunidade, para se subordinarem todos à mesma disciplina jurídica fundamental e formal". (*Op. cit.*, vol. I, n.º 1, págs. 7-8).

(1) A propósito mesmo do conceito de "*serviço público*", adverte PONTES DE MIRANDA:

"Uma coisa é *serviço público* e outra a *indústria de interesse geral* ("*public services*" e "*industries affected with a public interest*"). A distinção já era nítida no direito administrativo do Império do Brasil (Resolução de 24 de outubro de 1872; *Consultas da Seção de Fazenda do Conselho de Estado*, VII, 181-194). Tanto no direito administrativo francês, como no de todo o mundo, o que se ensina — o que ensina GASTON JÈZE, por exemplo — é que "il ne faut pas confondre les établissements privés poursuivant un but d'intérêt général, avec les services publics". (*Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., tomo II, págs. 281-282).

Assim também GIANNINI:

"Non si devono confondere i *servizi di pubblico interesse* con i *servizi pubblici*: questi ultimi sono *servizi assunti* come propri dallo Stato o da altro ente pubblico e possono essere esercitati, come ora vedremo, anche da privati, ma a titolo di sostituzione. Dei *servizi di pubblico interesse*

— e cada vez mais — incerto, impreciso e contingente, como bem observam os tratadistas em geral, ensejando perplexidades e controvérsias. Além do que, há pessoas de direito público que exercem atividades de natureza privada e pessoas de direito privado consagradas à realização de fins públicos, consoante ressalta a observação de TREVES:

"L'esistenza di persone giuridiche pubbliche che esplicano soltanto un'attività economica privata, e di persone giuridiche private che agiscono soltanto per un fine pubblico, toglie valore a quei criteri che basano la distinzione fra i due tipi di persone non, o non soltanto, sulla loro posizione nell'organizzazione dello Stato, ma su elementi che, di per sè, sono propriamente estranei alla loro natura, quali l'attività ed il fine". (*Op. cit.*, pág. 114).

Daí o apêlo àquêles outros critérios, há pouco mencionados, sobrelevando, sem dúvida, o fato mesmo de haver o próprio Estado *preferido* e *escolhido* estruturas e técnicas de *direito privado* para a gestão de certas necessidades ou interesses coletivos na ordem econômica — industrial ou comercial.

Parece lógico, evidente e incontestável, que essa *preferência*, traduzindo uma diretriz imposta ou ditada por motivos de alta conveniência da política econômica ou administrativa, *determina* a natureza jurídica da entidade e *condiciona* à forma escolhida e adotada o conteúdo substancial, orgânico, de suas atividades.

Di-lo, sàbiamente, o insigne SAVATIER, quando afirma que

"ces formes de droit privé, empruntées aujourd'hui par le droit public, ne sauraient rester purement "*formelles*", car les formes juridiques ne se conser-

non sono invece titolari lo Stato o altri enti pubblici; più che *servizi*, essi sono attività proprie di soggetti istituzionalmente non pubblici, cioè di privati". (MASSIMO SEVERO GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 172).

vent et ne s'imposent que lorsqu'elles traduisent certaines nécessités profondes".
(*Droit Privé et Droit Public*, D. 1946, chron., pág. 25).

Por isso mesmo, ao tratar da atividade administrativa pública e privada, GIOVANNI MIELE, observando que "è dato notare, negli ultimi tempi, un accostamento più accentuato dell'attività statale ai modelli dei rapporti privati", assim doutrina, a respeito:

"Non nella diversità degl'interessi o dei fini, e neppure nel grado d'immediatezza con cui finalità di pubblico interesse si perseguono risiede la distinzione suddetta, ma piuttosto nella diversità della disciplina giuridica fondamentale da cui l'una e l'altra attività appaiono regolate: se un atto o un rapporto è di quelli previsti dal diritto pubblico, anch'essi dovranno qualificarsi pubblici; mentre privati saranno gli atti e i rapporti regolati dalle norme di diritto privato".
(*Principi di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Pádua, 1953, vol. I, pág. 30).

Sustenta o ilustre professor da Universidade de Florença que "questo criterio meramente formale è sufficiente anche nei casi in cui sia incerta la norma da applicare", porque, segundo explica, de ser o direito público o direito normal e específico do Estado, não se pode deduzir que, na falta de indicações expressas sobre a disciplina de uma certa relação do Estado, deva esta ser ministrada por normas e princípios de direito público (*ibidem*, mesma página).

Sobe de ponto a importância do asserto quando se trata, como no caso das *empresas mistas*, de *gestões econômicas de natureza tipicamente privada*, a respeito de cujo regime jurídico é de ajustar-se a advertência de BIELSA:

"Se rigen por el derecho privado (civil, comercial o industrial) las relaciones jurídicas que nacen en

la gestión patrimonial o económica puramente privada".
(RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1947, tomo I, pág. 417).

Entendendo, com VELASCO, que, diversamente do que ocorre no direito privado, "o direito público é essencialmente formal", salienta MENEGALE que "em direito administrativo, o direito *de forma* é inseparável do direito *de matéria*" (*Direito Administrativo e Ciência de Administração*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1950, vol. II, págs. 166 e 183).

A seu turno, acentua TREVES que o Estado, quando cria *entes públicos*, o faz no campo e sob as formas e regras do direito público, mas,

"quando lo Stato prende l'iniziativa per la creazione di un ente di diritto privato quale una società commerciale, si serve invece delle forme a disposizione dei privati".
(*Op. cit.*, pág. 116).

.....
"Ma mentre è pubblica l'impresa esercitata dalla persona pubblica, è *privata* l'impresa esercitata dalla società privata, per quanto sia controllata dall'amministrazione".
(*Op. cit.*, pág. 113).

Quando o Estado deriva do campo do direito público, que lhe é próprio, para o campo do direito privado, declina, *ipso facto*, de seu poder de império, desveste-se de seus privilégios e prerrogativas de autoridade pública, para submeter-se aos princípios e às normas do direito privado. Cabe, aqui, com justeza, a consideração de JACQUIGNON:

"Sans doute, ne faut-il méconnaître l'évolution récente de la notion d'État, dont la pureté originelle s'est alteré au contact d'interventions multiples dans les domaines les plus variés. Mais la nature des choses a pris sa revanche. L'État a voulu devenir

chef d'entreprise; l'entreprise lui impose peu à peu sa loi".

(LOUIS JACQUIGNON, *Le Régime des Biens des Entreprises Nationales*, Paris, 1956, tomo I, pág. 7).

Análogos princípios são afirmados na doutrina jurídica alemã, de onde se irradiaram para os direitos austríaco e helvético.

Haja vista ao asserto de SIGLOCH:

"Uma sociedade anônima ou uma sociedade de responsabilidade limitada não são jamais pessoas jurídicas de direito público".

(GERHARD SIGLOCH, *Die Unternehmung der öffentlichen Hand*, Heidelberg, 1929, pág. 23).

E ao de BÜHRER:

"As empresas públicas que adotam as formas do direito privado são submetidas, por princípio, ao direito privado".

(HANS BÜHRER, *Die öffentlich-rechtliche Stellung der Bernischen Kraftwerke A. G.*, Zürich, 1934, pág. 59).

Segundo FRITZ FLEINER, para que as empresas do Estado e do Município devam ser consideradas como verdadeiras empresas industriais, é preciso verificar-se, em cada caso concreto, se se manifesta a *intenção lucrativa* que caracteriza a exploração industrial. Há *indústria* se a exploração visa a proporcionar uma fonte de réditos ao Tesouro público. Não explorará, porém, a Administração uma *indústria* se a assunção do serviço ou o exercício da atividade, ao invés de visar à obtenção de ganhos, se houver inspirado em considerações de interesse público, no sentido de beneficiar a todos os cidadãos em igual medida e em condições econômicas favoráveis, ainda que da gestão resultem certos lucros, admissíveis simplesmente como um produto *eventual e inesperado*.

Todavia, ressalva, com absoluta procedência, o tratadista emérito:

"Mas, não basta que uma empresa não se considere *industrial* para concluir-se que ela deva estar submetida ao direito público, porque é facultado à lei submeter também ao direito privado certas relações pertinentes a um serviço não industrial".

E acrescenta:

"Essa fuga do Estado e dos Municípios para o domínio do direito privado acarreta, *automáticamente*, a regulação do funcionamento da empresa pelo direito privado".

(FRITZ FLEINER, *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, 8.^a ed., Tübingen, 1928, págs. 325-326; — *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. espanhola da 8.^a ed. alemã, por Sabino A. Gendin, Barcelona, 1933, págs. 262-263; — *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, trad. francesa de Ch. Eisenmann, Paris, 1933, págs. 200-201).

*

* *

Crítica e refutação a argumentos de Henri Zwahlen

HENRI ZWAHLEN, embora reconhecendo que tais conceitos representam "*a opinião corrente*", tentou contrariá-los ou, pelo menos, neutralizá-los, mas com hipóteses e exceções dificilmente verificáveis e que, a nosso ver, antes confirmam do que infirmam a *regra* doutrinariamente estabelecida e consagrada pela maioria das ordenações jurídicas (*Des Sociétés Commerciales avec Participation de l'État*, Lausanne, 1935, págs. 103 e segts.).

Assim, por exemplo, argumenta que o Estado, muitas vezes, participando de uma sociedade comercial, não visa à auferição de lucros, como os outros societários, mas apenas a "in-

fluenciar a gestão no sentido dos interesses da comunidade"; de modo que, adquirindo parte do capital — como meio de participar da administração para influenciá-la com suas decisões, — sua intervenção tende a *atenuar* a tendência lucrativa e acentuar seu caráter de interesse geral. Mas a isso se poderia objetar que aquela possível "*atenuação*" não exclui, absolutamente, nas sociedades de economia mista, o *ânimo lucrativo* inerente à presença do capital privado nas empresas e, muito menos, a mescla do interesse público desfigura o caráter *comercial* de seus métodos de ação e de suas atividades no mercado.

O que se opera nesse hibridismo de capitais privados e públicos e nessa simbiose de escopos aparentemente contraditórios é, em verdade, na expressão de RIVERO, "*le mariage de la recherche du profit et de la poursuite de l'intérêt général*".

Pois bem: êsse inevitável *ânimo lucrativo* e o inarredável caráter *comercial* da sociedade anônima mista — no estágio atual do nosso direito positivo e doutrinário — excluem a possibilidade jurídica de se lhe atribuir a natureza de pessoa pública.

*
* * *

Argumenta, outrossim, que *pode haver*, até, sociedades ditas *comerciais*, mas "*sem fim lucrativo*", desde que, com o aumento de seu campo de aplicação, podem elas, atualmente, servir, tanto à realização de fins ideais como à de fins econômicos, de modo que o fato de uma empresa estar organizada em sociedade comercial não deixa, absolutamente, presumir a natureza de seus fins. A isso poder-se-ia replicar que, mesmo na Suíça, a acenada possibilidade é remota, rara e especialíssima. Ao revés, o *fim lucrativo* (ou, pelo menos, a "*esperança de lucro*") sempre se presume, de regra, como elemento implícito nos negócios e atividades das sociedades mercantis. Com redobrada razão, cabe aqui o comentário do eminente Professor JEAN RIVERO a propósito das *empresas públicas*, oriundas de criação do Estado para a gestão de interesses econômicos

coletivos, ou da *nacionalização* de antigas empresas privadas, de natureza industrial ou comercial:

"Si la réalisation d'un *bénéfice* n'est pas, à la différence de l'entreprise capitaliste, l'unique *but* de la gestion, du moins reste-t-elle *un de ses buts*; l'entreprise doit tendre à une gestion non seulement équilibrée, mais encore *bénéficiaire*, afin de pouvoir utiliser, pour son développement, les procédés de l'auto-financement, le surplus du *bénéfice* allant selon des règles qui varient avec les textes, à l'État ou, pour partie, au personnel".

.....
"Il semble difficile, toutefois, de refuser la qualité de *commerçant* à des personnes morales dont la raison d'être est l'exercice d'une activité commerciale".
(*Droit Administratif*, 2.^a ed., Paris, 1962, págs. 414 e 415).

Em se tratando, especialmente, de *sociedades anônimas*, o *fim econômico* constitui elemento *essencial* à sua própria conceituação jurídica e, pois, indeclinável à caracterização da entidade, seja qual fôr o *fim moral* (ou *ideal*) mediato, a que se destine o *resultado econômico* de suas atividades, necessariamente *comerciais*.

A lei brasileira reguladora da espécie (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940) é, no particular, muito explícita:

"Art. 2.º Pode ser objeto da sociedade anônima ou companhia qualquer *empresa DE FIM LUCRATIVO*, não contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

Parágrafo único. *Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia É MERCANTIL e rege-se pelas leis e usos do comércio*".

De referência ao *fim, econômico*, ou *não econômico*, das sociedades, associações, corporações e fundações, em geral, ensina TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE:

“As sociedades anônimas entram na primeira categoria, porque não se compreende uma sociedade de capitais sem o espírito de lucro.

A anônima é uma das formas das *sociedades comerciais*. Por isso, ainda quando o seu objeto é civil, o *fim de lucro* é o móvel da sua organização”.

.....
“A realização de *lucros*, a serem distribuídos pelos acionistas, é, pois, da essência das sociedades anônimas”.

(*Sociedades por Ações*, Rio de Janeiro, 1941, vol. I, págs. 39 e 45).

No que respeita particularmente à intervenção do Estado no domínio econômico, através das *sociedades de economia mista*, preleciona o festejado tratadista e jurista brasileiro:

“O Estado ou coletividades públicas associam-se aos particulares para a exploração de indústrias, do comércio bancário, de serviços públicos. Variam as razões ou motivos que impelem o Estado a interferir em certos setores da atividade econômica. Quando, porém, a forma da sociedade anônima ou companhia é preferida, segue-se que o resultado da exploração industrial ou comercial é *lucrativo*”.

(*Op. cit.*, mesmo vol., pág. 29).

WALDEMAR FERREIRA, em especial estudo das sociedades anônimas como meios ou instrumentos da atividade de empresa, assim diz:

“Em qualquer desses momentos da atividade de empresa a *comercialidade* de seus atos é intuitiva.

São, na sua maior parte, de comércio, pela sua própria natureza, quando não por força da teoria do acessório e, não poucas vezes, por autoridade da lei.

Enquadrou-os a lei na mercância.

Nesta categoria das empresas, a da empresa de fábrica, entra a indústria propriamente dita nas suas mais variadas formas. A pequena e a grande indústria. Tanto as grandes empresas manufatureiras, de construções navais ou metalúrgicas, como as

mais modestas, sejam quais forem a natureza dos produtos e os métodos de trabalho, podem constituir objeto de sociedade anônima.

Até mesmo a indústria agrícola, que antes se excluía da exploração por sociedade anônima, é suscetível de exploração por esta.

Pouco importa a natureza da empresa. Tendo *finalidade lucrativa* ela pode ser explorada por sociedade anônima”.

“A lei *comercializou* a sociedade anônima. Qualquer que seja seu objeto, preciso é o texto, a sociedade anônima é *mercantil* e rege-se pelas leis e usos do comércio”.

(*Tratado de Sociedades Mercantis*, 5.^a ed., São Paulo, 1958, vol. IV, pág. 991).

Temos aí a reiteração de assertiva feita pelo mesmo publicista noutra de suas obras:

“Qualquer que seja o seu *objeto*, a sociedade é *mercantil* e rege-se pelas leis e usos do comércio. Não é questão de objeto. É de forma”.

(WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1951, vol. 5.^o, pág. 83, *in fine*).

Análogo é o ensino de ALOYSIO LOPES PONTES:

“A lei atual, além de *impor* como requisito essencial para a adoção de objeto social a sua *rentabilidade*, ou seja “o *fim lucrativo*”, ainda exige expressamente que êle não seja “contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”.

.....
“Deve também o objeto ser *lucrativo*. Aqui a lei vem apenas ratificar a prática sempre observada...”.

“Não se concebe uma sociedade anônima sem distribuição de dividendos. Jamais se observou a formação de sociedades de fins liberais, científicos, artísticos, morais, religiosos, beneficentes ou de outros objetos apenas culturais, sem qualquer interesse pecuniário, revestindo a forma anônima”.

.....

“Por ser o objeto das sociedades que assumem o anonimato *sempre comercial* ou de *fim especulativo*, mesmo quando civis, isto é, operando em transações e negócios da esfera civil, como o de imóveis, o de hipotecas, etc., a lei usou a expressão “*fim lucrativo*”.

.....
.....
“... são sempre comerciais, desde que elas exercem sempre atos de comércio, isto é, atos cujo característico principal é o *intuito lucrativo*”.
(*Sociedades Anônimas*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, 1957, vol. 1.^o, págs. 40, 47, 48, 49).

Bem é de ver-se, outrossim, que, fiel a essa doutrina, a jurisprudência brasileira considera o “*fim lucrativo*” elemento *essencial* da sociedade anônima, inerente à sua natureza e, pois, indeclinável à sua caracterização jurídico-legal.

Atente-se para o Acórdão de 3 de novembro de 1953, do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

“O *fim lucrativo* é condição inerente à vida das sociedades anônimas. Mister se faz, para sua existência, que elas produzam lucros”.
(*Revista dos Tribunais*, vol. 219, pág. 253).

Haja vista, igualmente, para o Acórdão da 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 26 de janeiro de 1951, cuja ementa assim reza:

“Pedido de dissolução de sociedade anônima. — A falta de distribuição de lucros justifica a dissolução quando indica a impossibilidade de a sociedade preencher o seu *fim lucrativo*”.
(*Arquivo Judiciário*, vol. 99, pág. 135).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso em Acórdão de 28 de abril de 1952, no Recurso Extraordinário n.º 20.023, por unânime adoção da tese formulada por seu ilustre relator, o Ministro NÉLSON HUNGRIÁ:

“Sociedade anônima. — Ausência de lucro. — Dissolução. — O *fim lucrativo* é essencial à sociedade anônima”.

.....
.....
“O objeto da sociedade anônima ou companhia somente pode ser empresa de *fim lucrativo*. Não é senão *lucri faciendi causa* que se forma e opera a sociedade anônima. Se não pode preencher tal fim precípua, se vem a fracassar no seu objeto de *granjeio de lucros*, é uma tentativa malograda e perde sua própria razão de ser. É o que dispõem, *expressis verbis*, os arts. 2.^o e 138, letra b, combinados, do Dec.-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940”.
(*Revista Forense*, vol. 155, págs. 166-167).

No direito estrangeiro, em geral, dominam os mesmos princípios:

Ao enumerar as principais características da sociedade anônima, explica A. MOREAU que ela “est exclusivement une société de capitaux” e que “elle est toujours une société commerciale, même si son objet est civil” (*La Société Anonyme*, Paris, 1946, tomo I, pág. 1). WYNENDAELE e WOUTERS, por sua vez, registam que “la société anonyme a toujours la qualité de commerçant” e que “toutes les activités de la société sont commerciales et soumises au droit commerciale” (JACQUES VAN WYNENDAELE e HIPPOLYTE WOUTERS, *Le Droit des Sociétés Anonymes dans les Pays de la Communauté Européenne*, Bruxelas, 1961, pág. 20). COLIN e CAPITANT, aludindo a “le but lucratif de la société”, acentuam que “c’est là, dans le droit français, le caractère essentiel de la société, celui qui la distingue de l’association” (*Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 10.^a ed., Paris, 1949, tomo II, n.º 1.161, pág. 766). Análogos ensinamentos se encontram em PLANIOL, RIPERT e BOULANGER (*Traité élémentaire de Droit Civil*, 3.^a ed., Paris, 1949, tomo II, n.º 3.055, pág. 926), e, mais, em BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL (*Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile — Della Società, del Mutuo, del Deposito*, ed. italiana Vallardi, Milão, s/d., n.º 9, pág. 6, e ns. 105 e 106, págs. 73 a 75), MARCEL LABORDE-LACOSTE (*Exposé Méthodique de Droit Civil*, Paris, 1947, tomo II,

n.º 1.548, pág. 609), RENÉ SAVATIER (*Cours de Droit Civil*, 2.ª ed., Paris, 1949, tomo II, n.º 867-26, pág. 434), ALBERTO TRABUCCHI (*Istituzioni di Diritto Civile*, 5.ª ed., Pádua, 1950, n.º 138, pág. 286), ROBERTO DE RUGGIERO (*Institutiones de Derecho Civil*, trad. espanhola da 4.ª ed. italiana, Ed. Reus, Madrid, s/d., tomo II, vol. I, § 89, pág. 420), CUNHA GONÇALVES (*Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, 2.ª ed., São Paulo, 1957, vol. 7, tomo I, n.º 962, págs. 224 e 225 a 226), etc..

ROGER RÉAU e JEAN RONDEPIERRE, ao tratarem da sociedade anônima, em seu *Petit Dictionnaire de Droit*, após afirmarem, inicialmente, a prevalência do princípio de que “les sociétés anonymes sont nécessairement commerciales par leur forme, quel que soit l’objet de leur exploitation”, encaram, mais além, a hipótese de uma sociedade de *objeto civil* revestir a *forma comercial*; e aduzem:

“Si la société emprunte la forme de la société en nom collectif ou de la société en commandite simple, elle demeurera civile, mais la solidarité jouera entre les associés en nome et les commandités. Par contre, si la société emprunte la forme d’une société anonyme ou d’une société en commandite par actions, elle sera considérée comme **PLEINEMENT COMMERCIALE AU FOND ET DANS LA FORME**”. (Os destaques são nossos).

(*Op. cit.*, Paris, 1951, págs. 1.183 e 1.190).

Mas, acontece que o *fim moral* (ou *ideal*), mediato, a que vise, porventura, a sociedade, não anula, não exclui, não elimina de seu conceito o *objeto comercial*, isto é, o *fim material lucrativo*, imediato, inerente à sua própria organicidade, à sua dinâmica e ao caráter mesmo de suas atividades, configuradoras não só de *atos de comércio por natureza* (tais como a transformação de matérias primas em produtos manufaturados ou seu aproveitamento ou aperfeiçoamento com finalidade de venda para o consumo, etc.), como, ainda, de atos havidos *juris et de jure* como *de comércio*, pôsto que em virtude de deter-

minação legal, tais como as operações de câmbio, banco e corretagem, as empresas de fábricas, de seguros, armação e expedição de navios, etc..

“São atos de comércio” — escreve JOÃO DE OLIVEIRA FILHO — “os realizados pelas empresas que empregam capitais, máquinas e mão de obra para mudar ou aperfeiçoar, na substância e na forma, as matérias primas ou as mercadorias já manufaturadas, apropriando-as ao consumo”.

(“Ato de comércio”, verbete no *Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro*, ed. Borsoi, vol. 5.º, pág. 5).

O exercício de tais atos tem e não pode deixar de ter *objeto de lucro*, real, ou presumido por força da lei, não importando que os resultados da exploração econômica revertam ou sejam destinados a um fim moral ou ideal mediato (científico, cívico, humanitário, etc.).

São ainda de JOÃO DE OLIVEIRA FILHO estes ensinamentos:

“O *lucro* é o fim de toda a atividade econômica. Sem remuneração não existe serviço econômico. O ato de comércio deve, portanto, ser praticado *com a intenção de lucro*. Os atos de comércio não podem ter por objeto motivos de ordem afetiva e sentimental.

Não importa que as empresas industriais vendam diretamente. Elas substituem o comerciante.

O fim lucrativo às vezes pode não ser para quem exerça profissionalmente atos de comércio. Institutos de beneficência podem exercer atos de comércio em vantagem dos beneficiados”.

(Verbetes citados, *op. cit.*, mesmo vol., pág. 2).

Razão têm, pois, certos doutrinadores estrangeiros quando, no trato do assunto, ao invés de identificarem e confundirem os dois conceitos, como fazem os autores brasileiros, separam e distinguem, nitidamente, o *objeto* (“*objet*”) do *fim* (“*but*”), o que melhormente permite compreender-se que um

empresa tenha *objeto* comercial embora seus resultados visem a um *fim* moral.

Por isto mesmo, as Côrtes belgas (como as francesas e as italianas) têm proclamado que o *fim* assistencial, filantrópico, científico, humanitário, religioso, etc., de uma associação ou sociedade que pratique operações mercantis ou bancárias, vale dizer, *atos de comércio*, de modo habitual, ou profissional, não lhe suprime o caráter *comercial*, identificável por seu *objeto*. Esse "*objeto*", que é "*o propósito de comerciar*", "*o intuito de negociações ou operações comerciais*" (e a que também se costuma chamar de "*fim comercial*" (CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, vol. III, n.º 568, pág. 51), não é absolutamente incompatível com um "*fim moral*" (além e acima do interesse personalista dos societários) e pode com êle co-existir.

Muito elucidativo, a tal respeito, é o registo, feito por GOEDSEELS, de múltiplas aplicações, oferecidas pela jurisprudência belga, do princípio de que o caráter *comercial* de uma sociedade se determina e identifica por seu *objeto*, e não pelo seu *fim*:

"C'est l'objet de la société et non le but qui détermine son caractère commercial ou non commercial". — Comm. Brux., 18 août 1923; *Rev. prat. soc.*, 1924, pág. 274".

"L'objet seul d'une société doit être rendu public et les tribunaux n'ont pas à s'enquérir de l'idée politique ou sociale qui a présidé à la création d'une société commerciale" (Cita inúmeras decisões de Gand, Liège, Bruxelas e Antuérpia).

"Jugé que le but humanitaire d'une société qui fait des opérations de banque, ne supprime pas le caractère commercial de son objet — Civ. Anvers, 18 juill. 1923; *Rev. prat. soc.*, 1924, 185".

"L'exploitation d'un cinématographe, dont l'accès est public, et dont les places se payent à des prix normaux, constitue une entreprise de spectacles

réputée *commerciale* par la loi, même si les bénéfices éventuels étaient réservés à des fins désintéressées, cette destination des bénéfices ne pouvant pas influer sur la nature juridique de l'entreprise. Il n'en serait autrement que si l'on établissait l'impossibilité de la réalisation de bénéfices. — Comm. Liège, 16 déc. 1922; J. T., 1923, 177".

(*Traité Juridique des Associations sans but lucratif et des Établissements d'Utilité Publique*, Bruxelles, 1935, pág. 77).

Consoante o invocado parecer de VEDEL, segundo o qual a afetação do ganho a um fim desinteressado não suprime o fato da existência ou da procura de um *lucro*, escreve JACQUIGNON:

"Peu importe que le profit réalisé l'ait été de manière intéressée ou désintéressée; il existe, c'est là l'essentiel. La Cour de Cassation a confirmé ce point de vue par un arrêt du 23 novembre 1949".
(*Op. cit.* tomo, II, pág. 497).

Alude — no caso — ao fato de que o produto de "*kermesses*" organizadas em proveito de escolas livres — contra toda a expectativa de seus organizadores — foi, por decisão daquela Côrte judiciária, considerado sujeito a imposição tributária, sob o fundamento de que se entende como de caráter *comercial* "tout spectacle ayant pour objet la réalisation d'un bénéfice, quelle que soit d'ailleurs l'affectation donnée à ce bénéfice". E argumenta, a seguir, de referência às empresas nacionais:

"Il en est de même pour les établissements nationaux dont nous nous occupons. La distinction donnée par la Jurisdiction Suprême entre la réalisation et l'affectation des bénéfices s'applique, à l'évidence, à ces derniers. Les lois de nationalisation, non seulement prévoient la possibilité, mais encore imposent la recherche des bénéfices pour répondre aux exigences du financement, de l'autofinancement, en un mot pour assurer la gestion normale de l'établissement. Cette gestion s'appliquant à des intérêts économiques

collectifs, on ne peut opposer ceux-ci à la notion de *bénéfice*. La permanence et le développement de ces intérêts exigent précisément la recherche du *profit*". (*Op. cit.*, mesmo vol., págs. 497-498).

Na esteira do que, singularmente, permite a legislação suíça, tem-se ensaiado, noutros países, nomeadamente a França e a Itália, a *inovação* de pretensas "sociedades anônimas sem fim lucrativo", em manifesta contravenção aos cânones doutrinários tradicionais e ainda hoje imperantes na generalidade dos sistemas jurídicos.

De referência a tais entidades, diz, com razão, o festejado Prof. TULLIO ASCARELLI que "essas sociedades anônimas, mais do que no conceito de *sociedade*, caberiam, no direito ítalo-francês, naquele de *associação*".

Aludindo, a seguir, às "sociedades anônimas de Estado, das quais o Estado ou as entidades públicas são acionistas e, algumas vezes, os únicos acionistas", aduz o douto professor da Universidade de Bolonha que "o próprio Estado recorre à sociedade anônima e *se sujeita às suas leis*" ("*Usos e abusos das Sociedades Anônimas*", na *Revista Forense*, vol. LXXXVIII, pág. 29).

*
* *
*

Argumenta, ainda, ZWAHLEN que, se as sociedades comerciais, até hoje, não têm sido reguladas senão pelo direito privado, isso decorre do fato de que elas têm sido utilizadas tão somente por particulares; mas esse fato, a seu ver, não exclui a *possibilidade* de pertencerem ao direito público, pois, *formalmente* pode uma instituição ser regida por disposições de direito privado, embora *materialmente* pertença ao direito público (*op. cit.*, págs. 106-107).

Como se vê, o argumento, apartando-se da tradição jurídica — o que, aliás, reconhece o próprio autor comentado, —

sugere, em contrário, mera "*possibilidade*", *ad futurum*. Ademais, à discutida teoria de instituições "*formalmente de direito privado mas materialmente de direito público*", poder-se-ia, vantajosamente, contrapor a já invocada assertiva de SAVATIER, de que "ces formes de droit privé, empruntées aujourd'hui par le droit public, ne sauraient rester purement "*formelles*", car les formes juridiques ne se conservent et ne s'imposent que lorsqu'elles traduisent certaines *nécessités profondes*" (*op. cit.*, pág. 25). Assim, se o próprio Estado, podendo, livremente, a seu talante, criar um *ente público*, com declarada personalidade jurídica de direito público e regido pelas normas do direito público, bem ao revés disso, julgou mais conveniente à gestão de determinada ordem de interesses econômicos o apêlo às formas, técnicas e processos de direito privado, associando-se, inclusive, ao capital privado, em moldes de *sociedade anônima*, para o melhor exercício de atividades empresariais (industriais e comerciais) — porque, na expressão de ASCARELLI, "encontra nela um instrumento para a colaboração das economias públicas com a economia privada e através dela o meio para a solução dos grandes problemas industriais da nação", — isso mostra e define, a nosso ver, o caráter de *pessoa de direito privado* da instituição; e não há por onde, sem manifesta e arbitrária contradição, se lhe possa atribuir personalidade jurídica de direito público, — inadmissível, de resto, em face da nossa legislação. Na Itália, instituições privadas, criadas por iniciativa de particulares, com capitais puramente privados, para fins de beneficência, foram erigidas em *pessoas públicas*, continuando, não obstante, a reger-se pelas normas do direito privado. Mas isso ocorreu em virtude de uma lei especial — a Lei de 17 de julho de 1890 — em nada conflitante com o ordenamento jurídico no qual se integrou. Tratava-se, além disso, de típicas *fundações* ou *associações civis sem fim lucrativo*, criadas com escopo genuinamente altruístico ("*istituzioni di beneficenza*"), alheias a toda e qualquer atividade industrial ou comercial. Aliás, na tradição do direito italiano (Código Comercial de 1873, art. 76), como dos direitos belga (Lei

de 18 de maio de 1873, art. 1.º) e francês (várias decisões administrativas e judiciárias), domina o princípio de que não é o *fim moral* (ou *ideal*) da sociedade, mas o seu *objeto* imediato, que lhe determina o caráter — *comercial* ou *não comercial* — (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3.ª ed., vol. III, n.º 568), razão pela qual as Côrtes belgas, francesas e italianas, têm proclamado que o *fim* assistencial, filantrópico ou humanitário de uma associação que pratique habitualmente atividades mercantis ou bancárias não lhe suprime o caráter *comercial*, identificável por seu *objeto* (CHARLES OZANAM, *Associations, Syndicats, Fondations, leur formation et leur fonctionnement*, 3.ª ed., Paris, 1957, págs. 86 a 87; GOEDSEELS et GOOSSENS, *op. cit.*, pág. 77). Não há a mínima similitude entre tais casos e situações e o das *sociedades anônimas de economia mista*, profissionais de *atos de comércio* assim caracterizados por sua natureza ou por força de lei, nas quais o possível relevante interesse público de suas explorações ou atividades não exclui o peculiar, o inerente, o indeclinável *espírito de lucro*, que assinala a presença, embora minoritária, do capital privado, nem apaga a feição *comercial* da entidade e o seu *fim lucrativo*, inarredáveis, no Brasil, por virtude de imperativo legal.

*

* *

Argumenta, finalmente, HENRI ZWAHLEN que, embora se pretenda que a natureza jurídica de uma sociedade anônima não poderia ser influenciada pelo fato de nela intervir o Estado como societário, assim não sucede, todavia, na prática, onde os fatos mostram que, ao contrário, o *intuitus personæ* pode sobre ela influir; de modo que a personalidade dos associados (e, em especial, a intervenção do Estado como societário) é de molde a exercer uma influência modificadora de sua natureza jurídica (*op. cit.*, pág. 107).

Poder-se-lhe-á, entretanto, redarguir:

A) — O argumento é precário e de limitado alcance, pois se alicerça em peculiaridades do direito e da legislação vigentes na Suíça (1), inajustáveis ao direito brasileiro, onde — como no direito de quase tôdas as nações cultas — o *intuitus personæ* é de todo ponto irrelevante na *sociedade anônima*, sempre e por excelência "*sociedade de capitais*" (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, Rio de Janeiro, 1941, pág. 37, texto e nota n.º 5). Por isso mesmo acentua CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.), de referência à sociedade anônima, que, "depois de constituída, a *mais absoluta impersonalidade* é o seu sinal característico", pôsto que "é, por excelência, o tipo da sociedade de capitais, é mera "*associação de capitais*" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, 3.ª ed., 1938, vol. III, livro II, parte III, pág. 287).

Quase todos os autores nacionais assim entendem e opinam. E no mesmo sentido a maioria dos doutrinadores estrangeiros. TRABUCCHI assinala que nas sociedades anônimas, onde "*l'intuitus personæ* viene escluso sia nella costituzione, sia nella vita del rapporto sociale", "l'elemento personale" ... "si perde nella prevalenza assoluta del capital anonimo" (*op. cit.*, pág. 304). Define-a TROPLONG como "une caisse sociale au delà de laquelle il n'y a pas d'individus débiteurs et contraignables" (*Du Contrat de Société*, vol. 1.º, n.º 444). Não menos expressiva é a explicação de C. GIDE:

"On l'appelle "*anonyme*" précisément pour indiquer qu'il ne s'agit pas ici d'une association de personnes, mais uniquement d'une association de capitaux, de sacs d'écus".

(*Principes d'Économie Politique*, 11.ª ed., pág. 165).

(1) Na Suíça, certas regras especiais foram adotadas pela lei de sociedades anônimas, de 1936, prevendo a participação das corporações de direito público nas ditas sociedades (SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1959, vol. II, pág. 242, nota 7). Informa, outrossim, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE que "o Código Suíço das Obrigações, revisto em 1936, permite, no art. 620, que a sociedade por ações seja constituída para *fins não econômicos*: "*Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden*". "É possível" — acrescenta — "que o grande número de empresas internacionais existentes na Suíça justifique essa faculdade" (*op. cit.*, vol. I, pág. 45, nota 15).

Sobre o assunto assim preleciona um dos mais famosos e autorizados tratadistas modernos, MOREAU:

“La société anonyme est exclusivement une société de capitaux dans laquelle la personnalité des associés disparaît complètement”.

.....
“La société anonyme est essentiellement une société de capitaux; elle est même la société de capitaux par excellence. Dans cette société il n'est pas tenu compte de la personnalité des associés, ni lors de sa constitution, ni au cours de son existence”. . . . “Il n'y a qu'un simple association de capitaux dans laquelle tous les associés, administrateurs et non administrateurs, ne sont que des bailleurs de fonds dont les mises sociales constituent le seul gage des créanciers sociaux”.

.....
“L'absence d'intuitu personae est un des caractères essentiels de la société anonyme; le capital seul est pris en considération”.

(Op. cit., tomo I, págs. 1 e 2).

B) — Os exemplos trazidos em abono ou como ilustração da mencionada tese, além de atestarem, por si mesmos, a *excepcionalidade* dos casos invocados, na própria pátria do escritor, configuram situações decorrentes das já referidas peculiaridades da legislação local helvética, que, absolutamente, não se ajustam aos estilos estruturais e jurídicos das nossas sociedades anônimas, nem se compadecem com a tradição doutrinária do direito brasileiro.

C) — Não é exato que à presença de um ente público (ainda que o Estado) como societário modifique substancialmente a natureza jurídica da sociedade anônima. Aliás, o fato de ser ela regida pelo direito privado não impede que lhe sejam também aplicáveis certas normas de direito administrativo, quando lhe incumba a realização de um *serviço público*, conforme justamente observa ALCIDES GRECA (*Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, 2.^a ed., Santa Fé,

1943, tomo III, pág. 271); e, ainda que isso importe derrogações de algumas normas ou princípios comuns da sociedade anônima, ela conserva sua qualidade, vale dizer, sua natureza de pessoa jurídica *de direito privado* e de *fim comercial* — como se colhe do ensino de JEAN RIVERO (*op. cit.*, pág. 425), pôsto que, no dizer de HOUIN, “ces dérogations” . . . “ne paraissent pas absolument incompatibles avec les principes qui régissent ces sociétés” (*trab. cit., op. cit.*, pág. 86).

*
* *

Demonstração da injuridicidade e do absurdo de pretender-se, no Brasil, emprestar personalidade pública a sociedades anônimas de economia mista

Não se contesta que o aumento da área de intervenção do Estado no domínio econômico, tanto quanto a própria evolução natural dos institutos jurídicos, por obra da crescente intensificação e complexidade dos fatos econômicos e sociais, exija a elaboração de novas regras destinadas a amparar e regular situações novas.

O que se nega, o que se refuta e condena, é o exagêro dos que, excedendo a medida do necessário a certos reajustamentos e adaptações graduais do direito no processo evolutivo a que deve submeter-se, intentam subverter e desfigurar a própria *essência* dos institutos jurídicos, para a afirmação de teses audaciosas em favor de interesses personalistas, assim, por exemplo, patrocinando o absurdo de atribuir personalidade jurídica *de direito público* a sociedades anônimas de economia mista, no afã de justificar, em favor delas, uma pretensa e inadmissível *imunidade* tributária.

Vale recordar, a propósito, que, na França, a política estatal do petróleo, orientada no sentido nacionalista de assegurar ao Governo a direção, o contrôlo de empresas petrolífe-

ras organizadas sob a forma de sociedades anônimas de economia mista, sem afugentar o capital particular nem prejudicar-lhe os justos interesses, inspirou — através da Lei de 26 de junho de 1957 (art. 1.º, § 3.º) — a engenhosa solução consistente na “retirada orgânica e fundamental do direito de voto das ações, independentemente da peculiaridade de serem elas privilegiadas”, mediante a emissão de certificados negociáveis representativos dos direitos ligados às ações das sociedades, com exceção do direito de voto nas assembléias gerais, fórmula essa de “dissociação do voto da ação”, que o douto Prof. FILOMENO DA COSTA muito bem descreve e conceitua como sendo “uma forma especial de separação entre a direção dos negócios e a proteção do acionista” (“*Algumas novidades jurídicas sobre sociedades anônimas*”, na *Revista Forense*, vol. 183, págs. 7 a 27).

Assinalável, porém, é que essa e outras inovações, impostas pelo sobrelevante interesse público ou pela hipertrofia do ascendente governamental na vida das empresas mistas, não são de molde a modificar-lhes a natureza jurídica: elas continuam a ser *personas jurídicas de direito privado*, submetidas ao direito comercial e à legislação comum das sociedades, como está na lição autorizada dos mestres:

“Même si l'État est majoritaire, l'entreprise reste une société anonyme, personne morale de droit privé, soumise, quant à son organisation et à son activité, au droit commerciale et à la législation des sociétés, réserve faite des dispositions dérogatoires prises en faveur de l'État (ex.: nomination par décret du directeur général)”.

(JEAN RIVERO, *op. cit.*, pág. 425).

“No assumir diretamente a administração de determinados serviços públicos, ou ao participar neles juntamente com outrem, o Estado *recorre frequentemente ao instrumento da sociedade anônima, assujeitando-se, assim, à lei desta*. À vista da própria distinção entre a personalidade da sociedade e aquela

dos sócios, *fica a sociedade anônima sempre uma pessoa de direito privado*”.

(TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pág. 155).

Até mesmo no que respeita às chamadas *sociedades públicas de um só membro* (ou *sociedades anônimas de Estado*), em que o ente público se apresenta como *único acionista*, a posição do problema não se altera: conservam elas a sua personalidade jurídica *de direito privado*. Sustentando-o e contestando, do mesmo passo, os que pretendem atribuir ao Estado a qualidade de “*diretor*” de tais sociedades, afirma TULLIO ASCARELLI:

“Na realidade, a sociedade anônima de Estado *continua uma sociedade privada*, sujeita aos princípios das sociedades anônimas. *Diretor* é a pessoa física que desempenha o cargo, e não a entidade pública que o designa, votando com as próprias ações, ou mediante leis especiais que lhe reservam a nomeação”. (Artigo citado, na *Revista Forense*, vol. LXXXVIII, pág. 29, nota 60).

Assim também opina WALINE, ao distinguir entre os aspectos *econômico* e *jurídico* das empresas constituídas em sociedades anônimas nas quais o Estado se apresenta como *maior acionista* ou *acionista único*:

“Mais, *juridiquement* ce sont toujours des sociétés de commerce, astreintes aux lois commerciales non seulement pour leur organisation interne, mais aussi pour tout ce qui concerne leurs relations aux tiers, clients ou fournisseurs; tout cela est régi par le droit commercial, et l'on fait abstraction de la circonstance que l'unique ou le principal actionnaire se trouve être l'État”.

(*Op. cit.*, ed. de 1947, págs. 345-346).

No Brasil idêntica orientação é afirmada, não apenas no plano judiciário, mas também na própria esfera adminis-

trativa federal, de referência mesmo às sociedades de economia mista instituídas pela União, isso inclusive em múltiplos pronunciamentos da chamada jurisprudência administrativa e através de pareceres da Consultoria Jurídica do Departamento Administrativo do Serviço Público (D.A.S.P.) aprovados e adotados pela alta Administração federal. Haja vista, por exemplo, a que, dando interpretação ao art. 81 do Estatuto dos Funcionários Públicos e sustentando 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, destarte se manifestou, em lúcido parecer jurídico, que proferiu como Consultor Jurídico do D.A.S.P., o Dr. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE:

“Ora, sendo as sociedades de economia mista *personas jurídicas de direito privado*, com atividades que não se confundem com a execução de serviços públicos, pois que não importa o fato de lhes subscrever o Estado a maioria das ações, não vejo como admitir-se a contagem daquele tempo de serviço prestado, para efeitos na vida funcional, sem norma legal expressa que a autorize”.

(CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, *Estudos de Direito Administrativo*, Rio, 1960, vol. I, pág. 265).

Também na qualidade de Consultor Jurídico do D.A.S.P., o mesmo princípio adotou, em parecer jurídico, CARLOS MEDEIROS SILVA, com invocação de OSCAR SARAIVA e de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, págs. 438-439).

*
* * *

Afirmção doutrinária da natureza privada das sociedades de economia mista

Vale a pena, aliás, a esta altura do presente estudo, ensaiar uma breve consulta às opiniões dos mais autorizados tra-

tadistas modernos para, em abono da mesma tese, demonstrar que a doutrina dominante e difundida *urbi et orbe* é a que afirma o caráter *privado* das sociedades de economia mista (seja qual fôr o grau de participação do Estado no seu capital, ou de influência na sua vida administrativa) e sustenta que “é da própria *essência* da instituição a conservação de suas tradicionais características de *ente privado*”, indo até ao ponto de reconhecer tal caráter às próprias emprêsas industriais e comerciais das quais o Estado se torna acionista único e proprietário exclusivo (emprêsas públicas *stricto sensu*, emprêsas industriais incorporadas, nacionalizadas, etc.).

A começar pela Alemanha, atente-se no que, a respeito, informa e ensina o grande mestre FRITZ FLEINER:

“Además, el Derecho privado de sociedades ofrece también la posibilidad de fundar sociedades pertenecientes al Reich, al Estado o al Municipio. La entidad pública adquiere todas las acciones de la sociedad y ejerce así la dirección inmediata. De esta manera, los Municipios pueden asegurar el suministro de energía eléctrica por una sociedad anónima separada jurídicamente de la Administración pública y no trabajando más que con el capital social”.

.....
 “El Estado y el Municipio han adquirido con frecuencia tales empresas de los particulares y las han incorporado a la Administración pública, o bien han instituído estos establecimientos tomando como modelo las empresas de particulares y las sociedades privadas existentes. Por lo tanto, parece indicado considerarlas empresas industriales y, en consecuencia, suponer que *han de regirse por el Derecho privado en todos sus aspectos*, pues no cabe duda que también el Estado y los Municipios pueden establecer una industria, y desde el punto de vista jurídico ostentar la condición de comerciantes (empresas fiscales, administración de industrias)”.
 (*Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. espanhola da 8.ª ed. alemã, por Sabino A. Gendin, Barcelona, 1933, págs. 103 e 261).

ERNST FORSTHOFF entre os modos de constituição das empresas públicas menciona o da “sociedade com capacidade jurídica de direito privado”, porém explica que “a empresa de economia mista não pertence ao âmbito institucional da Administração, senão à vida econômica geral” (*Tratado de Derecho Administrativo*, trad. espanhola, ed. do Instituto de Estudios Políticos, Madri, 1958, págs. 662 e 669).

Na Itália é perfeitamente análoga a orientação da doutrina dominante.

Consulte-se ZANOBINI:

“L'azionariato dello Stato è fenomeno del tutto moderno: lo Stato, per l'interesse che può avere all'attività economica di alcune società, partecipa con mezzi propri alla formazione del loro capitale sociale, rendendosi acquirente di una parte delle azioni in cui questo è diviso”.

“Può darsi che lo Stato si attribuisca la totalità delle azioni: in tal caso, egli ha il dominio assoluto della società e, non ostante la diversa apparenza giuridica, questa svolge la sua attività in posizione analoga a quella di una azienda statale. Anche quando lo Stato possiede soltanto la maggioranza delle azioni, la sua volontà è decisiva nel governo della società”.

“È discusso se le società con partecipazione azionaria dello Stato conservino la qualità di società private o si debbano considerare come enti pubblici o come società commerciali pubbliche. Sembra chiaro, però, che tali società continuano a proporsi i normali scopi di lucro e a distribuire gli utili della gestione come dividendi fra gli azionisti: nessuna ragione quindi potrebbe giustificare una classificazione di questi enti fra le persone giuridiche pubbliche. La partecipazione dello Stato ha certamente lo scopo di indirizzare l'attività sociale verso mete che, compatibilmente col fine della speculazione privata, favoriscono il conseguimento di particolari fini economici generali; ma questo non è che un aspetto dell'intervento dello Stato moderno nell'attività economica privata, della sua funzione di-

rettiva nell'attività economica in genere e su quella riguardante particolari rami della produzione”.
(GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1950, vol. 5.º, págs. 230 e 231).

Ademais, em nota (n.º 21) ao texto supratranscrito, regista ZANOBINI, de referência às mesmas sociedades de economia mista, que “il carattere privato è quasi pacifico nella dottrina” e cita, em abono do asserto, as autoridades de FRANCESCHELLI, FERRI e ARENA (*ibidem*, pág. 231).

ARNALDO DE VALLES assim conceitua o “azionariato di Stato”:

“V'è una società anonima, costituita e funzionante con le forme del diritto privato; ma di cui lo Stato, od altro ente pubblico è l'unico od il principale azionista. Questa società svolge una attività economica simile a quella che potrebbe svolgere qualsiasi privato imprenditore”.

“Lo Stato, cioè, per tendere ad un determinato fine, si costringe nelle forme del diritto privato, ed agisce come un soggetto privato”.
(*Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.º ed., Pádua, 1951, pág. 143).

Observa, por sua vez, ARNALDO MARCANTONIO:

“Le società statali per azioni sono rette dalla legge commerciale e sono soggette a tutte indistintamente le disposizioni che regolano l'attività delle società per azioni, comprese, in Italia, quelle di ordine sindacale e tributário”.
(*L'Azienda del Stato*, Milão, 1950, pág. 130).

MICHELLE FRAGALLI assegura que “en la sociedad de economía mixta no se encuentra ninguna característica de la persona jurídica de derecho público, ni se trata de un tipo especial de sociedad” (“*Concepto y Naturaleza de las Sociedades de Economía Mixta*”, na *Revista Critica de Jurisprudencia*, n.º de 15 de abril de 1935, pág. 173, — *apud* ALCIDES GRECA, *op. cit.*, tomo III, pág. 272).

LUIGI RAGGI, em cujo parecer a “característica indefectível” da pessoa pública é o *poder de império (ius imperii)* exercido em nome próprio, reconhece que o Estado pode interessar-se na constituição de *peçoas jurídicas privadas*, fornecendo-lhes até o patrimônio necessário, mas lhes conservando sempre a *personalidade privada* quando não exerçam um *verdadeiro serviço público*; mostra que existem pessoas jurídicas que satisfazem a interesses coletivos e *não são públicas*, exemplificando com a *sociedade comercial anônima*, que “è *persona di diritto privato*, sebbene attenda ad un esercizio d’interesse pubblico”, citando, em especial, o caso da Società dei Trams Elettrici di Genova e o dos aquedutos Nicolay e Galliera; e tem por exato o critério de que

“non sono certo pubbliche le persone che perseguono un interesse economico privato”.

(*Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Pádua, 1953, vol. IV, págs. 103-104 e 107).

MASSIMO SEVERO GIANNINI, em análise ao tema do “*aziariato pubblico*”, assim diz:

“L’ente pubblico come socio di società commerciale agisce come qualsiasi socio; agisce cioè come *soggetto privato*. Onde anche se le società private sono interamente in mano dello Stato esse restano *società di diritto privato*, industriali o commerciali”.

(*Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milão, 1950, vol. 1.^o, pág. 190).

Na Suíça é particularmente significativo o conceito do próprio ZWAHLEN, assinalando, na sociedade mista, a par de sua estrutura de *sociedade comercial*, a concomitância do *interesse particular* com o *interesse público*:

“Une entreprise d’économie mixte est une entreprise à la direction de laquelle participent des personnes

publiques, qui ont en vue l’intérêt de la communauté et des personnes privées, *qui on en vue leur intérêt particulier*. Sa structure est en fait celle d’une *société commerciale*, forme la mieux appropriée à cette collaboration”.

(*Op. cit.*, págs. 39-40).

Na França, JEAN ESCARRE, ao tratar das empresas de economia mista, sustentou:

“Dans ces entreprises, il y a toujours *une société commerciale privée*, soumise à la loi du 24 juillet 1867”. (*Cours de Droit Commercial*, Paris, 1952, n.^o 974, pág. 628).

Muito expressiva e feliz é a conceituação de sociedade de economia mista que se colhe na obra conjunta de PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE:

“...une certaine participation financière publique, dans le cadre d’une *société de droit commercial*, qui s’accompagne d’une participation de l’autorité publique à la gestion”.

.....
“...une *société privée*-assurant l’exploitation d’une entreprise industrielle ou commerciale qui présente un intérêt national”.

(*Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, n.^o 809, pág. 579).

YVES MOURÈS, em capítulo sob a epígrafe “*Les formes nouvelles de décentralisation (Les sociétés d’économie mixte)*”, observa que as sociedades de economia mista “sont d’authentiques *sociétés commerciales*”... “*sociétés commerciales* que seul distingue le fait que leur capital est, dans une proportion variable, possédé par l’État” (*Éléments de Droit Public et Administratif*, Paris, 1957, págs. 81-82).

E, de referência à *ação* das mesmas sociedades de economia mista, escreve ainda :

“Les actes sont des actes commerciaux que régit le code de commerce et non des actes de droit public comme ceux de l’État. Ils ne se distinguent donc en aucune façon de ceux des autres commerçants”.
(*Op. cit.*, pág. 83).

HOUIN é categórico no asserto:

“Sans doute, les sociétés d’économie mixte sont des sociétés anonymes et comme telles, des *commerçants*”.

Linhas antes, explicara êle as razões por que numerosos textos aplicam às novas emprêsas públicas as leis e usos do comércio :

“leur comptabilité est tenue dans les formes commerciales; elles peuvent faire appel aux moyens de financement en usage dans les entreprises privées; les contrats qu’elles concluent sont soumis au droit commun. Les méthodes du droit commercial ont paru mieux adaptées que celles du droit public pour assurer une gestion efficace et saine”.
(*Op. cit.*, pág. 98).

WALTER DELIUS conceitua como emprêsa mista “tôda emprêsa econômica de *direito privado* em a qual organismos públicos e privados participam em comum no capital e no exercício da administração” (“*Les Entreprises Communales de nature mixte*” — *Rapport Général a la Conférence de l’Union Internationale des Villes d’Anvers (juillet 1930)*, in *L’Administration Locale*, n.º 54, pág. 1.014).

MARCEL WALINE, em capítulo concernente às “*entreprises privées d’intérêt public*”, entre as quais inclui, nomeadamente, as “*entreprises dites d’économie mixte* et caractérisées par la collaboration des capitaux privés et publics, en même temps

que des hommes d’affaires et des fonctionnaires”, d’este modo se manifesta:

“Ce caractère *privé*, que garde l’entreprise simplement d’intérêt public, est absolument fondamental pour la distinguer du service public. L’entreprise reste sous le régime du droit civil ou du droit commercial. Les personnes qui la gèrent restent *personnes privées*”.
(*Traité élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris, 1950, págs. 282 e 285).

Na Espanha, doutrina GARCÍA-TEVIJANO que

“cuando se adopta la forma de sociedad es indudable que se ha querido someter jurídicamente dichas personas jurídicas a los dictados del *Derecho privado*”.
(*Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madrid, 1957, pág. 149).

FERNANDO ALBI considera e estuda a sociedade de economia mista como uma das “*fórmulas para el planteamiento de la empresa pública que se sujetan a modalidades de *derecho privado**” (*Derecho Municipal Comparado del Mundo Hispánico*, Madri, 1955, pág. 181).

SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN assim se expressa, a respeito:

“La Administración en el régimen de empresa mixta forma parte del servicio publico *como un particular cualquiera*, es decir, que la Administración del servicio constituye una sociedad anónima o de responsabilidad limitada como la que pudieran organizar los particulares”.

.....
“La Administración es un accionista más, *igual que un particular*”.
(*Tratado General de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1958, vol. I, pág. 514).

GARCÍA DE OVIEDO diz ser a sociedade de economia mista “una forma de la colaboración particular” que “ha penetrado

en el orden de la Administración como *figura de derecho privado*” e observa que, através dela, “la Administración sólo actúe como *entidade privada*, sin las prerrogativas y poderes propios de la misma” (*Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1951, págs. 192 e 193).

Em minuciosa análise dos critérios para a caracterização da personalidade de direito público, FERNANDO GARRIDO FALLA, depois de aludir a “la creación estatal de sociedades y empresas con personalidad jurídica pero *de carácter privado*”, ensina que “es verdad que a las entidades que adoptan la forma de sociedad no se les reconoce aquel carácter” (o de *personas públicas*); e aduz, mais além, que

“las entidades que el Estado crea en forma de sociedades privadas son cabalmente aquellas que quiere desplazar de su propia organización administrativa”. (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Parte General, Madrid, 1958, págs. 294, 295 e 297).

Ainda na literatura jurídica estrangeira poder-se-iam, nos mesmos rumos, invocar opiniões de inúmeros outros mestres, tais como PRESUTTI (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. III, pág. 277), ROLLAND (*Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, n.º 242, págs. 222-223), GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA (*Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, 1960, pág. 78), F. BENVENUTI (*Appunti di Diritto Amministrativo — Parte Generale*, 3.^a ed., Pádua, 1955, pág. 74), ALDO M. SANDULLI (*Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1952, págs. 396-397), FEDERICO CAMMEO (*Corso di Diritto Amministrativo*, Pádua, 1960, pág. 400), LELLO GANGEMI (*Elementi di Scienza delle Finanze*, 4.^a ed., Nápoles, 1948, págs. 186-187; — *Società Anonime Mixte*, verb. no *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, pág. 397), GIOVANNI MIELE (*Principi di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Pádua, 1953, vol. I, págs. 30-31), ALCIDES GRECA, *op. cit.*, vol. III, pág. 272), J. B. AUBERT (*L'État Actionnaire*, Paris, 1937, pág. 190), etc..

No Brasil a doutrina se tem apresentado tradicionalmente uníssona, em afirmar a *personalidade de direito privado* das sociedades de economia mista, qualquer que seja o grau de interesse público ou de participação do Estado no capital social e de sua influência na administração da entidade anônima.

Já o famoso *Relatório* de 27 de agosto de 1943, elaborado pela douta Comissão instituída pelo Presidente da República “para estudar, do ponto de vista geral, a conveniência de ser regulamentada a imunidade tributária dos órgãos autárquicos” na vigência da Carta de 1937, e do qual foi ilustre relator o saudoso jurista LÚCIO BITTENCOURT, destarte se manifestou, em justificativa à *tributabilidade* das sociedades de economia mista:

.....
“Quanto ao caráter público ou privado de tais sociedades, verifica-se que a melhor doutrina parece abonar a última alternativa, sustentando que é da própria *essência* da instituição o conservar as suas características de *ente privado*. Assim o entendem, entre outros, PRESUTTI (*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, vol. III, pág. 277), GUIDO ZANOBINI (*Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 183), CINO VITTA (*Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 136), AUBERT (*L'État Actionnaire*, pág. 190) e GERBINO (*L'Attività della Amministrazione Pubblica*, in “*Primo Trattato Completo*”, de V. E. ORLANDO, vol. IX, parte II, pág. 88).

Entre nós, TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI filia-se à mesma corrente, afirmando que

“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*, vol. II, 2.^a ed., pág. 290).

JOHN THURSTON, não se limitando, por seu turno, à simples configuração jurídica do instituto, invade a esfera política para sustentar 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*).

Sendo, pois, essas sociedades reguladas pelo direito privado e *convindo que o continuem a ser*, nenhuma razão existe, de ordem constitucional, para liberá-las do poder tributário da União ou dos Estados.

É claro, no entanto, que a tais sociedades pode o Estado delegar o exercício de certos serviços públicos, hipótese em que assumem elas, além da natureza mista, o caráter de concessionárias de serviços, podendo, ou não, conforme o dispuser a lei ordinária, gozar de *isenção* fiscal no tocante ao exercício das funções delegadas. Tal franquia, entretanto, depende de outorga expressa pelos poderes tributantes e está limitada à esfera de competência dêstes".

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, fasc. II, pág. 917).

Conforme já foi dito neste trabalho, entende, efetivamente, THEMISTOCLES CAVALCANTI que, "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 conservem a estrutura de uma sociedade civil ou comercial, isto é, a forma de entidade de direito privado" (*Traçado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 338). Por êsse meio — diz êle — o Estado "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" (*idem, op. cit.*, mesmo vol., pág. 334). Outrossim, aludindo ao fato de que "o Decreto-lei n.º 6.016, de 1943, excluiu expressamente da imunidade fiscal as sociedades de economia mista em cujo capital o govêrno participe", comenta THEMISTOCLES CAVALCANTI:

"O princípio decorre da natureza *puramente privada, comercial*, dessas sociedades, que não podem ser

consideradas como serviços públicos, nem delegações do Estado.

O interesse do Estado nas suas atividades tem apenas exigido um certo número de *favores* legislativos, mas que não decorrem da cláusula de isenção expressa na Constituição.

O Decreto-lei n.º 6.016 veio apenas cortar, em suas raízes, uma equiparação injustificada das sociedades mistas às autarquias, confusão de todo injustificada e que não encontra fundamento, nem na doutrina, nem na nossa legislação sobre o assunto".

(*Op. cit.*, vol. VI, págs. 502-503).

Com a sua indiscutível autoridade, assevera OROSIMBO NONATO:

"A sociedade de economia mista, pôsto desempenhe funções de relevância pública, é *pessoa de direito privado*".

(Parecer jurídico de novembro de 1962, na demanda entre a PETROBRÁS e Serviços de Navegação da Amazônia (SNAPP)).

De outro eminente sabedor da matéria, o Prof. F. SÁ FILHO, são, ao mesmo propósito, estas expressões, em parecer relativo ao Banco do Brasil e por êle proferido na qualidade de Procurador Geral da Fazenda Pública:

"Ora, dizer que uma sociedade anônima, regulada pela legislação comercial, é uma entidade pública equivaleria a uma *contradictio in terminis*".

.....
"O acionariado público é, assim, uma das modalidades mais recentes do exercício das novas funções do Estado. Os serviços públicos, que constituem a razão de ser dêsse, como ensina DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel*, vol. 2.º, pág. 59) podem ser desempenhados, principalmente: 1.º pelo Estado, através de seus órgãos centralizados, ou repartições públicas; 2.º pelos entes autárquicos ou paraestatais; 3.º pelos concessionários de serviços públicos;

4.º) pelas sociedades mistas, por meio do acionariado público.

Nos dois primeiros casos, estamos em face de pessoas de direito público; nos dois últimos, apresentam-se pessoas de direito privado”.

“...as sociedades mistas, sem embargo da participação do Estado na sua constituição e administração, continuam também a ser reguladas pelo direito privado:

“...questa conserva il carattere d'impresa privata” (ZANOBINI, *op. cit.*, pág. 183);

“...pour être d'économie mixte, sont soumises aux prescriptions du droit privé” (AUBERT, *op. cit.*, pág. 191).

Não é, portanto, possível conceber o Banco do Brasil, sob nenhum aspecto, como entidade de direito público”.

“Da mesma forma, não participam desse privilégio” (o da imunidade tributária) “as sociedades anônimas, que, pelo fato de contarem o Estado entre seus acionistas, não perdem o seu caráter de pessoa privada”.

(*Estudos de Direito Fiscal*, Rio de Janeiro, 1942, Parecer n.º XCIX — “Banco do Brasil e Isenções Fiscais”, págs. 557, 559 e 560).

Corroborava êsse entendimento o de não menos ilustre publicista — OSCAR SARAIVA — atual Ministro do egrégio Tribunal Federal de Recursos:

“As sociedades de economia mista são sociedades de capital das quais participa o Estado como acionista”.

“A entidade nasce da vontade do Estado e não da iniciativa particular. Mas o Estado associa o particular aos seus fins e assegura-lhe, desde logo, a perspectiva de lucro. Por outro lado, se alguns privilégios estatais são conferidos às emprêsas, isenções tributárias, direito de desapropriação, prioridades em transportes ou em fornecimentos de maté-

rias primas, aproveitamento de servidores públicos, seu sistema de administração é, não obstante, o das sociedades por ações e a interferência governamental cinge-se, via de regra, à nomeação do respectivo presidente, interferência essa que constitui, no fundo, prerrogativa igual àquela gozada pelos portadores da maioria de ações nas sociedades comuns e que se traduz na eleição ou demissão de administradores”.

(“Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado”, na *Revista Florense*, vol. 100, págs. 233 e 234).

Análogos ensinosa nos proporciona RUBEN ROSA, doutíssimo Ministro do egrégio Tribunal de Contas da União:

“É pacífico que a sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado que associa capitais públicos e particulares, em “atividades” que se não confundem com a execução de “serviço público”.

Ainda mais:

“A “Petrobrás” e subsidiárias são entidades de direito privado, para a execução de uma “atividade econômica” considerada de “utilidade pública”. É ocioso falar em repartição pública, autarquia ou empresa pública. O monopólio petrolífero não é delegado mediante contrato de concessão. Exerce-o a própria União, mas através de entidades privadas, controladas e fiscalizadas, onde se admite a participação do capital particular (Petrobrás e suas subsidiárias)”.

“Deliberadamente, foi afastada a idéia de conceder-lhe personalidade jurídica de direito público”. (“Entidades de Economia Mista — Petrobrás”, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56, págs. 428, e 426-427).

PONTES DE MIRANDA, em notável parecer, acentua o caráter de pessoa jurídica de direito privado das sociedades de economia mista, ainda quando desempenhem serviços considerados “de

utilidade pública”, “de natureza essencialmente militar”, ou “de interesse da Defesa Nacional” (como no caso especial da Fábrica Nacional de Motores, sobre que versa o parecer). E afirma:

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

.....
“A personalidade de direito privado exclui tratar-se de autarquia”.

.....
“A Fábrica Nacional de Motores S. A. é sociedade anônima, de direito privado, regida pela legislação das sociedades por ações. O conceito “sociedade de economia mista” é de economia e de finanças, não é, propriamente, conceito de direito, — alude à participação estatal na formação do capital, como sócio ou acionista, e com administrador, ou nomeante de administradores”.

.....
“A Fábrica Nacional de Motores S. A. é sociedade de direito privado, em que a União é proprietária de certo número de ações...”.

.....
 (“Sociedade de Economia Mista ...”, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, págs. 454 a 463).

Com a sua autoridade de mestre igualmente insigne, afirma FRANCISCO CAMPOS ser

“a sociedade de economia mista considerada em todas as legislações, inclusive a brasileira, como entidade de direito privado, cujas operações se desenvolvem no quadro jurídico que abrange a instituição e o funcionamento das demais sociedades de capital constituídas por pessoas de direito privado”.

Mais, ainda:

“O fato de o Estado participar do capital e da administração das sociedades mistas não altera a sua estrutura jurídica, nem as transpõe do plano da eco-

nomia e do direito privados para o plano da economia pública e do direito público”.

“O Estado, associando-se a particulares para a exploração de uma indústria, abdica, por sua própria conveniência, das regalias e privilégios que lhe são inerentes, igualando-se às pessoas privadas no que toca ao regime jurídico a que estará sujeita a sua atividade no domínio industrial e comercial.

O comércio e a indústria, com efeito, não foram adjudicados ao Estado como prerrogativa que lhe seja própria, exclusiva ou privilegiada. No domínio do comércio e da indústria o Estado não exerce, a não ser que monopolize certos de seus ramos ou especialidades, quando a Constituição o permite, prerrogativas de poder público. O comércio e a indústria pertencem ao domínio comum ou geral, indiscriminadamente aberto a todas as pessoas, e, como não existe proibição ao Estado de operar nesse domínio, as pessoas de direito público poderão, uma vez autorizadas em lei, participar, em igualdade de condições com as demais pessoas, de qualquer atividade industrial ou comercial”.

(Parecer jurídico de 25 de fevereiro de 1963, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 72, pág. 386).
(Os grifos são nossos).

Sustenta HAROLDO VALLADÃO que, quando o Poder Público, “por meio das sociedades de economia mista, desempenha sua atividade econômica com a técnica do direito privado”, procede “qual fôra um industrial ou comerciante, agindo com base no princípio da liberdade profissional e sujeito às normas das sociedades mercantis e aos princípios estabelecidos na legislação ordinária para o exercício daquela atividade” (“Sociedades de Economia Mista — Atividades Industriais e Comerciais do Estado”, nas: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, pág. 542; *Revista dos Tribunais*, vol. 252, pág. 52; *Revista de Direito Mercantil*, vol. 7, pág. 33, e *Revista das Sociedades Anônimas*, n.º de fevereiro de 1957, págs. 2 a 7).

Em famosa conferência intitulada “O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas

Públicas”, reconhece e informa o ilustre Prof. BILAC PINTO que, não só as aludidas *sociedades de economia mista*, como até as chamadas “modernas *empresas públicas*”, ou sejam as *sociedades públicas de um só membro* (nas quais o Estado é o acionista único e o administrador exclusivo) e as *sociedades de pessoas públicas* (cujos acionistas são exclusivamente pessoas públicas), “*têm personalidade jurídica de direito privado*” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, págs. 1 a 15).

SEABRA FAGUNDES confirma tais opiniões, quando assinala:

“A constituição e a vida de uma sociedade de economia mista se vinculam ... à lei especial que autoriza a sua formação e à lei geral sobre as sociedades por ações”.

.....
“É preciso não esquecer que quando o Estado adere à forma de organização das empresas privadas tem em vista, entre outros objetivos, o de beneficiar-se da eficiência e presteza dos seus processos de organização e funcionamento. Utiliza os seus meios de ação, integra-se no regime de operação comercial das sociedades privadas (ARÍAS, *La Sociedad de Economía Mixta*, 1940, pág. 69; BRUNETTI, *Trattato del Diritto delle Società*, 1948, vol. I, págs. 88-89)”. (Parecer, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, págs. 475 e 476).

Coincidem, no particular, as observações de ALOYSIO LOPES PONTES, quando trata de “perquirir”... “da exata conceituação das sociedades de economia mista, se entidades de direito público ou de direito privado”:

“As sociedades de economia mista, embora possam — e assim o tenham feito as leis que as instituem — ser subtraídas a algumas regras da lei geral, reguladora das sociedades anônimas comuns... a estas regras estão elas sujeitas e isto o proclamam, não só aquelas leis, como os estatutos dessas sociedades”.

“Assim sendo, em tudo aquilo que a lei federal não excluir a sociedade anônima de economia mista, por ela instituída, da observância da lei geral das sociedades por ações (Decreto-lei n.º 2.627), estarão essas sociedades obrigadas a essa observância”.

(Parecer de 7-12-1961, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 66, págs. 378 e 381 e na *Revista Forense*, vol. 199, págs. 81 e 83).

CARLOS MEDEIROS SILVA, no parecer que proferiu como Consultor Geral da República, em data de 24 de julho de 1952, acêrca da natureza jurídica do Banco do Brasil, externou os seguintes conceitos:

“As *sociedades de economia mista*, a despeito da presença do Estado entre os seus acionistas, conservam o cunho de *entidades privadas*; não funcionam como partes integrantes do Executivo, sujeitas ao poder hierárquico ou funcional do seu chefe”.

.....
“...uma sociedade de economia mista, *entidade de direito privado*, cujo regime jurídico, apesar de suas peculiaridades, é diverso do prescrito para as agências da Administração centralizada, as autarquias ou entidades paraestatais.

Estão as sociedades dêste tipo sujeitas às normas legais baixadas para as sociedades de capital e *de cunho mercantil*”.

.....
“É a consequência que se impõe ante a natureza jurídica de *empresa privada*, que as sociedades de economia mista conservam, a despeito da presença do Estado entre os seus acionistas”.

(*Revista Forense*, vol. 145, págs. 99, 100, 101).

Em lúcido parecer de 12 de julho de 1955, elaborado por JOSÉ DE SIQUEIRA CAVALCANTI, adotado e subscrito também pelo Prof. BASILEU GARCIA, da Universidade de São Paulo, versando a natureza jurídica do Banco do Brasil, assim foi escrito:

“O regime jurídico das empresas de economia mista é o comum. O Estado poderá, como qualquer acionista, pela subscrição de ações, assumir determinadas responsabilidades, mas *regidas, exclusivamente, pelo direito comum*”.

.....
“Pouco importa que as sociedades de economia mista se inspirem ou nasçam da vontade estatal”.

.....
“Sem embargo da participação do Estado na sua constituição e direção, essas sociedades são *pessoas de direito privado* e pelas normas dêsse disciplinadas (ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1937, tomo I, pág. 183; AUBERT, *bis*, pág. 191)”.

.....
“A equiparação do patrimônio das entidades para-estatais e autárquicas à Fazenda Pública, não se estende, de forma alguma, às sociedades de economia mista...”

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 47, páginas 473 e 474).

De igual modo, JOÃO NEVES DA FONTOURA, opinando sobre a natureza e a personalidade jurídica das sociedades de economia mista, em parecer proferido como consultor jurídico do Banco do Brasil, fê-lo nestes termos:

“As sociedades de economia mista não podem ser, sem manifesta impropriedade, arroladas entre as pessoas jurídicas de direito público, o que é característico das autarquias.

Quanto à sua organização e funcionamento, as sociedades de economia mista regem-se pelas regras do *direito privado*, não obstante a influência que o Poder Público e a fisionomia também de interesse público de seus objetivos exercem no campo de suas atividades”.

(*Banco do Brasil — Pareceres*, vol. II, 1942, parecer n.º 121, pág. 230).

Não menos categórico foi o Prof. CAIO TÁCITO no sintético enunciado do n.º III das “*conclusões*” com que rematou o seu

“*Rapport Général Brésilien — Thème D*” sob o título “*Les Sociétés d'Économie Mixte et les Entreprises Publiques et les Fondations de Droit Public*”, apresentado em recente congresso de juristas realizado nesta cidade:

“III — Les sociétés d'économie mixte et les entreprises publiques sont des personnes morales de droit privé, quoique sujettes à un régime spécial en ce qui concerne les attributions du droit public qu'elles exercent”.

Por seu turno, em douto parecer, que proferiu como Consultor Geral da República, A. GONÇALVES DE OLIVEIRA (hoje preclaro Ministro do Supremo Tribunal Federal), assinalando as diferenças e peculiaridades que distinguem entre si as *autarquias, pessoas públicas, e as sociedades de economia mista, pessoas privadas*, assim diz:

“Nas sociedades de economia mista, o Estado se associa a uma empresa cujo sistema é, em princípio, o das sociedades anônimas, como testemunha OSCAR SARAIVA”.

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 39, página 355).

Arrolem-se, por igual, neste lance, os seguintes conceitos emitidos por JOÃO LYRA FILHO, eminente Ministro do Tribunal de Contas do Estado da Guanabara além de economista e professor de direito:

“Nossa Constituição não parece admitir outros serviços públicos descentralizados, além dos que são autárquicos, senão os teria especificado na letra do inciso II do seu art. 77, ao fixar a competência do Tribunal de Contas”.

.....
“Mas os serviços a cargo das sociedades de economia mista recebem a participação do Estado, que se acompanha de representantes dos interesses privados; não são serviços públicos. Podem ser controlados pelo Estado, mas não pertencem a êste; pertencem

às sociedades mistas, que não são só do Estado e que, por não serem só do Estado, não podem ser por êste dominadas em caráter exclusivo, como acontece em relação aos serviços autárquicos”.

.....
“Não há outros entes públicos reconhecidos pela Constituição, além da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e os entes autárquicos”.

(Despesa versus Receita, Rio de Janeiro, 1956, pág. 186).

O mesmo publicista, em livro nôvo, atualíssimo, intitulado *Regime de Contrôle das Empresas Públicas* (Rio de Janeiro, 1963), reitera a opinião de que as sociedades de economia mista são “empresas sujeitas aos preceitos do direito privado” (pág. 118), pois, embora se destinem “à realização do bem comum”, “possuem natureza jurídica de direito privado” (pág. 136). (1)

(1) O próprio Professor RUBENS GOMES DE SOUSA não se pôde furtar ao reconhecimento assim expresso nas linhas de seu parecer, adiante transcritas:

“Neste particular, a tendência que parece predominante entre os autores nacionais é para conceituá-las” (as sociedades de economia mista) “como pessoas jurídicas de direito privado, investidas da qualidade de comerciantes e, por isso mesmo, despidas das prerrogativas do poder público em matéria de estatuto jurídico, especialmente sob os pontos de vista fiscal e processual. Neste sentido: BILAC PINTO, *op. cit.*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, pág. 15; ARNOLD WALD, *op. cit.*, *Revista Forense*, vol. 152, pág. 516; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, cit., 3.^a ed., Rio, 1956, vol. 4, págs. 311 e segts.; CARLOS MEDEIROS SILVA, parecer como Consultor-Geral da República, em *Revista Forense*, vol. 145, pág. 100; A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, parecer, na mesma qualidade, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 39, pág. 354; JOSÉ SIQUEIRA CAVALCANTI e BASILEU GARCIA, parecer, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 47, pág. 472; embora alguns dos autores citados ressalvem que as sociedades de economia mista ficam sujeitas ao controle financeiro do Tribunal de Contas, por configurarem uma inversão de fundos públicos.

A jurisprudência administrativa e a judiciária parecem inclinadas no mesmo sentido...” (Revista Forense, vol. 181, pág. 77, e Revista de Direito Administrativo, vol. 54, pág. 478).

Finalmente, THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, no mais recente trabalho jurídico editado sobre o tema das sociedades de economia mista, afirma e reafirma:

“A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado”.

.....
“... estamos em face de pessoa jurídica de direito privado, sujeita à disciplina, nesse particular, do direito comum”.

.....
“Sendo as sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado...”.

(As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1964, págs. 47, 61 e 63).

*

* * *

Sociedades de economia mista e autarquias. Impossibilidade conceitual absoluta de identificação entre os dois tipos de pessoa jurídica, em face da legislação brasileira e da doutrina consagrada

A tentativa de atribuir a natureza jurídica de autarquia às sociedades de economia mista — adrede ensaiada por alguns autores indígenas como trampolim para a temerária acrobacia de inclui-las entre as pessoas públicas destinatárias do privilégio da imunidade tributária do art. 31, V, alínea “a”, da Constituição — é de todo inadmissível, pois implica, *data venia*, manifesto absurdo, ao menos no estado atual de nosso direito, o qual, fiel à doutrina majoritária, quase universalmente consagrada, não seguiu, não aceitou, sequer, o sistema dicotômico argentino de “sociedades de economia mista de direito privado” e “sociedades de economia mista de direito público” (RODRÍGUEZ ARIAS, *La Sociedad de Economía Mixta*, Rosário, 1940, págs. 136 e segts.; HÉCTOR CÁMARA, *Sociedades*

de *Economía Mixta*, Buenos Aires, 1954, págs. 94-95; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, vol. II, págs. 196-197; RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1947, tomo III, págs. 108-109). Senão, vejamos:

PONTES DE MIRANDA, com admirável justeza, ao depois de demonstrar a imprecisão, insuficiência e falibilidade de certos critérios freqüentemente buscados ou indicados nos diversos sistemas jurídicos para a caracterização das *personas de direito público*, no confronto com aquelas de *direito privado* (*origem, fim, etc.*), assim se pronuncia:

“O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas, que o direito público cria, por lei, ou por ato administrativo legal, são de *direito público SE O PRÓPRIO SISTEMA JURÍDICO NÃO AS PRIVATIZA DESDE LOGO, OU MAIS TARDE*”. (Os destaques são nossos).
(*Tratado de Direito Privado*, tomo 1.º, § 76, página 293).

Ora, bem é de ver-se que o sistema jurídico brasileiro *PRIVATIZA*, indubitavelmente, desde o ato inicial de sua criação, sejam quais forem as finalidades colimadas, os entes instituídos pelo Estado sob a forma das *sociedades anônimas*.

Realmente, prescreve o Código Civil, no art. 16:

“São pessoas jurídicas de *direito privado*:

I — As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

II — As *sociedades mercantis*”.

A sociedade anônima é a sociedade *mercantil* por excelência. E esse caráter lhe é prescrito por *imperativo legal*, tanto que a própria lei reguladora das sociedades anônimas no

Brasil (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940) assim reza, no parágrafo único do seu art. 2.º:

“Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é *mercantil* e rege-se pelas leis e usos do comércio”.

Sua capacidade de direito e sua organização, portanto, se regem pelas normas do *direito privado*, e não pelas normas do direito público, — o que exclui a personalidade pública, consoante o ensino de PONTES DE MIRANDA apoiado em CROME:

“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) . . .”.
(*Op. cit.*, tomo I, § 79, pág. 314).

O caráter *mercantil* das sociedades anônimas é, pois, no Brasil, condição inelutável à configuração e existência delas, pôsto que decorrência de uma presunção *juris et de jure*. Estabelecendo o princípio da *comercialidade* da sociedade anônima, o mencionado parágrafo está, aliás, em perfeita coerência com a norma do art. 2.º, a que corresponde, em o qual se dispôs que somente a empresa de *fim lucrativo* pode ser objeto da sociedade anônima ou companhia.

A propósito, diz CARVALHO DE MENDONÇA:

“As sociedades anônimas, tenham objeto de natureza civil ou de natureza comercial, acham-se sujeitas a uma só disciplina, que entra no quadro do direito comercial”.
(*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3.ª ed., vol. III, Livro II, Parte III, n.º 887, pág. 291).

E, com igual autoridade, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE:

“As sociedades anônimas entram na primeira categoria” (a das entidades de *fim econômico*) “porque

não se compreende uma sociedade de capitais sem o espírito de lucro.

A anônima é uma das formas das sociedades comerciais. Por isso, ainda quando o seu objeto é civil, o fim de lucro é o móvel da sua organização”.

.....
“A realização de lucros, a serem distribuídos pelos acionistas, é, pois, da essência das sociedades anônimas”.

(Sociedades por Ações, vol. 1.º, págs. 39 e 45).

Assim, pois, se a sociedade anônima é — e não pode deixar de ser — uma “sociedade mercantil”, enquanto viger a lei que o determina, e se, por outro lado, classifica o Código Civil (citado art. 16, II) como “pessoas jurídicas de direito privado” ... “as sociedades mercantis”, — e, necessariamente, sua capacidade jurídica e sua organização se regem pelo direito privado, — não há como nem por onde se possa pretender atribuir personalidade de direito público às empresas de economia mista, criadas e estruturadas deliberadamente sob a forma de sociedades anônimas.

*
* *

Ao revés disso, a *autarquia*, em nosso sistema jurídico-legal, como no direito de quase todos os povos cultos, é — e não pode deixar de ser sem descaracterizar-se — uma *pessoa jurídica de direito público*.

Tal pressuposto, já então vitoriosamente encarecido em doutrina e na jurisprudência, foi expressamente consignado na definição constante do art. 2.º do Decreto-lei n.º 6.016, de 22 de novembro de 1943, *in verbis*:

“Considera-se *autarquia*, para efeito dêste decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, *COM PERSONALIDADE DE DIREITO PÚBLICO*, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

O Código de Contabilidade Pública do Distrito Federal (atual Estado da Guanabara), aprovado pela Lei n.º 899, de 28 de novembro de 1957), assim conceituou a autarquia, em seu art. 157:

“Considera-se autarquia toda instituição criada para desempenho de serviço público, por lei, *que lhe outorgue PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO*, seja qual fôr sua denominação e forma de organização, uma vez que não movimente conta de acionistas e se mantenha, no todo ou em parte, com recursos da Fazenda do Distrito Federal, ou contribuições arrecadadas mediante autorização de lei”.

PONTES DE MIRANDA adverte que, para a caracterização da “autarquia”, “o critério de ser pessoa de direito público não basta”...

“... pôsto que baste para excluir a figura da “entidade autárquica” o ser de direito privado a pessoa”.

E repete, páginas adiante, a advertência:

“A personalidade de direito privado exclui tratar-se de autarquia”.
(Op. cit., tomo I, § 79, págs. 300 e 303).

Atente-se, outrossim, nas reiteradas observações de VICENTE RÁO:

“Mas, da Administração alguns dêsses serviços se destacam, para formar entidades às quais a lei confere autonomia de direção, atribuindo-lhes *personalidade jurídica de direito público*; e assim nascem e se configuram as *autarquias*”.

.....
“e) as entidades autárquicas, criadas pela Administração ou dela destacadas, constituindo *pessoas jurídicas de direito público*”;
.....

“Serviço autárquico significa, pois, serviço estatal descentralizado e autônomo, exercido por uma especial entidade, ou organização, a que se atribui *personalidade de direito público*”.

.....
“A qualificação de autarquia, com a sua conseqüente *personalização de direito público...*”
(*Op. cit.*, vol. 1.º, págs. 256, 360 e 361).

Consulte-se THEMISTOCLES CAVALCANTI:

“Tenho, sempre, sustentado a *personalidade de direito público das autarquias*”.
 (“*Tendências Modernas do Direito Administrativo*”, conferência jurídica publicada na revista *Direito*, vol. XVIII, pág. 25).

“A personalidade jurídica de que se revestem tais institutos decorre de sua autonomia financeira e de serviço; *nunca, porém, se lhe poderia atribuir o caráter estritamente de direito privado*”.

“a *personalidade jurídica de direito público dos órgãos autárquicos* decorre de uma certa capacidade, que lhes é atribuída pela lei, para exercer atividades reservadas exclusivamente ao Estado...”

.....
“A *personalidade de direito público* é, porém, uma afirmação de capacidade, uma conseqüência necessária de sua posição perante o Estado...”
(*Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, páginas 122, 148 e 149).

Muito expressivo é, por igual, o ensino de TITO PRATES DA FONSECA:

“As autarquias administrativas são *peessoas jurídicas de direito público*”.

.....
“São *peessoas jurídicas de direito público*, primeiramente pelos seus fins, que se enquadram nos fins do Estado, em descentralização por serviços. São *peessoas jurídicas de direito público*, porque a perso-

nalidade jurídica, encarada em seus efeitos, como faz SANTI ROMANO, é uma capacidade de direito, e a autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público...”

.....
“A realidade subjacente, na figura jurídica da autarquia, é um serviço público, cabe dizer, na definição de HAURIOU, uma organização pública de poderes, de competência e costumes, assumindo a função de prestar ao público, de modo regular e contínuo, um determinado serviço”.

.....
“As autarquias administrativas são, pois, *peessoas jurídicas de direito público*”.
(*Autarquias Administrativas*, São Paulo, 1935, páginas 66, 70-71 e 73).

SEABRA FAGUNDES, com respeito às entidades autárquicas, escreve:

“A sua personalidade jurídica é como um desdobramento da personalidade do Estado. Este destaca de si mesmo a personalidade que lhes outorga”.
(*O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., 1957, pág. 45).

ERYMÁ CARNEIRO, fixando o conceito de *autarquia*, com base na doutrina que, entre nós, se consolidou, e no fato mesmo de que “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)”, desde logo salienta como seu pressuposto primordial:

“Em primeiro lugar, ressalta a *personalidade jurídica de direito público...*”
(*As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista do Estado Nôvo*, Rio de Janeiro, 1941, págs. 90-91).

Num dos seus livros mais recentes, JOÃO LYRA FILHO é muito claro e incisivo no confronto entre os dois tipos de entidades:

“Os órgãos autônomos da administração indireta do Estado, genêricamente reconhecidos como *autarquias*, condicionam suas atividades a normas de *direito público*, especialmente de direito administrativo e de direito financeiro”.

.....
“...ao contrário das *empresas públicas* do Estado, regidas consoante princípios de *direito privado*, as *autarquias* não se isentam ao cumprimento de múltiplos preceitos normativos de *direito público*”.

“Os órgãos de administração indireta, ou descentralizada — as chamadas *autarquias* — são *personas jurídicas de direito público*. Eles correspondem aos estabelecimentos públicos, existentes na França, ou às corporações públicas, peculiares à legislação dos povos anglo-saxões. Neste nosso país e alhures, além dos tipos referidos, ainda florescem as *sociedades de economia mista*, organizadas com a participação simultânea de capitais públicos e privados. Tais sociedades, que *possuem natureza jurídica de direito privado*, destinam-se à realização do bem comum”. (Regime de Contrôlo das *Empresas Públicas*, páginas 110-111 e 135-136).

O ilustre atual Desembargador ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, em parecer que proferiu quando exercia o cargo de Procurador Geral da Justiça do Distrito Federal, relativamente ao Instituto Mineiro do Café, foi também categórico:

“As *autarquias* constituem *personas de direito público*”. (Revista Forense, vol. XC, pág. 380).

Na qualidade de antigo Consultor Geral da República, LUCIANO PEREIRA DA SILVA, em parecer jurídico de 28 de novembro de 1950, afirma, reiteradamente, a *personalidade de direito público das autarquias*, como já o fizera, anteriormente,

em parecer de 10 de outubro do mesmo ano, relativo à condição jurídica do SESI, *in verbis*:

“O simples fato de ser o SESI uma *pessoa jurídica de direito privado* afasta de plano a possibilidade de tratar-se de uma *autarquia*”.
(Pareceres do Consultor Geral da República, Rio de Janeiro, 1950, vol. I, págs. 337 e 478-479).

Coincide, no particular, o direito pátrio com a orientação dominante na doutrina estrangeira, nomeadamente a italiana e a francesa.

Haja vista, por exemplo, ao registo de UMBERTO FRAGOLA, segundo o qual *autarquia* “etimologicamente significa autogoverno od *autoamministrazione degli enti pubblici*” (*Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1949, pág. 108).

MARIO COMBA, lúcidamente, expõe:

“*Autarchia* è la capacità riconosciuta dallo Stato alle *persone giuridiche pubbliche* di amministrare da sé i propri interessi, i quali sono nello stesso tempo anche interessi dallo Stato. L'*autarchia* pertanto è propria di tutti gli *enti pubblici* diversi dallo Stato; non si potrebbe quindi parlare di *autarchia* in relazione ad un *oggetto privato*, che eserciti una pubblica funzione”.
(*Istituzioni di Diritto Pubblico*, Turim, 1945, tomo II (Parte Seconda), n.º 31, pág. 96).

Igualmente expressivo é o testemunho de GEORGES VEDEL, quando assinala que

“le régime juridique de l'établissement public classique est dominé par trois traits: c'est une personne morale, c'est une *personne de droit public*, ele gère un *service public*”.
(*Droit Administratif*, Paris, 1959, vol. II, pág. 464).

É de concluir-se, portanto, que, ao revés disso, sendo — e não podendo deixar de ser, no sistema legal brasileiro, — típicas

pessoas de direito privado as sociedades anônimas de economia mista, qualquer que seja o grau da participação financeira estatal, configuram elas entidades de todo ponto diferentes dos institutos *autárquicos*, com os quais não se podem identificar nem confundir.

Assim opinou, sobre o assunto, no 1.º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, realizado em São Paulo, de 21 a 26 de abril de 1959, o ilustre Prof. LAFAYETTE PONDÉ, catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia (membro e presidente da 1.ª Comissão Técnica daquele conclave):

“Entendo que as sociedades de economia mista têm uma figura inteiramente diversa das entidades autárquicas, ainda mesmo quando nelas o Estado seja majoritário”.

.....
“A finalidade, na sociedade de economia mista, fixa-lhe o destino e a categoria para que funcione como corpo de *direito privado*”.

(*Anais do 1.º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil*, São Paulo, 1959, 1.º vol., págs. 189 e 329).

*

* *

Impossibilidade jurídica de “equiparação” das sociedades anônimas mistas aos entes autárquicos. Revisão analítica dos argumentos da “iniciativa estatal” e do pretenso “serviço público”

Tantos e tão valiosos subsídios técnico-científicos põem de manifesto o equívoco, a erronia, diga-se, mesmo, o absurdo de pretender-se emprestar caráter de *autarquias* a típicas *sociedades anônimas de economia mista*, ou *equiparar* estas últimas àquelas, a pretexto da natureza relevante de suas ativi-

dades, ou por virtude do interesse nacional — econômico, estratégico, ou militar — dos serviços, produções ou explorações industriais e comerciais a seu encargo, ou em face de intensiva predominância da participação do Estado no capital e na administração da empresa, ou, ainda, em razão dos privilégios a ela outorgados, etc., quando, em verdade, nenhum desses motivos, nem o concurso deles, é poderoso a realizar a pretensa mas inadmissível metamorfose.

A iniciativa estatal é, sabidamente, uma das naturais e indeclináveis características definidoras da *empresa mista*, conforme acentuam os estudiosos do assunto, nacionais e estrangeiros.

Mas, é óbvio que o pressuposto da iniciativa estatal, por si só, já indica a existência, a presença do *interesse público* na instituição, nas atividades, produções ou explorações, da sociedade; interesse que pode ser maior ou menor — não importa o grau em que se manifeste, — sem, contudo, acarretar descharacterização da *pessoa privada* constituída em *sociedade anônima*.

Dai haver LOUIS ROLLAND conceituado as empresas de economia mista como “*empresas de interesse público* tendo um caráter industrial ou comercial”, “geridas por *sociedades privadas*” (*Précis de Droit Administratif*, 9.ª ed., Paris, 1947, n.º 242, págs. 222-223).

Destarte, se é da essência mesma da sociedade de economia mista a sua criação por iniciativa do Estado, e se tal requisito pressupõe, necessariamente, o *interesse público* no fim por ela objetivado, é claro que o aludido *interesse* se constitui um elemento visceral, orgânico, inerente à própria natureza da entidade mista, e não pode, por isto mesmo, servir de argumento à desfiguração dos que intentam convertê-la em *autarquia*.

Ademais disso, considere-se que “*interesse público*” ou “*interesse nacional*” não são sinônimos de “*fim público*” nem implicam a noção específica de “*serviço público*”. Nem, tampouco, é suficiente o *fim público* para definir e identificar

a *pessoa de direito público*. Valha, neste lance, a preleção de CAMMEO, ministrada em obra deixada inédita, e de publicação póstuma em sua memória:

“Nem todo *interêsse público* constitui finalidade de direito público. Não basta um *fim público* ou de *interêsse geral* para caracterizar o *ente público*, se não apresenta um *fim específico que caiba nas funções e ação do Estado*, de maneira que a atividade do ente possa considerar-se, no fundo, como *parte da administração pública*”.

(FEDERICO CAMMEO, *Società Commerciale ed Ente Pubblico*, Florença, pág. 27).

Análogo é o registo de ALFREDO CIOFFI:

“Tuttavia è da riflettere che l'ente pubblico è un istituto sociale; ma non sarebbe esatta la reciproca che cioè ogni istituto sociale sia ente pubblico: *potrà essere destinato a pubblica utilità senza che perciò acquisti la qualità di pubblico*”.

(*I Soggetti e le Difese dei Diritti Pubblici*, Milão, 1920, pág. 195).

Escreve, por sua vez, MASSIMO SEVERO GIANNINI:

“Non si devono confondere i *servizi di pubblico interesse* con i *servizi pubblici*: questi ultimi sono servizi assunti come propri dallo Stato o da altro ente pubblico e possono essere esercitati, come ora vedremo, anche da privati, ma a titolo di sostituzione. Dei *servizi di pubblico interesse* non sono invece titolari lo Stato o altri enti pubblici: più che servizi, essi sono attività proprie di soggetti istituzionalmente non pubblici, cioè di privati”.

(*Op. cit.*, Milão, 1950, vol. I, pág. 172).

Os professôres RICCARDO MONACO e GIORGIO CANSACCHI, da Universidade de Turim, em obra conjunta, assim se expressam a respeito do assunto, ao depois de examinarem as características das pessoas jurídicas públicas:

“Per conseguenza, anche le persone giuridiche che si propongono scopi di *utilità pubblica* rimangono *private*, se l'attività di esse non è considerata dallo Stato come *funzione integratrice delle sue*”.

Vão mais longe êsses mestres, ao afirmarem que a própria subordinação do *ente privado* à disciplina do *direito público*, em razão do desempenho de certas funções ou serviços públicos, que lhe tenham sido cometidos, não lhe transmuda a natureza jurídica, isto é, não no converte de *pessoa de direito privado* em *pessoa de direito público*:

“Può verificarsi infatti che persone giuridiche private siano incaricati dell'esercizio di *servizi pubblici* e che per tale ragione *siano sottoposte alla disciplina del diritto pubblico*, ma questa circostanza non muta la loro natura, che è *sempre privata*, in quanto sono destinate *direttamente* alla soddisfazione di interessi di carattere egoistico. Così la società assuntrice del servizio di distribuzione dell'energia elettrica in un Comune, è pur sempre mossa dall'interesse egoistico del *lucro*, ed è quindi *di natura privata* anche se esercita un pubblico servizio”. (*Corso di Diritto Pubblico*, 3.^a ed., Turim, 1947, Parte Primeira, pág. 37).

Com tais ensinos coincide, entre nós, a observação de PONTES DE MIRANDA:

“Uma coisa é *serviço público*, e outra a *indústria de interêsse geral* (“*public services*” e “*industries affected with a public interest*”)”.

(*Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., 1960, tomo II, pág. 281).

Assim também FRANCISCO CAMPOS, assinalando a diferença entre “*interêsses públicos*” e “*interêsses coletivos*”, testifica:

“Podem ser *interêsses coletivos*, não serão *interêsses públicos*, pois entre o coletivo e o público existe

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 inclinam espontaneamente 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 *imediatamente* 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-