

A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA NO ESTADO BRASILEIRO (Crítica científica)

PAULINO FARIAS

Professor Catedrático no Instituto de Direito da UEG

SUMÁRIO

BREVE INTRODUÇÃO: A paraestataidade administrativa, fruto da socialização progressiva do Direito. O pragmatismo de nossa legislação, produto da ênfase da tecnologia. A reação da *eidética* contra a pragmática reinante. Um pouco de luz no caos doutrinário e legislativo.

CAPÍTULO I. DO SUBSTRATO DA PESSOA JURÍDICA: As teorias da ficção e da capacidade artificial da pessoa jurídica. As teorias do patrimônio e da realidade psíquica. As teorias da relação grupal e do organismo social. A teoria eclética.

CAPÍTULO II. DA EVOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: Os sujeitos de direito nas esferas internacional e nacional. As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, na concepção clássica. O advento de novas pessoas jurídicas em face da transformação do Estado. Doutrinas estrangeiras e brasileira.

CAPÍTULO III. A TEORIA DA ORIGEM DA INSTITUIÇÃO: A origem do ente dá a sua natureza jurídica. As doutrinas italiana, francesa e alemã.

CAPÍTULO IV. A TEORIA DO FIM DA INSTITUIÇÃO: O fim da entidade caracteriza-lhe a natureza jurídica. As doutrinas italiana, francesa e alemã.

CAPÍTULO V. A TEORIA DA OBRIGATORIEDADE DO FIM DA INSTITUIÇÃO: A obrigatoriedade do fim da associação revela-lhe a natureza jurídica. As doutrinas francesa, italiana e alemã.

CAPÍTULO VI. A TEORIA DA ORGANIZAÇÃO E FUNÇÃO DA INSTITUIÇÃO: Quem organiza e estabelece a função do ente traça-lhe a natureza jurídica. As doutrinas francesa, italiana e alemã.

CAPÍTULO VII. A TEORIA DO PODER DE IMPÉRIO: O *imperium*, com suas implicações, indica a natureza jurídica da entidade. As doutrinas francesa, italiana e alemã.

CAPÍTULO VIII. A TEORIA DA VIGILÂNCIA E TUTELA: A vigilância e a tutela estatais exercidas sobre a associação apontam-lhe a natureza jurídica.

CAPÍTULO IX. AS AUTARQUIAS NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS: A controvérsia inicial sobre a natureza jurídica das autarquias. A fixação definitiva e uniforme do seu conceito. A legislação originária e o Decreto-Lei nº 200, com suas alterações.

CAPÍTULO X. AS EMPRESAS PÚBLICAS NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS: As primeiras empresas públicas em nosso País. A controvérsia acerca da sua natureza jurídica. Os Decretos-Leis n.ºs 200 e 900 diante da boa doutrina. As novas empresas públicas e as *holdings*.

CAPÍTULO XI. AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS: Os primeiros doutrinadores e a controvérsia reinante. As antigas sociedades de economia mista e o Decreto-lei nº 200. A natureza jurídica complexa das sociedades de economia mista.

CAPÍTULO XII. AS FUNDAÇÕES NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS: Fundações de Direito Privado e de Direito Público. A controvérsia a respeito da sua natureza jurídica. Os Decretos-Leis n.ºs 200 e 900. As primeiras fundações instituídas em nosso País.

CONCLUSÕES FINAIS: A tendência de *privatizar* as entidades paraestatais na legislação brasileira. O aspecto político da medida. A *desnacionalização* progressiva da economia brasileira é um mal. A necessidade de um estatuto para a administração indireta.

BIBLIOGRAFIA: Principais autores e obras estrangeiras e nacionais referidas no texto.

BREVE INTRODUÇÃO

A literatura jurídica brasileira, com relação à administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), é abundante e data do Movimento de 1930. Este, varrendo do País alguns dogmas do “individualismo jurídico” (direitos subjetivos absolutos, propriedade privada com ranço feudal, livre iniciativa plenária, alheamento do Estado nas atividades econômicas e sociais, justiça comutativa, entre outros), abriu caminho para uma “democracia social cristã, ampla e profunda”, que se pode denominar “socialismo jurídico”, como antítese daquele “individualismo jurídico” ultrapassado. Esse tipo de convivência se caracteriza pela relativização dos direitos subjetivos, limitação da propriedade privada para que realize a “função social”, livre iniciativa inspirada no “interesse social”, intervenção do Estado nos domínios econômico e social a fim de tutelar a economia nacional e proteger os “econômicamente mais fracos” e seus dependentes, justiça distributiva ou social. Daí a reestruturação do Estado e, especialmente, da administração pública em nosso País, que ampliou e aprofundou a sua esfera de ação, exigindo a criação de organismos apropriados para a efetivação dos novos intentos. Eis o advento das autarquias, sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, instituídas para a consecução daquelas novas funções econômicas e sociais atribuídas ao Estado.

Vários estudos e inúmeros pareceres versando a natureza, a estrutura e as funções das novas entidades foram divulgados por especialistas nestes últimos trinta anos — de que damos conta nos capítulos seguintes —, sem que se acordassem nos respectivos conceitos, cada vez mais controvertidos. E isto devido ao menoscabo da **eidética** — estudo da “essência ideal”, na concepção de EDMUND HUSSERL — e ao culto da pragmática, que repele os “cânones rígidos”, no juízo de WILLIAM JAMES. Sabido é que este filósofo americano, criador do “pragmatismo”, sistema que só considera o **verificável** (FRANCIS BACON) e o **útil** (JEREMY BENTHAM), tornou-se responsável, com JOHN DEWEY, pelo materialismo utilitário — imediatista e oportunista — que avassala a civilização americana. Daí a “automação”, a “cibernética” e a “inseminação artificial”, as três pragas sinistras que ameaçam o futuro da humanidade. A “automação”, que pretende substituir o homem pela máquina em determinadas atividades (FREDERICK POLLOCK); a “cibernética”, que visa à criação do “pensamento artificial” (PIERRE DE LATIL); e a “inseminação artificial”, que aspira a gerar “o homem sem o homem” (HENRY MILLER); inclusive o recentíssimo **cyborg** (MICHAEL DEL DUCA), um “complexo homem-máquina” — tudo leva à substituição, no convívio humano, do homem pelo **robot**, o “computador” e o **cyborg**. Nas oficinas, as máquinas farão o que antes cabia ao homem; nos escritórios, os **robots** e os “computadores” pensarão pelo homem; e nos leitos conjugais, seringas substituirão o homem. É a **tecnologização** da sociedade política no mais alto grau, como se o homem, criador da máquina e da técnica em geral, pudesse submeter-se total e definitivamente às suas criaturas. NICOLAS BERTIAEFF, no começo deste século, já havia denunciado essa “luta entre o homem e a máquina”, que acabaria ensejando o advento de “uma nova idade média”, em que os valores eternos do espírito prevaleceriam sobre os efêmeros da matéria, o que vale dizer, o homem sobrepu-

caria a máquina e a técnica em geral, no fim da refrega, para honra da civilização. É a esperança que acalentamos, a fim de que não retornemos, no início do século XXI, a “uma nova idade antiga”, em que legiões de **robots** e “computadores” subjuguem as hostes da religião, da filosofia, da ciência, da arte e da política, em suma, todo o conhecimento — como, outrora, a espada e a flecha dos bandos de Nabucodonosor (século VI a.C.) fizeram com os persas, sírios e palestinos. Aliás, êsse “automatismo” quase fanático invadiu todos os setores da atividade humana, logrando penetrar mesmo nos escritórios veneráveis das Igrejas. MOZART MONTEIRO observa que, “além dos sacerdotes católicos, membros de outras Igrejas, nos Estados Unidos, consultam o cérebro eletrônico”, (1) sendo que “as consultas mais freqüentes se relacionam com o ensino”. (1) Êsse ilustre publicista nota que “cresce, cada vez mais, em todo o Mundo, o número de computadores eletrônicos — essas máquinas quase humanas, que não têm alma nem coração, mas têm cérebro”, (1) porém, “depois de haver inventado o cérebro eletrônico, o homem já não precisa inventar o coração eletrônico, nem tampouco a alma eletrônica”, (1) e isto porque “o cérebro eletrônico é útil ao progresso de tôda a Humanidade, mas não faz ninguém feliz”. (1) Demais, “se fôsse possível inventar também o coração eletrônico, êle também não traria felicidade; porque a máquina da felicidade já existe, porém só é movida, e regulada, por Deus”, (1) parecendo indubitável que “Deus permitiu que o homem inventasse o cérebro eletrônico; talvez permita que invente o coração eletrônico; mas, de certo, nunca permitirá que o homem invente a alma eletrônica”. (1) Neste particular, vamos mais longe, pois sempre entendemos que o homem não **inventa** (tira do nada) prôpriamente, mas **descobre** (encontra o que preexiste) — pois Deus, que tudo pode, tudo fêz de início, facultando, apenas, ao homem, criatura Sua, que, conforme Lhe apraz, desvende aquilo que se encontra atrás da cortina do Mistério, cuja indecifrabildade Lhe revela a existência incontestável.

A verdade é que tôda essa tecnologia fanática, com sua instrumentação mirabolante, repercutiu no Direito, como não podia deixar de acontecer, eis que é êle um tipo de conhecimento de cume e síntese — “um capítulo da Política e uma seção da Ética”, qual afirmamos e demonstramos alhures. (2) Donde o mecanicismo, o tecnologicismo, o automatismo e o artificialismo que envolvem as construções jurídicas, em nossos dias, as quais se mostram vazias de **eidética**, de doutrina e conceituação, que as vivificam e estabilizam em prol da segurança. No campo do direito administrativo, especialmente, é de causar perplexidade, tamanha a influência do pragmatismo jamesiano, a que acima aludimos, na filosofia e na tecnologia de organização dos serviços públicos.

Ainda há pouco, no Colóquio Mundial de Direito e Literatura Romanos, que se realizou nesta cidade do Rio de Janeiro, o Professor ROBERTO SCHILLING, catedrático da Universidade de Strasbourg, na Alsácia francesa, observou que “o problema se resume em saber se o homem contemporâneo se satisfaz com a técnica ou se deverá complementar esta com a cultura, que exige o contato das nossas gerações com as dos povos anti-

(1) MOZART MONTEIRO, “A religião e a máquina”, in *O Globo*, Rio, 25-7-1970.

(2) PAULINO JACQUES, “Curso de Introdução à Ciência do Direito”, Forense, Rio, 1968, p. 57.

gos". (3) A cultura, sendo expressão da **eidética**, deve informar a técnica, que, quando empírica e utilitária, se confunde com a pragmática, mas que não deve esquecer as bases históricas, que mergulham na sabedoria greco-romana. Também o Prof. CONSTANTINO GROLLIOS, catedrático da Universidade de Tessalonica, na Grécia, notou que "estamos vivendo uma época em que a técnica parece dominante sobre o homem, pelas suas admiráveis **descobertas**, que jamais foram sonhadas pelas gerações passadas", (4) mas, "se, de um lado, há um imenso poderio manejado pela enorme potencialidade da inteligência do homem servindo à técnica, de outro, os enormes perigos que a técnica apresenta e podem levar o homem ao desastre e à catástrofe, se êle esquecer os princípios essenciais do que chamamos **humanidade**". (5) Realmente, as **descobertas** (e não pròpriamente **invenções**) que o homem tem feito ultimamente são magníficas, porém destituídas de **humanidade** (essência ideal), o que as torna efêmeras, podendo arrastá-lo, e com êle a própria civilização, ao desastre e à catástrofe.

Reagindo contra êste deplorável "estado de coisas", animamo-nos a escrever o presente ensaio — sùmula das aulas que proferimos no antigo Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Estado da Guanabara) — com a certeza de que estamos contribuindo, se bem que modestamente, para a restauração, entre nós, do "Estado de direito" em tôda a plenitude e do conseqüente primado da **legalidade** (ordem jurídica) sobre a **legitimidade** (ordem política), na conhecida distinção de CARL SCHMIDT.

Por isso, fizemos preceder o estudo das nossas entidades de administração indireta (autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) de uma breve exposição acêrca das principais teorias da natureza jurídica dos entes estatais e paraestatais. Para a boa compreensão delas, apresentamos um rápido apanhado sobre a pessoa jurídica e sua evolução, que, obviamente, antecedem aquêles capítulos. E, como as questões capitais são a natureza do ente e a sua personalidade jurídica, porque estas o situam na orgânica do Estado, com os direitos e obrigações correspondentes, bem assim com as prerrogativas e as isenções, nessas questões nos detivemos nos capítulos próprios.

No que se relaciona com as autarquias, não tivemos maior dificuldade para lhe caracterizar a natureza e a personalidade jurídica, porque atualmente a doutrina e a legislação não divergem a respeito. Todavia, no que diz respeito às emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, a dificuldade foi imensurável, devido à dupla controvérsia reinante, uma, de ordem teórica, entre os especialistas, e a outra, de ordem prática, entre os diplomas legais, que refletem essa discussão.

Sempre fiel aos princípios e à boa doutrina, isto é, à **eidética**, procuramos analisar a estrutura das referidas entidades à luz das teorias expostas nos competentes capítulos, tomando como objeto de análise os entes mais representativos nas respectivas categorias.

(3) ROBERTO SCHILLING, "Entrevista", in *O Globo*, Rio, 20-7-1970.

(4) CONSTANTINO GROLLIOS, "Entrevista", in *O Globo*, cit.

(5) *Ib.*

Esperamos, assim, ter feito jorrar um pouco de luz, embora difusa pela insuficiência do gerador, no caos doutrinário e legislativo, que é a orgânica da nossa administração indireta.

CAPÍTULO I

DO SUBSTRATO DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa é o sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, como ensinam os autores que versaram a matéria. Todo ser humano é, pois, uma pessoa, tanto quanto uma sociedade civil ou comercial também o é. Se, realmente, têm capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, diz-se que possuem personalidade. Esta apresenta-se, assim, como o atributo essencial da pessoa. (6) Mas, nem tôdas as pessoas são dotadas de personalidade. Os menores e os loucos, como as sociedades de fato, v. g., não a têm. A personalidade é insita às pessoas plenamente capazes. Apresenta-se como fruto da capacidade.

Ao ser humano denominam os tratadistas de pessoa física, e à sociedade civil ou comercial, de pessoa jurídica. Alguns preferem a denominação de pessoa moral, coletiva ou fictícia, sustentando cada qual a propriedade e a excelência da sua designação. Essa controvérsia escapa ao plano do presente ensaio.

A existência da pessoa física resulta, evidentemente, da vida humana. Ninguém, por isso, até hoje, a contestou. O mesmo, porém, não acontece com a pessoa jurídica, cuja existência real se tem negado.

VAREILLES-SOMMIÈRES entende que a pessoa jurídica é mera ficção, visto como o verdadeiro sujeito dos direitos e obrigações são as pessoas físicas que a compõem. (7) Hoje, não há mais dificuldade para se demonstrar a sem-razão da assertiva. As pessoas físicas que constituem, na lição do insigne tratadista, a pessoa jurídica têm, cada qual, sua personalidade própria, que difere da do conjunto, da personalidade da sociedade civil ou comercial. Ninguém contestará, em nossos dias, que os sócios possuem personalidade distinta da sociedade, tanto assim que, por vêzes, essas pessoas litigam umas contra as outras, os sócios contra a sociedade, manifestando, com isso, a realidade incontestável de sua existência.

SAVIGNY, que fez o estudo histórico da pessoa jurídica, indo encontrar suas raízes no Direito Romano, também dava-lhe, apenas, "capacidade artificial". É o que se vê dêste passo: "Et d'abord, comme il ne s'agit ici que du droit privé, ce ne sont que les rapports du droit privé auxquels s'applique la **capacité artificielle de la personne juridique**". (8) No entanto, não negava, como os romanos, real e plena capacidade ao Estado (Res publica) e ao Município (Civitas). Ater-se à materialidade dos entes jurídicos é tão errôneo quanto à das coisas. É permanecer no continente, ignorando o conteúdo. Não há dúvida que sem as pessoas físicas não se podem constituir

(6) CLOVIS BEVILACQUA, "Teoria Geral do Direito Civil", Rio, 1929, p. 176.

(7) VAREILLES-SOMMIÈRES, "Les personnes morales", n.º 321; apud Lacerda de Almeida, "Das pessoas jurídicas", Rio, -905, p. 28, nota 1.

(8) M. E. C. DE SAVIGNY, "Traité de Droit Romain", Paris, 1841, tome II, p. 234.

as pessoas jurídicas. Mas, também, sem o ser humano não há pessoa física. Assim como esta pressupõe a existência daquele, a pessoa jurídica presume a da física. Tanto é real a pessoa física, com o pressuposto do ser humano, quanto a jurídica, com a pressuposição daquela. Trata-se de manifestação do fenômeno da coexistência das coisas e seres. Só Deus existe por Si só!

PLANIOL repele a doutrina da ficção, como a do artifício. Mas cai noutro conceito metafísico: a designação de um patrimônio que se destina às pessoas físicas. Ensina o famoso jurisconsulto: "C'est que la persistence jusqu'à nos jours de la propriété collective est pour ainsi dire cachée aux yeux par l'existence **d'êtres fictifs**, auxquels on prêtre, au moins dans une certain mesure, **les attributs de la personnalité**, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs, qui font des contrats et soutiennent des procès comme de **vraies personnes**; ce sont les **personnes fictives**". (9) Das pessoas jurídicas, as únicas que designam um patrimônio destinado às pessoas físicas são as fundações. As demais, como toda pessoa de direito, não denunciam nenhum patrimônio, **stricto sensu**, embora assentem, geralmente, sobre ele, como as sociedades comerciais. Se tomarmos, porém, o patrimônio, **lato sensu**, designando o conjunto dos bens materiais e imateriais de uma pessoa, aí, então, será lícito afirmar que é ele a sua base física, o seu alicerce econômico. Mas, nem por isso poderemos concluir que a pessoa jurídica, apenas, designa esse patrimônio, não tendo existência própria.

Outros autores, como ZITELMANN, asseguram que a pessoa jurídica é, tão-só, realidade psíquica, criação das nossas faculdades mentais. (10) De fato, ela não é realidade física, como, também, psíquica, propriamente dita; mas, realidade jurídica, criação do direito. É bem verdade que a existência jurídica pressupõe, do ponto de vista psicológico, a psíquica. Esta, porém, não exclui aquela, como pretende ZITELMANN. As duas realidades coexistem, explicando-se. Da sua simbiose exsurge a pessoa jurídica, realidade do Direito.

BOLZE, menos metafísico que ZITELMANN, sustenta que a pessoa jurídica se origina da relação entre o grupo, a associação e as pessoas físicas que o compõem. (11) A relação pressupõe coexistência, e esta, pelo menos, dois entes. Um deles é o grupo, o outro, os membros. Aquêle é tão real quanto êstes, tanto que se constitui, e subsiste, a relação entre êles. Esta, à sua vez, só se mantém, ativamente, de pessoa a pessoa. Logo, segundo o próprio BOLZE, o grupo é uma pessoa, realidade jurídica inconcussa.

Aos organicistas, como SPENCER, WORMS, NOVICOW e KORKOUNOV, que vêem órgãos em todo ente jurídico, à maneira de seres vivos, parece a pessoa jurídica dotada de atributos reais, como a física, apesar de não apresentar "individualidade corporal". Assevera KORKOUNOV: "Bien que ne possédant pas d'individualité corporelle, ce sont des **sujets**

(9) MARCEL PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit Civil", Paris, 1901, tome I, p. 537.

(10) ZITELMANN, "Begriff und Wesen der juristischen Personen", p. 64; apud Lacerda de Almeida, ob. cit., p. 39, nota 15.

(11) BOLZE, "Begriff des juristischen Personen", d. 81-82; apud Lacerda de Almeida, ob. cit., p. 79, nota 14.

réels, elles constituent des **organismes sociaux**". (12) É uma doutrina verdadeira, com base profundamente real, mas que considera, apenas, um dos elementos genéticos da pessoa jurídica aquêle a que LACERDA DE ALMEIDA chamou, com muita propriedade, de **corpus**. O outro êsse saudoso e afamado juriconsulto denominou de **animus**, que é a idéia diretriz da associação.

Assim explica LACERDA DE ALMEIDA a sua teoria: "Para mim, a **mesma dualidade** que impera no mundo orgânico e manifesta-se no homem **descobre-se na entidade coletiva**, onde os dois elementos se encontram sempre conjugados. Êstes elementos, eu os denominaria o "**corpus**" e o "**animus**", **quer dizer, o espírito e o organismo**, a idéia que busca órgãos para manifestar-se, entrar em atividade, e os órgãos onde a idéia se encarna, nos quais se corporifica e mediante os quais realiza ou busca realizar os seus destinos". (13) É uma concepção, não há dúvida, eclética, conciliatória e, por isso mesmo, mais próxima da verdade total e definitiva, que é Deus. Nada existe fora do dualismo genético, porque nada há aquém ou além do Criador. Tudo emana Dêle e torna para Êle. Essa, sim, é a "eterna volta", de que falava NIETZSCHE. (14)

A pessoa jurídica é, assim, dupla realidade. Objetiva, material, com o **corpus**, os órgãos de realização de seus fins; subjetiva, espiritual, com o **animus**, as idéias orientadoras do seu escopo. Neste, encontra-se a substância da pessoa, a essência íntima, o "elemento divino" aristotélico; naquele, a forma, o continente, o que "procura e deseja", o elemento humano. Completam-se e integram-se, sob a preponderância do **animus**, onde se encontra um infinitésimo de Deus.

CAPÍTULO II

DA EVOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Os sujeitos de direito na esfera internacional são os Estados, isto é, as nações politicamente organizadas. Segundo alguns autores, também as instituições político-jurídicas, com jurisdição internacional, como a Sociedade das Nações, a Côrte Permanente de Justiça Internacional, a União Pan-Americana, podem ser incluídas entre êsses sujeitos de direito. Denominam-nas os tratadistas de pessoas jurídicas de Direito Público externo.

Na esfera nacional, a Nação, em sua expressão política, o Estado, as Províncias ou Departamentos, os Estados-Membros, os Municípios, as Comunas ou Cantões e os Territórios — conforme se trate de Estado Federal ou Unitário — são os sujeitos de direito. Chamam-nas os autores de pessoas jurídicas de Direito Público interno.

A natureza e extensão dos direitos e obrigações das primeiras são estabelecidas nos princípios de Direito Internacional Público, contidos nos tratados, convenções, convênios e recomendações internacionais. (15) As das

(12) N. M. KORKOUNOV, "Théorie générale du Droit", Paris, 1903, p. 222.

(13) LACERDA DE ALMEIDA, ob. cit., p. 38.

(14) FRIEDRICH NIETZSCHE, ob. cit., vol. II, p. 186.

(15) HENRY WHEATON, "Éléments du Droit International", Paris, 1848, p. 229.

segundas pessoas, nos princípios de Direito Constitucional, plasmados nos Códigos Políticos dos Estados.

A essência íntima das pessoas jurídicas de Direito Público externo é a autonomia, o poder de auto-organização e autodeterminação. ⁽¹⁶⁾ A das de Direito Público interno é a soberania, a faculdade de impor a lei aos súditos da Nação. É bem verdade que os Estados-Nações são soberanos, mas em relação a si mesmos, e não ao conjunto dos demais Estados, tanto quanto os Estados-Membros são autônomos relativamente aos outros componentes da Nação, e não com referência a esta, de quem são parte integrante, meras dependências político-administrativas.

Essa é a doutrina consagrada pela legislação em nosso País e na grande maioria dos povos civilizados.

As pessoas jurídicas de Direito Privado, como organismos sociais vivos, evoluem e transformam-se permanentemente, do mesmo modo que as de Direito Público. Assim como, pela evolução das pessoas jurídicas de Direito Público, surgiram entidades internacionais, como a Sociedade das Nações, a Corte Permanente de Justiça Internacional, a União Pan-Americana etc., que se situam entre os Estados no plano nacional e os Estados no plano internacional, as pessoas jurídicas de Direito Privado também, evoluindo, oferecem modalidades novas, que constituem verdadeira transição entre elas mesmas e as pessoas jurídicas de Direito Público interno.

É óbvio que o nosso Código Civil, diploma legal eminentemente estático, não podia acompanhar a dinâmica jurídico-social, para prever as pessoas de direito que poderiam surgir, de futuro, por força do desenvolvimento natural das relações sociais. Promulgado em 1916, refletia o pensamento dominante ao tempo, segundo as necessidades e interesses coevos. Não há dúvida que há trinta anos já se conheciam, noutros povos mais civilizados, os novos espécimes da pessoa jurídica, verdadeiras crisálidas dos entes públicos.

SELIGMAN, no século passado, observava, em França: “Enfin, un certain nombre de caisses chargées de services publics ont une existence propre. Telles sont: la caisse des **offrandes pour l’armée**, la caisse des **retraites** etc. Au contraire d’autres caisses publiques n’ont pas d’**individualité distincte**, ce sont, par exemple: la caisse des **dépôts et consignations**, la caisse des invalides de la marine”. ⁽¹⁷⁾ Essas caixas eram verdadeiras transições entre as pessoas jurídicas de Direito Privado e as de Direito Público interno, quando o Estado ensaiava a sua política de assistência social. Tais instituições não diferiam muito das que hoje são conhecidas no mundo civilizado, visto como, se algumas tinham existência própria, com personalidade jurídica, outras se apresentavam integradas no organismo administrativo estatal, de que, mais tarde, se haveriam de desmembrar.

O referido autor nota, noutro passo: “Elles ne sont pas, à vrai dire, que la **personnification de l’État sous des noms différents et à des degrés divers**. Sans doute on ne saurait agiter les questions relatives à leur exis-

(16) P. S. MANCINI, “Diritto Internazionale”, Napoli, 1873, p. 41.

(17) EDMOND SELIGMAN, “Des personnes morales”, Paris, 1877, p. 123.

tence sans toucher aux points les plus délicats de la **matière de la descentralisation**; mais qu'elles aient ou non une capacité civile, il n'en est pas moins essentiel que l'État soit représenté sous une forme ou sous une autre dans les diverses parties du territoire". (18) Efetivamente, a personificação do Estado era a característica essencial desses novos entes, que apresentavam várias modalidades, embora todas elas realizassem o mesmo fim administrativo — a descentralização dos serviços. O Estado, não podendo mais, por si só, preencher determinados fins, atribuiu esses encargos a entidades que dele emanavam, como as "efígies" de LUCRÉCIO se desprendiam dos "corpos". Eram criações estatais e, por isso mesmo, feitas à sua imagem.

Na Itália, mesmo no século passado, já se vislumbrava a existência dessas pessoas jurídicas, que viviam ao lado do Estado, para realizarem determinados serviços públicos. TEDESCHI nota: "Sotto la denominazione **d'instituti pubblici civili** si possono comprendere: gli instituti di carità e di beneficenza, e qualunque ente morale **avente in tutto o in parte per fine di soccorrere alle classi meno agiate**, tanto in stato di sanità che di malattia, di prestare loro assistenza, di educarle, instruirle, ed avviarle a qualche professione, arte o mestiere". (19) Tais entes, que muito se assemelhavam aos nossos atuais institutos de previdência, já eram tidos como instituições de Direito Público, apesar do caráter civil que ofereciam. É que, realizando tarefas que cabiam, precipuamente, ao Estado, não se compreendia pudessem permanecer indiferentes ao **imperium**, tanto mais quanto, as mais das vezes, eram criações suas.

Na Alemanha, também, no século passado, eram tidas como pessoas jurídicas de Direito Público interno as "organizações dependentes do Estado", mas "dotadas de personalidade própria". É o que ensina DERNBURG: "Entre as pessoas jurídicas, estão em categoria especial as de **ordem pública**, isto é, o Estado e as **organizações dele dependentes, com personalidade própria**". (20) Embora não se conhecessem, ainda, os entes autárquicos da atualidade, já se pressentia o surto de entidades autônomas, para realizarem serviços estatais. Não podendo o Estado tudo prever e prover, por si só, atribuía encargos especiais a pessoas feitas à sua imagem, que agiam por delegação sua. Imperativo da divisão do trabalho, a descentralização dos serviços, mesmo no século XIX, já era uma realidade que se desenvolvia, para florescer e frutificar no século presente.

Entre nós, TEIXEIRA DE FREITAS, em pleno regime das Ordenações, sustentava a personalidade pública das "pessoas jurídicas nacionais de existência possível", entre as quais incluía os "estabelecimentos de utilidade pública", as "Caixas Econômicas", as "Companhias de Seguros" etc. (21) Essas "pessoas jurídicas nacionais de existência possível" eram as atuais pessoas jurídicas de Direito Público interno, visto como o insigne civilista denominava de "pessoas privadas de existência ideal" às pessoas jurídicas

(18) EDMOND SELIGMAN, ob. cit., p. 82, n.º 50.

(19) FELICE TEDESCHI, "Dei corpi morali". Torino, 1877, p. 21.

(20) A. DERNBURG, "Pandekten", Berlin, 1896, tomo I, § 59, nota 3.

(21) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, "Esboço de Código Civil", Rio, 1860, p. 188, art. 276, itens 1.º e 3.º

de Direito Privado. (22) Aí, vemos as Caixas Econômicas e as Companhias de Seguros, as primeiras manifestações de previdência e assistência, que, embora, a esse tempo, com caráter individualista, e não social, já revelavam a preocupação do Estado em proteger e amparar a economia dos membros da sociedade nacional. Êsses entes, desde que autorizados a funcionar, adquiriam a qualidade de pessoas jurídicas de Direito Público.

NABUCO DE ARAÚJO, também, incluía os “estabelecimentos de utilidade pública” entre as “pessoas jurídicas públicas”. (23) Não há dúvida de que os atuais entes autárquicos, se existentes àquele tempo, não poderiam deixar de ser considerados “estabelecimentos de utilidade pública”, e dos mais úteis que se conheceriam, dotados, assim, de personalidade pública.

VIVEIROS DE CASTRO, estudando, no princípio deste século, as Caixas Econômicas, reconheceu-lhes a qualidade de “estabelecimentos de utilidade pública, sob o regime duma legislação especial”. (24) Essa função pública das Caixas revelava-lhes a natureza da personalidade jurídica, como o regime de legislação específica as extremava das associações civis e sociedades comerciais, regidas pelos princípios do Direito Privado. Já se reconhecia, tácitamente, a essas entidades, um estatuto próprio. Era um grande passo no sentido de se lhes atribuir personalidade pública. Com a multiplicação desses entes e a criação de outros com fins de previdência e assistência sociais, não tardou que fossem proclamados, pela doutrina e a jurisprudência, pessoas jurídicas de Direito Público interno.

Para nós, mesmo dentro do regime do Código Civil, não se pode negar, em boa razão, a existência dessa nova modalidade de pessoa jurídica. A preceituação do art. 14 do Código, nos itens I a III, não é **taxativa**, mas, **enumerativa**. Se não exemplifica, também não restringe. As pessoas jurídicas de Direito Público interno, existentes ao tempo da promulgação do Código, eram as, nêle, enumeradas, não querendo dizer, com isso, o legislador que outras não pudessem criar-se e ser reconhecidas.

CAPÍTULO III

A TEORIA DA ORIGEM DA INSTITUIÇÃO

Para alguns autores, é a origem do ente que lhe dá a natureza da personalidade. Se emana diretamente do Estado, por ato criador deste, é pública, tanto quanto privada, se promana de iniciativa particular. Exemplificam com os serviços públicos, criados pelo poder estatal, e as sociedades civis ou comerciais, produtos da atividade privada. Os primeiros são dotados de personalidade pública, própria, se autônomos, ou mediata, se integrados no organismo administrativo do Estado. As segundas têm personalidade privada, reconhecida por lei, mas resultante de iniciativa individual.

(22) IBIDEM, art. 278.

(23) J. T. NABUCO DE ARAÚJO, “Projeto de Código Civil”, art. 153, § 2.º; apud A. FERREIRA COELHO, “Código Civil dos E. U. do Brasil”, Rio, 1923, vol. V, p. 55;

(24) A. O. VIVEIROS DE CASTRO, “Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo”, Rio, 1914, p. 244.

Dai incluem aquêles entre as pessoas jurídicas de Direito Público interno e estas entre as pessoas jurídicas de Direito Privado.

Há mister notar, contudo, que nada existe na ordem jurídica que não tenha sua origem no Estado, visto como é êle o responsável pela sua conservação e aperfeiçoamento. As pessoas privadas, como as públicas, na essência íntima, não deixam de ser, também, criações do Estado, uma vez que é êle que lhes regula a constituição e o funcionamento. Por isso, tratadistas que defendem a teoria da origem, como adiante veremos, sustentam, também, a da finalidade do ente, e vice-versa.

CINO VITTA, estudando a natureza jurídica do ente autárquico, assim se manifestou: "Se lo Stato vuole che un ente esista, é segno evidente che reputa gli scopi di quello come scopi d'interesse collettivo, in una parola, come pubblici in senso stretto". (25) A vontade do Estado e os fins de interesse coletivo do ente é que lhe imprimem a feição de pessoa pública. Há mister, porém, notar que, sobretudo, no Estado moderno é bem difícil saber onde termina a sua "vontade" e onde começa a iniciativa individual, como também não se pode traçar com precisão a linha de limite entre os interesses coletivos e individuais, tão estreitamente ligados se encontram, nesta época de socialização estatal progressiva.

Menosprezando os imperativos da realidade social, GASTON JÈZE, antes, já havia sustentado o conceito metafísico da pessoa pública, através do estudo da natureza dos serviços estatais, *in verbis*: "Sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer". (26) Não era, tão-só, a "vontade" do Estado, como entendia VITTA, porém, muito mais, a "intenção dos governantes", que dava à pessoa jurídica o caráter público. Os elementos subjetivos prevaleciam sobre os fatores objetivos. Se o legislador havia querido dar personalidade estatal a determinado serviço, estava tudo consumado: o serviço era público e dotado de personalidade pública. Nada mais se fazia necessário indagar; o essencial era a "intenção" do "governante". Encontrada esta, não podia subsistir mais dúvida quanto à estatalidade da pessoa jurídica, em se tratando, evidentemente, de serviço público. Não conhecemos critério mais vago e arbitrário para distinguir o caráter de uma pessoa jurídica. Ainda que se deva pressupor a harmonia da "intenção dos governantes" com os princípios das ciências jurídico-sociais, isto é, que a "vontade" dêles seja determinada por aquêles princípios, não é absurdo admitir que possa essa intenção, manifestada na vontade humana, colidir, em dado momento, com as regras do bom senso jurídico. Aí, então, ter-se-iam pessoas tipicamente privadas conduzidas à categoria de públicas, e vice-versa, com a subversão geral da ordem jurídica.

Presentindo êsse perigo foi que LÉON MICHOD, no princípio deste século, procurou coonestar a "teoria da origem", ante o Direito objetivo.

(25) CINO VITTA, "Le persone giuridiche pubbliche in Francia ed in Italia", Modena, 1928, p. 24.

(26) GASTON JÈZE, "Les principes généraux du Droit Administratif", Paris, 1914, p. 247.

Daí afirmar que “jamais les personnes morales de droit public, dans l’État moderne une fois constitué, n’arrivent à la vie sans l’intervention active de ce dernier”. (27) A pessoa pública não se origina, tão-só, como entendiam VITTA e JÉZE, da “vontade do Estado” ou da “intenção dos governantes”, mas de fatores político-sociais, com a “intervenção ativa” do Estado. É uma doutrina mais objetiva, porque menos metafísica, e que se concilia com os princípios gerais do Direito Público. Hoje, mais do que nunca, essa “intervenção ativa” estatal mostra-se, em tôda a sua extensão e profundidade, abrangendo quase todos os setores da atividade humana e, com isso, caracterizando e definindo uma época.

Entre outros autores, filiavam-se, também, aos adeptos da “vontade estatal” eminentemente metafísica CROME (28) e ENNECERUS (29), representantes do pensamento jurídico alemão. Não podiam, é óbvio, deixar de fazê-lo, uma vez que são naturais da pátria da metafísica e discípulos de KANT e HEGEL. Os argumentos desses juristas ressentem-se das mesmas falhas que apontamos ao estudar a doutrina dos outros defensores da “teoria da origem”, pelo que nos abstermos de novas considerações.

A verdade, no entanto, é que não basta conhecermos a origem da pessoa jurídica, para concluirmos que sua personalidade é pública ou privada. Tanto assim é que alguns defensores desta teoria sustentam, também, princípios de outras, sentindo a insuficiência de sua doutrina. CRISAFULLI-BUSCEMI já tinha observado: “Tali teorie non solo non si elidon fra loro, ma si completano. È perciò che noi vediamo uno stesso autore sostenerne più di una”. (30) À medida que formos examinando essas diferentes teorias, haveremos de ir percebendo-lhes a deficiência, se consideradas isoladamente, como a eficácia e integramento, se entendidas no seu conjunto.

CAPÍTULO IV

A TEORIA DO FIM DA INSTITUIÇÃO

Nem sempre é dotado de personalidade pública o ente que se origina de ato estatal. O critério da origem não é, pois, seguro, pelo menos, exclusivo. Menosprezando a causa, alguns tratadistas vão buscar no fim o elemento característico, por excelência, da natureza jurídica das entidades públicas. Substituem a etiologia do ente pela sua teleologia.

GIORGIO GIORGI ensinava: “Le persone giuridiche di mero scopo privato non esercitano che i diritti civili patrimoniali governati dal Codice civile; **quelle che hanno per scopo** l’interesse pubblico, o che all’interesse privato conguingano il pubblico, **estendono la periferia dell a loro facoltà ed esercitano anche certi diritti patrimoniali, che hanno mistura di pubblici**”. (31) O interesse público, por si só, ou conjugado com o privado, com pre-

(27) LEON MICHOD, “La théorie de la personnalité morale”, Paris, 1960, vol. I, p. 212.

(28) CROME, “System des C. R. I.”, p. 232; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 455, nota 1425.

(29) ENNECERUS, “Lehrb. des burg. Rechts”, I, p. 233; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 455, nota 1427.

(30) CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 455, nota 1424.

(31) GIORGIO GIORGI, “La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali”, Firenze, 1889, vol. I, pág. 107.

valência daquele, é que imprimia à entidade o cunho da pessoa pública, fôsse ou não criada pelo Estado. Ao tempo em que o insigne jurista expunha a sua doutrina, era, ainda, possível distinguir, no torvelinho dos interesses sociais, os privados dos públicos. Porém, a esta altura dos acontecimentos e num século em que o social prevalece sobre o individual, não se pode mais separar os interesses privados dos públicos, tão adstritos a estes encontram-se aquêles.

Se o século dezenove passou à História como o do indivíduo, o vinte há de passar como o da sociedade. Hoje, é mero artifício diferenciar, do ponto de vista jurídico, o interesse privado do público. Mesmo os civilistas educados no século do indivíduo, como CHIRONI e ABELLO, reconheciam o primado do geral, público, sobre o particular, privado. Sustentavam: "L'istituto (istituzione) si differenzia dalla fondazione **pel fine suo che direttamente è volto sempre all'interesse generale**, tant'è, che, come or si dirà, entra nella classificazione delle persone giuridiche di diritto pubblico, e, in ragion di tale scopo suo costante, trova normalmente l'origine sua nel provvedimento del potere sociale **che lo costituisce in vista dell'interesse generale** ch'esso con l'azion sua deve sollecitare". (32) Como se verifica, apesar de não haverem estudado o ente de previdência do ponto de vista do Direito Público, CHIRONI e ABELLO já o aproximavam da "fundação", que, aliás, é a pessoa jurídica de Direito Privado que encontra alguma semelhança com a autarquia de previdência. É noção elementar que o patrimônio da "fundação" pertence ao fim a que se destina (**universitas bonorum**). No ente de previdência, não é outra a destinação do patrimônio, ainda que se encontrem vestígios de associação civil ("**universitas personarum**"). O fim de interesse geral, contudo, é o elemento decisivo para a caracterização da pessoa jurídica, na lição dos insignes civilistas romanos.

MAURICE HAURIOU, estudando os "estabelecimentos públicos" e os "estabelecimentos de utilidade pública", em tórno de cuja doutrina gira toda a teoria da personalidade pública no Direito francês, concluiu, como os seus patrícios, que os primeiros estabelecimentos são pessoas jurídicas de Direito Público interno e os segundos, de Direito Privado. Geralmente, a lei, no ensinamento do referido tratadista, confere, expressamente, ao estabelecimento a personalidade pública, "mais, lorsque la loi ne se prononce pas, le processus est inverse et **ce n'est que si le service est devenu public** dans tous ses éléments **que l'on peut dire qu'il y a établissement public**". (33) É, portanto, a finalidade pública do serviço que lhe dá a qualidade de ente estatal. Mas, nesta década do século vinte, qual o serviço, mesmo privado, que não tem finalidade pública?! Este escopo, aliás, é uma das condições para o desenvolvimento até do serviço particular. O interesse social é o meio favorável ao surto e ao progresso da iniciativa privada, que define e fenece se não tem a regá-la o favor do Estado.

ARTURO RISPOLI, apesar de haver escrito o seu estudo na terceira década do século em que vivemos, não conseguiu libertar-se da ilusão fi-

(32) G. P. CHIRONI e L. ABELLO, "Trattato di Diritto Civile Italiano", Torino, 1904, vol. I, p. 143.

(33) MAURICE HAURIOU, "Précis de Droit Administratif et de Droit Public", Paris, 1914, p. 345.

nalística, pois procurou renová-la sem lhe aduzir outras considerações, além das referidas por seus antecessores. Observou êle: "Oltre agli enti autarchici, persone giuridiche di diritto pubblico con poteri di imperio (Comuni e Provincie), abbiamo anche altri enti **i quali perseguono fini generali della collettività, enti che sono organi dello Stato**, ma che por sono persone di diritto pubblico **perchè non mirano** ad interessi particolari, privati, patrimoniali, bensì a interessi pubblici". (34) Os "fins gerais da coletividade", que a pessoa pública deve colimar, especializam-se com os "interesses públicos", cujas defesa, conservação e melhoria estão afetos ao poder estatal e a antes por êle gerados.

Filiam-se à mesma escola doutrinária, apresentando o fim público da entidade como o característico, por excelência, da pessoa de Direito Público interno, entre outros, ZELLER, (35) FERRARIS (36) e DE RUGGIERO. (37) Dispensamo-nos de transcrever-lhes os passos essenciais, em virtude de não oferecerem nenhum argumento que mereça melhor exame. Restringem-se a reproduzir conceitos já conhecidos e devidamente apreciados, que em nada modificam o nosso juízo a respeito da "teoria do fim".

A origem e o fim estatais do ente são dois elementos preciosos para a caracterização de sua natureza jurídica. É muito difícil que uma entidade criada pelo Estado para prestar serviço público não seja dotada de personalidade pública. Em nosso Direito, pelo menos, não na existe. Daí a importância doutrinária dessas duas teorias, que, conjugadas, bem explicam a essência íntima das autarquias de previdência.

CAPÍTULO V

A TEORIA DA OBRIGATORIEDADE DO FIM DA INSTITUIÇÃO

O fim que não é obrigatório só tem existência teórica. Estabelecido um fim para determinada entidade pública, tem êle de ser preenchido, sob pena de perder ela a razão de ser. É o fim que justifica a existência da instituição pública. Nem se pode conceber um ente autárquico que não seja adstrito a cumprir o seu fim. O Estado, que traça o fim do ente, ao criá-lo, é quem fiscaliza o preenchimento dêle. O inadimplemento da finalidade pela autarquia autoriza o poder público a extingui-la.

Por isso é que MICHOUUD ensinava: "Ici la corporation **accomplit un but que l'État juge d'intérêt général**, elle est chargée d'un véritable service public; **elle ne peut renoncer à sa mission** qu'avec l'autorisation de l'État". (38) O Estado, realmente, impõe um fim de interesse geral, verdadeiro serviço público, a cujo preenchimento o ente não pode renunciar. É, precisamente, essa obrigação de cumprir a finalidade institucional, sob a vigilância do Estado, que imprime à autarquia o signo de pessoa de Direito Público interno. O fim do ente autárquico é irrenunciável e imprescritível.

(34) ARTURO RISPOLI, "Istituzioni di Diritto Amministrativo" Torino, 1932, p. 112.

(35) ZELLER, "Staat und Kirche", p. 73; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 456, nota 1443.

(36) FERRARIS, "Diritto Amministrativo", Padova, 1922, p. 149.

(37) DE RUGGIERO, "Istituzioni di Diritto Civile", Messina, 1929, vol. I, p. 434.

(38) LÉON MICHOUUD, "La Théorie de la personnalité morale", cit., vol. II, p. 386.

Deve êle realizar a sua finalidade, embora por constrangimento estatal, que se manifesta na tutela exercida pelo Estado.

Esse fato não passou despercebido à argúcia de FADDA e BENZA, que assim se pronunciaram: "Ma essa è una volontà che pone certi beni a servizio di uno scopo e di un interesse generale, e il legislatore, in vista dello scopo, **interviene e pone la istituzione sotto la tutela del diritto pubblico a fine di assicurarne l'efficace funzionamento**". (39) O fim deve ser preenchi-do, porque está em jôgo o interêsse geral, cuja tutela é privativa do Estado. A inobservância do escopo institucional importa na perda dos bens que lhe estão ao serviço e, pois, na base econômica da pessoa jurídica. Desaparecida esta, o ente autárquico, que vive para o fim, não pode subsistir, salvo como ficção jurídica, de existência efêmera. Tudo, assim, depende do "eficaz funcionamento" da instituição.

ROSIN, que no Direito alemão foi dos que melhor estudaram essa teoria, bem acentuou o constrangimento do poder público sôbre o ente, no sentido de que realize a sua destinação social. Observou êle: "Constitue une association **dépendant du droit public** celle qui, en vertu du droit public, **est obligée vis-à-vis de l'État à remplir son but**". (40) É, precisamente, essa execução compulsiva do fim, sob o contrôle do Estado, que eleva o ente autárquico à categoria de pessoa pública. De outra parte, garante-lhe a sobrevivência, permanecendo sob a vigilância e a tutela estatais.

Como ensina ORESTE RANELLETTI, não é só da parte da pessoa pública que existe a obrigação de satisfazer a sua finalidade institucional, por isso que o próprio Estado está adstrito a diligenciar no sentido de que o ente cumpra a sua missão social. "E da esso derivano, **per la persona giuridica, un obbligo verso lo Stato di attuare la propria finalità; per lo Stato, un diritto corrispondente verso la persona giuridica a tale attuazione. Quell' obbligo riguarda il centro stesso della personalità dell'ente, la sua destinazione. L'ente è obbligato verso lo Stato ad attuare la propria destinazione**". (41) Se o Estado tem direitos contra a autarquia, a esta, também, assistem outros contra êle, segundo o princípio geral de que "jus et obligatio sunt correlata". Há direitos e obrigações recíprocos, que se conjugam para manter o equilíbrio nas relações entre Estado e autarquia. Se esta é obrigada a preencher o fim que lhe foi impôsto, aquêle está adstrito a zelar pela sua execução.

VITTA, apesar de ter sido um dos mais entusiastas defensores da "teoria da origem", reconhece e proclama a importância da "teoria da obrigação do fim", que "è stata il **punto de partenza** per il successivo svolgimento delle dottrine amministrative". (42) Efetivamente, a administração pública assenta, tôda ela, no princípio da prestação dos serviços de interêsse geral, que lhe resumem os fins supremos. Se não fôssem êstes obrigatórios,

(39) FADDA e BENZA, "Diritto delle Pandette de Windscheid", Torino, 1902, vol. I, p. 793.

(40) ROSIN, "Das Recht der oecentlichen Genossenschaft", p. 18; apud OTTO MAYER, "Le droit administratif allemand", Paris, 1906, vol. IV, p. 264, nota. 13.

(41) ORESTE RANELLETTI, "L'organizzazione della amministrazione nello stato italiano", Padova, 1935, p. 79.

(42) CINO VITTA, "Le persone giuridiche pubbliche in Francia ed in Italia", cit., p. 32.

bastante precária seria essa atividade tutelar do Estado. Não vemos, como VITTA, na obrigação do fim, apenas, o “ponto de partida” da “doutrina administrativa”, mas o seu fundamento, os alicerces das funções de organização e proteção estatais. Como compreender um serviço público que não esteja, *ipso jure*, adstrito a cumprir sua finalidade?!

A verdade, porém, é que a “teoria da obrigação do fim”, na essência, não passa de uma modalidade da “teoria do fim”, que os autores especificaram para sua melhor compreensão. . . Como já observamos, não se pode, em Direito Público, admitir um serviço cuja finalidade não seja obrigatória, nem que o poder estatal não disponha de força bastante para compeli-lo a realizar sua destinação pública. Daí deverem, do ponto de vista pragmático, essas duas teorias se aproximar o mais possível, estreitando os vínculos de dependência e subordinação, para que, do seu integramento, resulte mais clara e definida caracterização do fenômeno jurídico que elas procuram explicar.

CAPÍTULO VI

A TEORIA DA ORGANIZAÇÃO E FUNÇÃO DA INSTITUIÇÃO

O poder que organiza o ente autárquico e traça-lhe a função é o mesmo que o cria, fixa-lhe o fim e compele-o a preenchê-lo. Se estas circunstâncias bastam para tornar-lhe pública a personalidade, aquelas que examinaremos neste capítulo não podem deixar, também, de caracterizar-lhe a estatalidade. A organização do ente autárquico é consequência necessária da sua criação, como o estabelecimento de sua função, corolário lógico do fim e da obrigação dêste. Não se pode conceber, em boa razão, um ente criado que não se organize, nem, com fim obrigatório, que não tenha função. O princípio de física de que não há causa sem efeito nem efeito sem causa aplica-se, perfeitamente, ao domínio jurídico-administrativo. Criada uma entidade pública, tem ela por força de organizar-se, como, estabelecidos o fim e a obrigatoriedade dêste, não pode fugir à sua função originária.

Levando em conta essa correlação íntima, foi que DUCROCQ, no século passado, observou: “Il faut donc se borner à dire, en raison de la diversité même des établissements publics, et pour se tenir dans les termes d’une définition exacte et commune à tous, au risque d’être plus large, **que ce sont des établissements doués d’une vie propre, qui font partie intégrante de l’organisation administrative du pays ou qui lui sont étroitement rattachés**”. (43) Considerados “estabelecimentos públicos” os entes autárquicos, como efetivamente o são, é bem de ver que, em verdade, integram a organização administrativa do país por lhe estarem estreitamente ligados. Não só a seus serviços lhes organiza o Estado, como também lhes prescreve as funções. Outorga-lhes, também, o “direito subjetivo de exercer, em seu próprio interesse, algumas funções públicas”, como nota SANTI ROMANO, neste passo: “Senonchè puo darsi il caso lo Stato conferisca ad una persona colletiva, alla quale appartenga un numero più o meno esteso dei suo sudditi, **il diritto subbietivo di esercitare, nell’interesse dell’ente me-**

(43) M. TH. DUCROCQ, “Cours de Droit Administratif”, Paris, 1874, vol. II, pág. 365, nota 1.

desimo, alcune funzioni pubbliche. Quando tale concessione avviene, allora siamo in presenza di quelli che comunemente sogliono denominarsi **corpi autarchici**, dando a quest'espressione il senso attribuitole dalla recente scuola tedesca che fa capo, in special modo, al Laband". (44) É, precisamente, esse direito subjetivo de exercitar funções estatais, de que a autarquia institucional se faz titular, que lhe imprime o cunho de pessoa pública, visto como só a esta, por exceção, é dado o exercício de tais funções, privativas do Estado. Para exercitá-las, convenientemente, há mister seja o ente organizado segundo os princípios do Direito Administrativo, que estabelece as relações da autarquia com o poder público e o processo do seu funcionamento, através dos preceitos contidos em seus estatutos básicos.

OTTO MAYER já notara que essas relações constituem um dos fatores determinantes da personalidade pública da autarquia, conjugadas com a sua organização e condições existenciais. "Ainsi, en dernière analyse, il faut toujours recourir aux conditions de cette existence, à son organisation et à ses rapports avec l'organisation de l'État". (45) De fato, sem considerar esses elementos, não é possível fazer um estudo consciencioso da natureza jurídica da autarquia institucional. A sua organização, que, como vimos, resulta da criação, tanto quanto as suas condições de existência e as relações públicas decorrem do fim, como pressuposto do seu funcionamento, forjam o substrato dessa entidade de Direito Público.

A MASSIMO GIRIODI, no estudo que fez de tais entes, não escapou o aspecto da sua organização e funcionamento, como decisivos na caracterização da sua personalidade jurídica. Assegurou o afamado publicista: "Dovunque vi sono miserie da soccorrere, infermi poveri da curare, fanciulli abbandonati da educare od un altro qualunque interesse collettivo da promuovere o favorire, là può sorgere coll'approvazione del Governo un ente morale, il quale si proponga con determinati mezzi e con una data organizzazione di raggiungere quello scopo di vantaggio generale". (46) Referia-se, precisamente, às instituições de previdência social, que visavam a socorrer os miseráveis, curar os enfermos, educar os menores abandonados e promover, ou favorecer, outro qualquer interesse coletivo. Oriundos de ato governamental, esses "entes morais" propunham-se, com determinados meios e com uma dada organização, preencher aquêles fins de vantagem geral. A organização e a função da entidade, evidentemente, é que lhe asseguravam o cumprimento do fim, caracterizando-lhe, com isso, a personalidade pública, que emanava do poder estatal.

Sustentam, ainda, os mesmos princípios, entre outros, FORTI (47) e GIAQUINTO, (48) estendendo-se em considerações doutrinárias, que não mudam o aspecto da questão.

(44) SANTI ROMANO, "La teoria dei diritti pubblici subbiettivi", in "Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano", de V. E. ORLANDO, Milano, 1900, vol. I, p. 146.

(45) OTTO MAYER, "Le droit administratif allemand", cit., p. 262.

(46) L. MASSIMO GIRIODI, "I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa", in "Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano", de V. E. ORLANDO, cit., vol. I, p. 248.

(47) FORTI, "Amministrazione pubblica e attività economica privata"; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 458, nota 1456.

(48) GIAQUINTO, "La responsabilità degli enti pubblici"; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 458, nota 1461.

Do ligeiro estudo que acabamos de fazer pode-se concluir que a “teoria da organização e função” não constitui, propriamente, uma doutrina autônoma, visto como é mera especialização da “teoria da origem”, tanto quanto a “teoria da obrigação do fim” o é da “teoria do fim”. Na substância, a “teoria da organização e função”, como a “teoria da obrigação do fim”, não passa de uma subteoria. Os seus princípios fundamentais, como vimos, no fundo, são os mesmos daquelas. Apenas os processos de análise e interpretação diferem. Nada impede, contudo, que, para fins doutrinários, de investigação científica, se estudem separadamente as quatro teorias, tal como o fizemos, pois disso só poderão advir reais vantagens para o maior desenvolvimento do estudo sistemático da natureza jurídica dos entes de previdência, o qual, pela primeira vez, se ensaia no Brasil.

CAPÍTULO VII

A TEORIA DO PODER DE IMPÉRIO

É próprio do Estado impor a sua vontade, expressão das necessidades e interesses gerais, a seus súditos, colimando o bem-estar social. Essa faculdade extraordinária é o que se denomina **imperium**. Manifestação da soberania, exercita-a o Estado em nome e a bem do povo. O substrato dêsse poder excepcional é a força posta a serviço do direito. Ao lado dêle e como emanção sua desenvolve-se a **administratio**, poder que organiza, conserva e melhora os serviços públicos.

Autores há que vêem no exercício dêsses dois poderes, embora com intensidade e em âmbito menores, o característico, por excelência, da pessoa pública. Como os entes de previdência social, na realidade, impõem a sua vontade aos segurados, em benefício da coletividade, e promovem a organização, a manutenção e o desenvolvimento dos seus serviços, afirmam que a personalidade das autarquias previdenciais é de Direito Público interno.

LEÓN MICHOU, estudando a natureza jurídica dos estabelecimentos públicos, observava que “ils ont le droit de compléter par des règlements intérieurs l'organisation qui leur est donnée par la loi; le droit de commander à leurs agents; un certain pouvoir de discipline sur les personnes qui usent de leurs services; le droit même d'organiser ces services qui sont, comme ceux des autres personnes de cet ordre, des services publics”. (49) Não há dúvida de que, em tais faculdades, se contêm os poderes de **imperium** e **administratio**, limitados a um certo setor do Estado, mas dotados da mesma essência íntima — a força servindo ao direito. Os regimentos internos que as autarquias de previdência elaboram, como as instruções de serviço, atestam o exercício da **administratio**. O poder punitivo, exercitado contra as emprêsas faltosas, que pretendem fraudar as leis previdenciais, como a autoridade hierárquica, exercida sobre os servidores, demonstram a realidade do **imperium**.

(49) LEÓN MICHOU, “La théorie de la personnalité morale”, Paris, 1909, vol. II, p. 81, n. 213.

GUIDO ZANOBINI considera a “função normativa” um dos fatores essenciais da personalidade pública, manifestada, nas autarquias, através da “faculdade regulamentar”. “Tale particolare estensione, che l'autonomia presenta, permette al legislatore di riconoscere agli enti autonomi **una funzione normativa** al di là delle materie, che possono formare oggetto della **facoltà regulamentare**.” (50) Essa “função normativa”, contida na “faculdade regulamentar”, tão comum nas autarquias de previdência, reveladora, aliás, da sua autonomia administrativa, é um dos elementos do “poder de império”, que se integra com a função repressiva, igualmente, ínsita aos entes autárquicos.

Assim, também, o entende FRANCESCO FERRARA, para quem “são públicos os entes que tenham atribuições públicas e exteriorizem **podêres de império, regulamentares, tributários, de administração e jurisdição**, nos casos sujeitos às suas finalidades”. (51) Não se pode negar às autarquias o exercício de tais podêres, ainda que restrito à esfera de ação previdencial. Aliás, constitui uma das condições básicas da existência dessas entidades, como serviço público. Despidas desses podêres, com muita dificuldade, logriam sobreviver, diante da reação dos contribuintes obrigatórios, que tudo fazem para se manterem alheados aos encargos da previdência social.

Sustentam, entre outros, a teoria do “poder de império” JELLINEK (52) e COVIELLO. (53)

Apesar de ser o **imperium** um fator decisivo da personalidade pública, não é, contudo, exclusivo, nem privativo. Outros, como a origem e o fim estatais, revelam, também, o caráter público da pessoa jurídica. Observava FRANCESCO D'ALESSIO: “La concessione del potere d'imperio non è caratteristica essenziale della persona giuridica pubblica. Il diritto d'imperio o all'esercizio dell'imperio **può costituire prova del concorso degli elementi necessari** perchè una persona giuridica sia pubblica ed quindi un segno esteriore della natura pubblica della persona, **ma non la ragione di essa**”. (54) Efetivamente, pode a pessoa não exercer o “poder de império”, mas desempenhar um serviço público, estando, por isso, incluída entre as autarquias, como administração descentralizada do Estado. A recíproca, porém, não é verdadeira: sendo o ente dotado do “poder de império”, não pode deixar de incluir-se entre as pessoas públicas, mesmo que não preste serviço estatal imediato. A regra é o exercício desse poder pelos órgãos administrativos do Estado. Mas, como toda regra, comporta exceções. A autarquia é uma delas.

GIOVANNI SALEMI entende, também, que o “poder de império” é um dos elementos característicos da personalidade pública, mas não lhe constitui a essência íntima. “Altri si riferiscono all'esistenza della potestà d'imperio presso le persone giuridiche pubbliche, del tutto mancante presso

(50) GUIDO ZANOBINI, “Caratteri particolari dell'autonomia”, in “Studi di Diritto Pubblico in Onore di Oreste Ranalletti”, Padova, 1931, vol. I, p. 204.

(51) FRANCESCO FERRARA, “La Teoria delle persone giuridiche”, Nápolis, 1915, p. 163.

(52) JELLINEK, “System der subiektiven öffentlichen Rechts”, Freiburg, 1902, p. 250.

(53) COVIELLO, “Manuale di Diritto Civile”, Milano, 1912, vol. I, p. 189.

(54) FRANCESCO D'ALESSIO, “La giurisdizione esclusiva degli organi della giustizia amministrativa rispetto agli atti di enti non esercitanti potere d'imperio”, in “Studi di Diritto Pubblico in onore di Oreste Ranalletti”, Padova, 1931, vol. I, p. 192.

quello private. Tale requisito, pero, sebbene notevole, è **più l'effeto della pubblicità, anzi che l'essenza vera della medesima.**" (55) O substrato da pessoa pública está muito mais no *animus*, que lhe dá a razão de ser, que no "poder de império", mero atributo. É o mais notável, não resta dúvida; porém, não pode ser elevado à categoria de "elemento divino". O "poder de império" é efeito da personalidade pública, porém jamais causa. Tôda pessoa que exercita êsse poder é pública, seja estatal, paraestatal ou autárquica. Mas nem tôda pessoa pública exerce-o. É o que nota RANELLETTI: "Onde è che, se è vero che **quando l'ente è munito del potere d'imperio, esso è ente pubblico** perchè solo all'ente pubblico tale potere viene concesso, **è anche vero che esso può mancare senza che l'ente cessi di esser tale**". (56) Tal é a situação dos entes autárquicos de previdência, para os autores que não lhes reconhecem "função normativa", manifestada na faculdade de expedir regimentos, instruções, circulares etc., como para os que, também, lhes negam "função repressiva", contida no seu poder punitório.

Para nós, que reconhecemos atividades legiferante e repressiva, *sensu stricto*, às autarquias previdenciais, o "poder de império", insito a tôdas elas, é a mais expressiva manifestação da estatalidade de sua origem e fim.

CAPÍTULO VIII

A TEORIA DA VIGILÂNCIA E TUTELA

Entes oriundos do Estado e realizando serviços públicos estatais, com organização e fins de govêrno, porque de interêsse geral, é bem de ver que sejam vigiados e tutelados pelo supremo poder político da sociedade. Se o Estado tira de si certos encargos, para atribuí-los a entes que dêle emanam (as autarquias), ou dêle se aproximam (os paraestatais), a fim de que os serviços públicos respectivos melhor se realizem, tem o direito, se não o dever, de manter efetiva vigilância e integral tutela sôbre os seus pupilos. É bem verdade que, como instituidor e responsável pela ordem jurídica e, ainda mais, pela tranqüilidade e bem-estar do povo, de quem é solene delegação, o govêrno exerce, de um modo geral, vigilância e tutela sôbre tôdas as pessoas, físicas e jurídicas, que vivem à sua sombra. Mas, em se tratando de entes autárquicos e paraestatais, que exercitam funções públicas relevantes, essas vigilância e tutela tomam o caráter de um verdadeiro contrôle jurisdiccional.

É o que ensina ORESTE RANELLETTI: "Può, poi, una persona giuridica essere assogetta dallo Stato ad un controllo, vuoi solo di legittimità (vigilanza), vuoi anche di merito (oportunità, convenienza ecc., tutela), **per assicurare nell'un caso e nell'altro che essa raggiunga la sua finalitá, attui la sua destinazione o almeno**, per i compiti facoltativi che essa abbia assunti, agisca come è necessario per la atuazione dei medesimi". (57) São duas as modalidades de contrôle exercido pelo Estado: o de legitimidade, que se

(55) GIOVANNI SALEMI, "Corso di Diritto Amministrativo", Padova, 1939, p. 41.

(56) ORESTE RANELLETTI, "Sentenza 29 maggio 1930 dell'Appello di Milano"; in "Sinossi giuridica", 1930, fasc. 489; apud CRISAFULLI-BUSCEMI, ob. cit., p. 461.

(57) ORESTE RANELLETTI, "L'organizzazione della pubblica amministrazione nella stato italiano", cit., p. 87.

traduz na vigilância, e o de oportunidade e conveniência, na tutela. O primeiro é um controle, por assim dizer, policial, que examina a situação de legalidade do ente, ante os fins institucionais; o segundo é um controle, propriamente, administrativo, que apura as deficiências orgânicas da instituição, para supri-las na devida oportunidade. Basta referir, neste particular, que o Estado se obriga, *ex autoritate suam*, a integrar, quando deficiente, a "quota de previdência", uma das parcelas da renda das CAP e IAP.

Foi por isso que CESARE VALENTI viu muita semelhança entre a vigilância exercida pelas "comunas" (os municípios) sobre os entes que elas administram e a que o Estado exerce contra as autarquias. "La sorveglianza adunque attribuita al commune dalla legge e dalle tavole di fondazione o dagli statuti o regolamenti organici dei vari enti, riguardanti l'utile della generalità degli abitanti, si trova dalla legge stessa troppo bene distinta dall'amministrazione, perchè i mezzi con cui la sorveglianza si esercita (tra cui la disamina dei conti) possano scambiarsi per atti di amministrazione che riducono l'istituzione alla condizione di quella amministrata dal commune." (58) A vigilância que o Estado exerce sobre as entidades de previdência social é tão ampla e profunda, sistemática e efetiva quanto a exercida contra as autarquias territoriais, as províncias e os municípios. Para alguns autores essa vigilância tutelar ascende, nos países latinos, a uma verdadeira intervenção estatal, que se realiza, lenta e progressivamente, em benefício do ente autárquico. Entre nós, então, as medidas intervencionais constituem preceitos de lei, sobretudo depois da outorga da Constituição de 10 de novembro de 1937, que, segundo o entendimento de FRANCISCO CAMPOS, criou, no Brasil, uma "democracia autoritária". (59)

É de ERRICO PRESUTTI este pensamento: "Nei paesi latini l'amministrazione dello Stato **esercita non solo vigilanza e tutela su tali enti** che, come si è detto, vengano elevati alla dignità di pubbliche amministrazione, **ma interviene anche per stenderne, modificarne e coordinarne l'azione**". (60) Essa intervenção, aliás, é a modalidade mais complexa da vigilância e tutela, que reflete a estrutura político-administrativa do Estado em que se manifesta. Num regime liberal clássico, individualista, é óbvio que não vingará; mas, num social-democrata e autoritário, socialista-estatal, evidentemente tomará grandes proporções. O século XX, já observamos, parece fadado a passar a História como o do intervencionismo do Estado. As autarquias de previdência, entre nós, pelo menos, não desmentem o prognóstico.

O controle, caracterizado pela vigilância e a tutela, é, em verdade, um elemento para definir a personalidade do ente que o sofre, porém não se apresenta com exclusividade e privatismo. FRANCESCO D'ALESSIO observou, com toda razão: "**Non consta che esistano enti pubblici non sottoposti almeno alla vigilanza dello Stato**, epperò una tale condizione sarebbe puramente pleonastica. Ma sarebbe ugualmente erroneo sostenere **che l'elemento del controllo valga ad individuare il carattere pubblico degli enti**".

(58) CESARE VALENTI, "La responsabilità degli amministratori e degli impiegati degli enti autarchici territoriali e delle opere pubbliche di beneficenza ed assistenza", Roma, 1927, p. 635.

(59) FRANCISCO CAMPOS, "O Estado Nacional", Rio, 1940, p. 221.

(60) ERRICO PRESUTTI, "Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano", Roma, 1920, vol. II, p. 192.

(61) O mesmo autor, noutro passo, é mais incisivo, sustentando o seu ponto de vista: “Come non vi sono enti pubblici che non sieno assoggettati almeno alla vigilanza dello Stato, così l'elemento del controllo non caratterizza e non differenzia le persone giuridiche pubbliche dalle private. Il controllo può trovarsi stabilito ed esercitato dallo Stato anche su persone giuridiche private”. (62) Nada escapa, na vida social, à vigilância tutelar do poder público, cujo fim é, precisamente, zelar pelos altos interesses do povo, segundo os postulados do Direito. Os súditos de um Estado não passam de pupilos, que se instruem e educam, abraçam profissões e prosperam, sob o jugo protetor do *imperium*. Assim também as pessoas jurídicas privadas, que tudo devem à supervisão tutelar do poder público, que lhes assegura os direitos, protege os interesses e propicia a prosperidade.

Dáí haver UMBERTO BORSI, estudando a natureza jurídica dos consórcios profissionais e econômicos, referido que “onde è possibile rilevare l'esistenza di funzioni pubbliche veramente consorziali, il diritto e il dovere del cui esercizio sotto il controllo dello Stato appartengono all'ente consorzio, ed è in conseguenza da ammettere la personalità pubblica del medesimo”. (63) Adotam, também, êsse critério, subordinando o caráter público da pessoa jurídica à vigilância e tutela que o Estado exerce sobre ela, entre outros CAMMEO (64) e FASSA. (65)

A “teoria da vigilância e tutela”, também denominada de “contrôle”, como se vê, não é, no fundo, senão modalidade das teorias da “origem” e do “fim” do ente, tanto quanto o são as que examinamos nos capítulos anteriores. Essas duas, ao contrário, apresentam-se autônomas e fundamentais e estão para as autarquias como o *animus* e o *corpus* para as coisas. A “teoria da origem” explica o “elemento divino” dos entes de previdência social, como a “teoria do fim”, o que “procura e deseja”, o elemento humano. Bastariam, por si só, para esclarecer o estudioso, não fôsse a curiosidade científica, que anima e orienta a investigação doutrinária, a quem, aliás, tudo deve a ciência do Direito, impelindo o pesquisador a maiores indagações.

CAPÍTULO IX

AS AUTARQUIAS NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS

A socialização progressiva, democrática e parlamentar que o 1º após-guerra (1918—1938) impôs ao mundo cristão somente repercutiu no Brasil depois do Movimento de 1930, que encaminhou o País para novos rumos políticos, econômicos e sociais.

Essa socialização começou afetando determinados serviços públicos, até então sob forma precária, como a Previdência Social, e outros, sem defi-

(61) FRANCESCO D'ALESSIO, “La giurisdizione esclusiva degli organi della giustizia amministrativa rispetto agli atti di enti non esercitanti potere d'imperio”, in “Studi di Diritto Pubblico in onore di Oreste Ranelletti”, cit., p. 204.

(62) Ibidem, ibidem.

(63) UMBERTO BORSI, “La determinazione degli enti autarchici territoriali nell'odierno diritto italiano”, in “Studi di Diritto Pubblico in onore di Oreste Ranelletti”, cit., p. 86

(64) CAMMEO, “Giurisprudenza italiana”, Torino, 1909, vol. III, p. 448.

(65) FASSA, “Giurisprudenza italiana”, Torino, 1928, vol. IX, p. 1169.

nição jurídica perfeitamente caracterizada, quais as Caixas Econômicas. Criaram-se serviços específicos, entretantes, para disciplinar as atividades profissionais, como a Ordem dos Advogados e o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, e regular a produção e o consumo de certos produtos, tais os Institutos do Açúcar e do Alcool, do Mate e do Pinho.

Saíram a campo, desde logo, os primeiros teóricos dos órgãos para-estatais, doutrinando à semelhança dos franceses e italianos, como HAU-RIOU e JEZE, SANTI ROMANO e FERRARA. Entre eles encontramos TITO PRATES DA FONSECA, Professor em São Paulo, com o seu ensaio pioneiro "Autarquias administrativas", publicado em 1935, no qual, após o exame das teorias em voga, conclui que "as autarquias administrativas são pessoas jurídicas de direito público; são descentralizações da administração geral" (pág. 69), ⁽⁶⁶⁾ quando reinava, entre nós, a êsse tempo, viva controvérsia a respeito. Basta lembrar que OLIVEIRA VIANA, então Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, entendia que as Caixas de Aposentadoria e Pensões não passavam de "estabelecimentos de utilidade pública" e, conseqüentemente, "pessoas de direito privado" (in "Boletim do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio", nº 6, de fevereiro de 1935, págs. 119/136). ⁽⁶⁷⁾ Todavia, foi vitoriosa a tese **publicística** de TITO PRATES, para quem as Caixas de Aposentadoria e Pensões eram, igualmente, estabelecimentos públicos, porque "descentralizações da administração geral" e dotadas de "personalidade pública". A partir daí, não houve mais dúvida séria, digna de registro, acêrca da natureza jurídica dessas entidades e de outras, como o Instituto do Café, a Ordem dos Advogados e as Caixas Econômicas, tôdas consideradas "serviços públicos autônomos" com "personalidade pública".

Nos primeiros anos de 40, ERYMÁ CARNEIRO divulga os seus estudos sôbre as "autarquias", fixando, com muita exatidão, o caráter público dessas entidades, nos seguintes têrmos: "Tôda vez que uma entidade exercer funções que só pelas pessoas de direito público podem ser exercidas, teremos uma autarquia. Tôda vez que uma entidade exercer a administração de um patrimônio pertencente ao Estado, ou desmembrado do patrimônio público, para um fim especial, teremos uma autarquia. Tôda vez que o Estado atribuir personalidade própria a um serviço público, teremos uma autarquia" (in "As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Nacional", DIP, Rio, 1944, págs. 42/43). ⁽⁶⁸⁾ Realmente, estão aí as características por excelência das entidades autárquicas: **a)** o exercício de "funções públicas"; **b)** a administração de um "patrimônio estatal ou paraestatal", com fim especial; **c)** a atribuição pelo Estado de "personalidade própria" a um serviço público. Por "funções públicas", devemos entender aquelas que dizem respeito aos "serviços públicos", que são aquêles peculiares ao Estado ou por êle delegados, como a previdência e assistência, a atividade econômica ou creditícia, o contrôle do exercício das profissões e as atividades industriais ou culturais, em face da crescente intervenção estatal nesses domínios.

(66) TITO PRATES DA FONSECA, "Autarquias administrativas", Saraiva & Cia., S. Paulo, 1935, p. 69.

(67) OLIVEIRA VIANA, "Parecer", in *Boletim do MTIC*, nº 6, fevereiro de 1935, p. 119-136.

(68) ERYMÁ CARNEIRO, "As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Nacional", DIP, Rio, 1944, p. 42-43.

Por “patrimônio estatal ou paraestatal”, compreendemos o patrimônio (**universitas bonorum**) do Estado ou de entidades por êle mantidas, quais as antigas autarquias industriais (Lóide Brasileiro, Estrada de Ferro Central do Brasil, Administração do Pôrto etc.). Por “personalidade própria”, julgamos a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, como verdadeira pessoa jurídica.

Pronunciamentos de OSCAR SARAIVA e G. A. FARIA BATISTA vieram reforçar a posição **publicística**, que nós perfilhamos desde 1943, ao escrever o ensaio “A natureza jurídica dos Institutos de Previdência”, que obteve do Instituto de Direito Social de São Paulo o “Prêmio Tito Prates da Fonseca”, conferido em dezembro de 1944 (veja “Arquivos do Instituto de Direito Social”, Vol. 5, nº 2). Enumeramos como “elementos essenciais” das “instituições autárquicas de previdência” os seguintes: **a)** serviço estatal; **b)** serviço descentralizado; **c)** personalidade pública; **d)** outorga, expressa ou tácita, da personalidade. ⁽⁶⁹⁾ Serviço estatal e descentralizado era o mesmo “serviço público” de que falava ERYMÁ CARNEIRO, e personalidade pública, com outorga expressa ou tácita, a “personalidade própria”, atribuída pelo Estado, por êle referida, tanto quanto lembravam as “pessoas jurídicas de direito público” e as “descentralizações da administração geral”, na linguagem de TITO PRATES. Perfeita uniformidade conceitual, revelando o vigor da doutrina **publicística**, já então plenamente vitoriosa.

Rememoremos A. NOGUEIRA DE SA, em seu ensaio “Do contrôle administrativo sôbre as autarquias”, publicado em 1952, reafirmando que “a entidade autárquica é titular de uma função pública, exerce poderes de administração não sômente em nome e interêsse próprio, mas também no do Estado, interêsse raramente patrimonial e nunca, em linha direta, de especulação” (pág. 46), ⁽⁷⁰⁾ e, mais adiante, que “a autarquia é um serviço público personalizado, e personalizado, precisamente, para que assim se possa (razão de ordem técnica) mais eficientemente promover a consecução do bem coletivo” (pág. 55). ⁽⁷¹⁾ No mesmo sentido, A. B. COTRIM NETO, em seu recente “Direito Administrativo da Autarquia”, divulgado em 1966, no qual o autor, demonstrando acentuada influência das doutrinas alemã e italiana, assevera que “a autarquia é uma forma específica de capacidade de direito público, capacidade de reger os seus próprios interêsses, os quais corresponderão à prestação de um serviço público” (pág. 219, nº 12). ⁽⁷²⁾ É óbvio que a “capacidade de direito público” pressupõe personalidade pública, e a “regência de seus próprios interêsses”, autonomia administrativa e financeira, que, juntamente com a “prestação de um serviço público”, integra as características fundamentais das entidades autárquicas.

Sendo desnecessário invocar as lições dos cultores atuais do nosso direito administrativo — como THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, SEABRA FAGUNDES, HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO e CRETELLA JU-

(69) PAULINO JACQUES, “A natureza jurídica dos Institutos de Previdência”, IDS, S. Paulo, 1945, p. 145.

(70) A. NOGUEIRA DE SA, “Do contrôle administrativo sôbre as autarquias”, BEJ, S. Paulo, 1952, p. 46.

(71) *Ibidem*, p. 55.

(72) A. B. COTRIM NETO, “Direito Administrativo da Autarquia”, Freitas Bastos, Rio, 1966, p. 219, nº 12.

NIOR —, por estarem todos de acôrdo neste particular da personalidade pública das autarquias e do serviço público que elas realizam, passemos ao exame perfuntório da legislação brasileira atinente ao assunto.

O primeiro ato normativo que procurou conceituar a autarquia foi o Decreto-Lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, que dispunha sôbre “imunidade tributária”, e cujo art. 2º prescrevia: “Considera-se autarquia, para efeito dêste Decreto-Lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. Era a consagração da doutrina de TITO PRATES e ERYMÁ CARNEIRO, com a inclusão no conceito legal de “autarquia” dos elementos fundamentais dessa entidade — serviço público, descentralização institucional e personalidade jurídica pública.

Tempo depois, a Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, tornou a conceituar a “autarquia”, aliás introduzindo dois elementos novos, o “orçamento próprio” e os “tributos”, como se infere do prescrito no seu art. 139, que assim rezava: “Consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estável descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; b) as demais pessoas jurídicas, especialmente instituídas por lei, para execução de serviços de interêsse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro”. As instituições de previdência e assistência social, como os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensões, o Serviço de Alimentação da Previdência Social e a Legião Brasileira de Assistência, formavam a sua receita com contribuições também do Estado (Lei nº 159, de 30-12-1935, art. 4º; Decreto-Lei nº 4.830, de 15-10-1942, art. 2º, alínea c, etc.), e, por essa razão, consideravam-se “entidades autárquicas” — o que permanece, apesar das modificações introduzidas nessas instituições.

Por fim, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sôbre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, refundiu o conceito de “autarquia”, reunindo todos os elementos anteriormente fixados, e com o que parece haver conceituado de forma cabal êsse serviço público descentralizado. O art. 5º, item I, do referido Decreto-Lei nº 200 considera “autarquia o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para exercer atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Realmente, figuram aí os elementos constitutivos da “autarquia”, a saber: a) serviço autônomo; b) criado por lei; c) com personalidade jurídica; d) patrimônio e receita próprios; e) para executar atividades típicas da administração pública; f) gestão administrativa e financeira descentralizada. Certo, o serviço autônomo pressupõe patrimônio e receita próprios, tanto quanto gestão administrativa e financeira descentralizada; da mesma forma que o serviço autônomo (público) há de ser criado por lei e dotado de personalidade jurídica (pública), cabendo-lhe executar atividades típicas da administração pública, pois, do contrário, perderia o caráter paraestatal, que lhe é peculiar.

Essa conceituação enquadra-se perfeitamente na **eidética** desenvolvida na I Parte deste ensaio, razão por que apresenta embasamento sólido, que a faz respeitável. Segundo a “teoria da origem da instituição” (veja o Capítulo III) — as entidades públicas, como as autarquias, hão de ser criações do Estado, que o faz através de lei; a “teoria do fim da instituição” (veja o Cap. IV) — terão fim público, que se revela no serviço a prestar, que interessa à coletividade; a “teoria da obrigatoriedade do fim da instituição” (veja o Cap. V) — estarão adstritas a realizar os seus propósitos de serviço público, sob pena de falharem à sua finalidade; a “teoria da organização e função da instituição” (veja o Cap. VI) — serão organizadas pelo Estado, ou sua delegação, que tornará efetiva a sua função pública; a “teoria do poder de império” (veja o Cap. VII) — ficarão dotadas com o poder normativo mitigado (poder regimental) e poder disciplinar (repressivo de infrações); e a “teoria da vigilância e da tutela” (veja o Cap. VIII) — vincular-se-ão ao Estado por meio da supervisão por êle exercida, sob a forma de vigilância (verificação da legitimidade) e de tutela (oportunidade e conveniência).

Criação, organização e função do Estado, com fins públicos obrigatórios, dotadas com o poder de império, sob a vigilância e a tutela estatais — como acontece, em geral, com as nossas autarquias, enquanto tais, sejam de previdência e assistência (INPS e IPASE), ou de crédito (as antigas Caixas Econômicas e Bancos do Estado), sejam profissionais (OAB e CFEA), ou culturais (as antigas Universidades) — não há como deixar de reconhecer e proclamar a legitimidade **eidética** e pragmática de sua conceituação, independentemente de maiores indagações normativas, incompatíveis com o presente ensaio, que é precipuamente doutrinário.

Não obstante, em face do desvirtuamento da boa doutrina por pressão pragmática, não espanta que, amanhã, sejam também as autarquias consideradas pessoas jurídicas de direito **privado**, como aconteceu com as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, de que cuidamos nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO X

AS EMPRESAS PÚBLICAS NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS

Com origem semelhante à das autarquias — processo de socialização progressiva, democrática e parlamentar, que se propagou no mundo cristão após a primeira Guerra Mundial (1914/1918) e repercutiu no Brasil com o Movimento de 1930 —, as empresas públicas visam a fins análogos. Atividades tradicionalmente privadas, como a siderurgia, o petróleo e a eletricidade, passam para o domínio do Estado, que pretende melhor organizá-las e explorá-las para o bem da coletividade.

Fazendo o histórico dessas empresas, CAIO TÁCITO observa que ingressaram “na vida econômica do País com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, e a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942. A essas se seguiram a Companhia Nacional de Alcalis, em 1943, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e

a Fábrica Nacional de Motores, em 1946", (73) e que, mais tarde, "o Parlamento aprova diversas leis instituindo novas empresas públicas, no plano federal... destacam-se, pela sua importância na economia do País, a Petróleo Brasileiro S.A., conhecida pela sigla PETROBRAS (1953), empresa estatal de monopólio da exploração do petróleo e derivados, a Rede Ferroviária Federal S.A. (1957), que reúne todas as ferrovias da União, e a ELETROBRAS — Centrais Elétricas Brasileiras — (1961), empresa holding do sistema federal de eletricidade". (74) Nota, ainda, o mesmo autor, que "o trabalho de construção da nova capital do Brasil foi confiado a uma empresa pública, especialmente criada para esse fim, sob a forma de sociedade anônima, cujo capital foi totalmente subscrito pela União: a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil — NOVACAP — (1956). (75) Saliência, ainda, o mesmo autor que "sua instituição depende de prévia autorização legislativa, porque envolve a aplicação de recursos públicos e significa a execução de uma determinada incumbência do Estado... adquirem personalidade jurídica na conformidade da lei mercantil... possuem patrimônio próprio e dele podem dispor livremente, como qualquer sociedade mercantil". (76) Sendo a sua origem e fins estatais, porque criadas pelo Estado para prestarem serviço público *lato sensu*, possuem patrimônio próprio e dele podem dispor livremente, mas, não escapando à vigilância e à tutela do Estado, a sua personalidade, só por ficção, há de ser privada. Demais, "motivos pragmáticos" — acentua CAIO TÁCITO — levaram o legislador a preferir "a flexibilidade da sociedade comercial", que permite "melhor execução da tarefa administrativa" por parte da empresa pública. (77)

ARNOLDO WALD enumera as seguintes características das empresas públicas: "a) possuem a qualidade de comerciante; b) são sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas; c) têm patrimônio autônomo; d) os litígios em que são partes pertencem à competência da jurisdição ordinária; e) os contratos firmados por estas empresas são submetidos ao direito privado; f) adotam a forma das sociedades comerciais comuns; g) a propriedade, direção e administração das empresas públicas são exclusivamente governamentais; h) têm personalidade jurídica de direito privado; i) as suas relações com o pessoal se regem não pelas normas de direito administrativo, mas pelo direito trabalhista". (78) Não nos parece que WALD tenha sido feliz nessa enumeração, porque inclui três características — qualidade de comerciante, contratos submetidos ao direito privado e adoção da forma das sociedades comerciais comuns — que nem todas as empresas públicas apresentam de modo iniludível. A chamada "sociedade pública de um só membro", que BILAC PINTO foi encontrar no direito alemão, (79) mas que cons-

(73) CAIO TÁCITO, "As empresas públicas no Brasil", in "Revista de Direito Administrativo", vol. 84, abril-junho de 1966, p. 432/s.

(74) *Ibidem*.

(75) *Ib.*

(76) *Ib.*

(77) CAIO TÁCITO, "Sociedades comerciais e fundações do Estado", in "Revista Forense", vol. 205, 1964, p. 417.

(78) ARNOLDO WALD, "As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado", in *Revista Forense*, vol. 152, 1954, p. 510/s.

(79) BILAC PINTO, "O declínio das sociedades de economia mista e advento das modernas empresas públicas", in "Revista de Direito Administrativo", n.º 32, 1953, p. 14.

titui, na realidade, *contradictio in terminis*, visto como a **sociedade** pressupõe **mais de um membro**, a fim de que seja possível **associação**, semelha a nossa atual “**empresa pública**”, quando o Estado é o único acionista e de cujo serviço fica “**excluída a finalidade lucrativa**”, qual observa ALMEIDA PAIVA. ⁽⁸⁰⁾ A recente Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em que se transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos, órgão do Ministério das Comunicações (Decreto-Lei nº 500, de 20-3-1969), é um exemplo de “**empresa pública**” que não possui a qualidade de comerciante, nem os seus contratos estão submetidos ao direito privado, nem adota a forma das sociedades comerciais comuns. Em situação semelhante encontra-se o SERPRO (Serviço Federal de Processamento de Dados), criado pela Lei n.º 4.516, de 1.º de dezembro de 1964, também “**empresa pública**”, porém “**não reveste, como a ECT, qualquer das formas do direito comercial**”, na observação exata de HOMERO SENNA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO. ⁽⁸¹⁾

Isso revela o excessivo pragmatismo que inspirou o nosso legislador ao constituir essas novas entidades paraestatais como as empresas públicas, quer com um só acionista (o Estado), quer com mais de um (as autarquias), cuja estrutura e funcionamento nem sempre se harmonizam com os princípios doutrinários, que devem informar tôdas as criações no Estado de direito. Aliás, o insuspeito FRANCISCO CAMPOS, falando das sociedades de economia mista, já notara que “os homens de govêrno pretendem distinguir entre os ônus e as vantagens, aceitando estas e repudiando aquêles”, do que decorre “um critério seletivo de caráter absolutamente arbitrário”, ⁽⁸²⁾ e a tal ponto que levou LEOPOLDO BRAGA a sustentar que, “para saber se, em determinada entidade, há pessoa pública ou pessoa privada, é nada mais nada menos do que considerar a **vontade do Estado (sic)** contemporânea do ato criador da mesma entidade”. ⁽⁸³⁾ Acontece que num regime de legalidade, qual aquêle em que vive o Estado de direito, êste atua na conformidade dos princípios jurídicos, que lhe informam a atividade legítima — não sendo possível admitir que a sua vontade se exerça de modo “**absolutamente arbitrário**”, para estabelecer que o público é privado, e o privado, público, contra a razão e a realidade. Por isso, pareceu a COTRIM NETO que “**existe quase universal entendimento de que sob o título empresa pública, se podem agasalhar quaisquer modalidades empresariais de que o Estado participe em conjunto com outras entidades públicas ou privadas**” ⁽⁸⁴⁾ como se a **eidética**, que anima e legitima as instituições jurídicas, pudesse ser substituída pela pragmática, que apenas lhes assegura orgânica e funcionalidade.

(80) ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, in *Revista Forense*, vol. 192, 1960, p. 33/s.

(81) HOMERO SENNA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO, “Fundações do Direito e na Administração”, FGV, Rio, 1970, p. 48.

(82) FRANCISCO CAMPOS, “Sociedade de economia mista”, in “*Revista de Direito Administrativo*”, vol. 72, 1963, p. 388.

(83) LEOPOLDO BRAGA, “Sociedades de economia mista. Natureza, personalidade jurídica e regime tributário”, in “*Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*”, vol. 12, 1964, p. 200.

(84) A. B. COTRIM NETO, *ob. cit.*, 100.

SUDÁ DE ANDRADE, em breve ensaio que escreveu em 1969, salientou, acertadamente, que “a empresa pública é a organização pertencente ao Estado, que, com certa autarquia (autonomia) financeira, tem por objeto a produção de bens econômicos, coisas ou serviços”;⁽⁸⁵⁾ mas deixou de caracterizar a natureza da personalidade da empresa, que, sendo pública, só pode ser dotada de personalidade pública, obviamente. E notou, com procedência, que “o pior é que as leis, neste particular, são feitas sem qualquer plano ou orientação, de modo a formar uma barafunda tão inextrincável, que difícil é saber quando o governo quer regular o meio econômico ou o meio financeiro”⁽⁸⁶⁾ — confusão essa que também ocorre no âmbito jurídico.

O conceito legal de “empresa pública” vamos encontrá-lo no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a que já nos referimos no Cap. IX, e cujo art. 5.º, item II, considerava “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para desempenhar atividade de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Eram, assim, os seguintes os requisitos legais da “empresa pública”: a) personalidade jurídica de direito privado; b) patrimônio próprio; c) capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta; d) criadas por lei; e) desempenho de atividade de natureza empresarial, ditada por motivo de conveniência ou contingência administrativa; f) forma admitida em direito. A verdade é que o fato de deverem as “empresas públicas” ser criadas por lei, com capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, e ficarem adstritas à “supervisão ministerial” ampla e profunda, que vai desde a “indicação ou nomeação pelo Ministro de Estado dos dirigentes da entidade” até a “intervenção por motivo de interesse público” (art. 26, parágrafo único, alíneas a usque i, do Decreto-Lei nº 200 cit.) — só por ficção, ou por excessivo pragmatismo, será **privada** a sua personalidade jurídica. Realmente, a origem e o patrimônio estatais, bem assim a vigilância e a quase tutela que o Estado exerce sobre essas empresas, levam a dotá-las de personalidade **pública**, segundo as doutrinas examinadas nos Caps. III (a “origem da instituição”) e VIII (a “vigilância e a tutela”). O pragmatismo na administração pública, fruto de exagerado tecnologismo, está afastando os serviços públicos, cada vez mais, de sua verdadeira fonte de legitimidade, que é a **eidética** jurídica.

O Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, que alterou disposições do Decreto-Lei n.º 200 cit., manteve a orientação pragmática acima mencionada, ao dar nova redação ao art. 5.º, item II, nestes termos: “Empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e **capital exclusivo da União**, criada por lei para a exploração de **atividade econômica**, que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, po-

(85) SUDÁ DE ANDRADE, “Teoria da empresa pública”, Konfino, Rio, 1960, p. 58.

(86) *Ib.*, p. 69.

dendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. As alterações feitas, embora não tenham modificado a orientação pragmática, vieram reforçar a nossa tese da personalidade pública dessas entidades, porque o seu capital é “exclusivo da União”, e jamais “de suas entidades de administração indireta”, como admitia o Decreto-Lei n.º 200 cit., e a exploração, de “atividade econômica”, tão-somente, e nunca de “natureza empresarial”, antes facultada.

Foi a Constituição de 1967 que acentuou a **privatização** das “empresas públicas”, quando prescreveu que elas “se regeriam pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações” (art. 163, § 2º), e, ainda, “a empresa pública que explorar atividade não monopolizada pelo Estado ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas” (§ 3º). A Constituição de 1969 reproduziu as duas normas, **verbo ad verbum** (art. 170, §§ 2º e 3º) — revelando a tendência **privatizadora**, o que vale dizer, **individualista**, da sua concepção econômica do convívio social, como reação à inclinação **publicística**, o que importa dizer, **socializante**, que data das Constituições de 1934, 1937 e 1946, frutos do Movimento de 1930.

Contudo, o legislador ordinário tem hesitado quando cuida da personalidade jurídica da “empresa pública”; ora, declara-a pública, como no caso da EMBRATUR (Empresa Brasileira de Turismo); ora privada, no da CEF (Caixa Econômica Federal); ora silencia, no da NOVACAP (Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil), entre outras hipóteses. Assim, o Decreto-Lei n.º 55, de 18 de novembro de 1966, que criou a Empresa Brasileira de Turismo (EMBRATUR), “vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio, com natureza de empresa pública e a finalidade de incrementar o desenvolvimento da indústria de turismo e executar no âmbito nacional as diretrizes que lhe forem traçadas pelo Governo” (art. 11), foi claro e categórico, ao declarar que “a EMBRATUR terá personalidade jurídica de **direito público**, patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira” (§ 1.º do art. 11) — com o que seguiu a boa doutrina. Precisamente o contrário sucedeu com o Decreto n.º 66.303, de 6 de março de 1970, que constituiu a empresa pública Caixa Econômica Federal (CEF), cujo Estatuto foi expedido pelo Ministro da Fazenda e aprovado por decreto do Presidente da República (art. 2º), e os membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, nomeados por essa autoridade, com retribuição também por ela fixada (arts. 3º e 4º) — o que não impediu que, no Cap. I do mencionado Estatuto, fôsse declarado que “a CEF é dotada de personalidade jurídica de direito privado” (n.º 1.2). E, ainda mais, que, “como instituição integrante do sistema financeiro nacional e órgão auxiliar de execução da política de crédito do Governo Federal, a CEF estará sujeita às normas gerais, às decisões e à disciplina normativa estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional e à fiscalização do Banco Central do Brasil” (n.º 1.3), e que “o capital inicial da CEF, de NCr\$ 353.000.000,00 (trezentos e cinquenta e três milhões de cruzeiros novos), pertence integralmente à União, conforme despacho exarado pelo Ministro da Fazenda no Processo n.º 124.498/69” (n.º 3.1). Sendo tudo estatal nessa entidade — origem, fim, organização e função, inclusive a vigilância e a tutela, com capital pertencendo

cente à União —, já agora, não por simples ficção ou excessivo pragmatismo, pode ser considerada “pessoa privada”, porém, por gritante **aberratio juris**, se não verdadeira heresia jurídica. Tal não aconteceu, entretanto, com a Lei n.º 2.874, de 19 de setembro de 1956, que constituiu a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP), deixando, prudentemente, de referir a natureza da personalidade jurídica da empresa, se privada ou pública. No entanto, constituída pelo Poder Executivo (art. 2.º), com fim público (art. 3.º), administração e fiscalização estatais (art. 12), capital estatal ou paraestatal (arts. 10 e 26) e com o excepcional “direito de promover desapropriações” (art. 15), verdadeiro “poder de império” — não pode deixar de ser “empresa pública” típica, dotada de personalidade jurídica pública, a menos que a pragmática haja envolvido por completo a **eidética**, desnaturando a juridicidade.

Outras “empresas públicas”, como a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS) — Lei n.º 3.890-A, de 25 de abril de 1961 — e a Companhia de Navegação Lóide Brasileiro — Decreto-Lei n.º 67, de 21 de novembro de 1966 —, encontram-se em igual situação, devendo ser dotadas de personalidade jurídica de direito público, a fim de que ajustem a sua pragmática estrutural à **eidética** informadora que as legitima juridicamente.

A situação da ELETROBRÁS, outrossim, é **sui generis**. Tem ela cerca de 35 empresas “subsidiárias”, verdadeiros satélites empresariais, que giram em torno dela, mas cada qual com a sua personalidade jurídica e o seu patrimônio. ⁽⁸⁷⁾ A participação acionária da ELETROBRÁS nas empresas “subsidiárias” oscila entre 99% e 1%, aproximadamente, sendo **majoritária** em perto de 16 empresas e **minoritária** em cerca de 19. Na CHESF (Companhia Hidroelétrica de São Francisco), por exemplo, a ELETROBRÁS possui 99,45% das ações, ao passo que na CEMAR (Centrais Elétricas do Maranhão), apenas 1,77%. ⁽⁸⁸⁾ Todas as “subsidiárias”, porém, “tratam-se de sociedades de economia mista” — qual observa CARVALHO BRITTO DAVIS —, ⁽⁸⁹⁾ embora integrem a **holding** ELETROBRÁS. É um bifrontismo singular, porque, enquanto esta, a empresa mestra, apresenta personalidade pública — como acima demonstramos —, os seus satélites podem oferecer personalidade pública ou privada, conforme o grau de interêsse e da vontade estatais nelas existentes.

É de notar, por fim, que a Constituição de 1967, ao restabelecer a justiça federal de 1.ª instância, seguindo a orientação do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, atribuiu aos Juizes federais “processar e julgar, em primeira instância, as causas em que a União, entidade autárquica ou **empresa pública federal** fôr interessada na condição de autora, ré, assistente ou opoente” (art. 119, item I) — dispositivo êsse reproduzido na Constituição de 1969, art. 125, item I —, o que revela o interêsse do Estado na solução dos dissídios em que estejam envolvidas entidades por êle criadas para realizar fins públicos. Aliás, a Constituição de 1969 deu ênfase ao assunto, quando estatuiu que “os litígios decorrentes das rela-

(87) M. T. DE CARVALHO BRITTO DAVIS, “Tratado das sociedades de economia mista”, Konfino, Rio, 1969, vol. II, p. 865/s, n.º 357.4.

(88) M. T. DE CARVALHO BRITTO DAVIS, ob. e vol. cit., p. 869.

(89) *Ib.*, p. 867.

ções de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as **empresas públicas federais**, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os Juizes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos” (art. 110). Se o legislador constituinte considerasse a empresa pública federal entidade privada, dotada de personalidade jurídica de direito privado, deixaria êsses litígios com a Justiça do Trabalho, nos precisos termos do art. 142 da Constituição.

CAPÍTULO XI

AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NA DOUTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS

Conhecidas na Holanda desde o começo do século XVII, de que é exemplo a célebre Companhia das Índias Orientais (1602), e no Brasil, a partir do início do século XIX, com o Banco do Brasil (1808) — proliferaram, entre nós, depois de 1940, quando se criaram o Instituto de Resseguros do Brasil, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e outras congêneres.

ERYMÁ CARNEIRO, na sua monografia precursora desses estudos em nosso País, observava, na década de 1940, que “a sociedade de economia mista pode ser assinalada como a forma pela qual o Estado participa financeira ou administrativamente, ou de ambas as formas, em sociedades organizadas como empresas privadas, quer por um imperativo social, quer em virtude de conveniência dos serviços industriais da **azienda pública**. Ela obedece, em suas linhas mestras, às normas que presidem a formação das demais entidades mercantis, mas são sempre de origem estatal, decorrem de um ato legislativo que as constitui, fixando-lhes preceitos especiais. Assim sendo, ela se situa dentro das normas do direito privado, salvo naquilo que deixa de ser atividade meramente administrativa e repercute no interesse nacional... Na sociedade de economia mista há, pois, uma estrutura privada e uma superestrutura pública”.⁽⁹⁰⁾ Estavam aí enumerados os requisitos essenciais da sociedade de economia mista: **a)** origem estatal, através de ato legislativo próprio; **b)** participação financeira ou administrativa do Estado na atividade econômica privada; **c)** realização de serviços industriais da Fazenda Pública; **d)** forma estrutural das empresas mercantis (privadas), mas com superestrutura pública. Faltou, apenas, definir a natureza da personalidade jurídica dessas entidades, se pública ou privada — o que não fez, obviamente, por se tratar de empresas recentes, ainda não convenientemente caracterizadas.

Não tardou a controvérsia acerca da natureza jurídica das sociedades de economia mista, bem como sobre o seu declínio e a sua expansão. BILAC PINTO, em conferência que pronunciou em 1952, sustentou “o declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”. E isto porque “em uma empresa de economia mista os fins

(90) ERYMÁ CARNEIRO, “As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Nacional” cit., p. 97-98.

visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; êles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal; êle quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou o dos utentes; êle se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados um conflito irredutível, no qual um dêles será inevitavelmente a vítima". (91) O autor colocou a questão nos devidos termos de política econômica — capitalismo individual *versus* capitalismo estatal, expressão da famosa fórmula de HERBERT SPENCER, "o indivíduo contra o Estado" —, política essa que embasa a formalística jurídica. Demais, o crescimento cada vez maior da esfera de ação do Estado, oriundo do processo democrático e cristão de socialização progressiva do Direito — que assinalamos em capítulos anteriores —, autoriza, sem dúvida, a admitir a propagação da "empresa pública" em detrimento da "sociedade de economia mista", uma vez que aquela atende melhor que esta aos superiores interesses da coletividade. Quanto ao conceito de "sociedade de economia mista", BILAC PINTO observou que "as características dominantes da sociedade de economia mista são as seguintes: a) é organizada sob a forma de sociedade comercial; b) rege-se, principalmente, pelo direito privado; c) o Poder Público e os particulares dela participam como acionistas e como administradores". (92) E, no que diz respeito à "empresa pública", assim lhe resumiu as características: "a) adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedade por ações, sociedade de responsabilidade limitada), ou recebe do legislador estruturação específica; b) a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais; c) tem personalidade jurídica de direito privado". (93) Conclui-se, daí, que BILAC PINTO distingue a "sociedade de economia mista" da "empresa pública" apenas em dois pontos: a) na sociedade, o Poder Público somente participa como acionista e administrador, e na empresa, absorve tudo, patrimônio e direção; b) na sociedade, o regime estrutural é o do direito privado (comercial), e na empresa, nem sempre isso ocorre, podendo ser o do direito público (administrativo). Ambas as entidades, entretanto, são dotadas — segundo BILAC PINTO — de personalidade jurídica de direito privado, o que, *data venia*, não nos parece certo.

Entrementes, PONTES DE MIRANDA admitia vários tipos de sociedade de economia mista, tendo em vista "o grau de participação estatal", (94) e WALDEMAR FERREIRA asseverava que "nem tôdas as sociedades de economia mista têm caráter público, obedecendo, principalmente, às normas da sociedade anônima no verdadeiro sentido", (95) o que revelava repercussão da controvérsia reinante na Alemanha, com PASSOW, ZWAHLEN

(91) BILAC PINTO, "O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas", in "Revista de Direito Administrativo", vol. 32, 1953, p. 5.

(92) *Ib.*, p. 4.

(93) *Ib.*, p. 14.

(94) PONTES DE MIRANDA, F. C., "Sociedade de economia mista. Autarquia. Fábrica Nacional de Motores. Emissão de debêntures", in "Revista de Direito Administrativo", vol. 29, 1952, p. 461.

(95) WALDEMAR FERREIRA, "A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo", Limonad, S. Paulo, 1956, p. 101.

e FORSTHOFF, ⁽⁹⁶⁾ e na França, com VENTENAT, RACINE e RIVERO, ⁽⁹⁷⁾ acentuando, ainda mais, a discussão entre nós.

WALDEMAR FERREIRA chegou a dizer da sociedade de economia mista que “ela, de pessoa de direito privado, só tem o gesto e o peito”, porque “no mais, e por tudo, ela tem o ânimo e a alma, se é que a tem, de pessoa jurídica de direito público interno”. ⁽⁹⁸⁾ Aliás, êsse conceito escuda-se nas teorias da origem e da função estatais, sem menosprezar as da vigilância e da tutela — fatos que ocorrem na estrutura e no funcionamento da sociedade de economia mista, dotada de ânimo e alma, que se manifestam na sua personalidade e na vontade de realizar os fins associativos. E FRANCISCO CAMPOS, que “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 economia e do direito privado para o plano da economia e do direito público”. ⁽⁹⁹⁾ A presença permanente do Estado numa empresa, como participante do capital social e da sua gestão, não nos parece somenos, a ponto de sua personalidade pública, a mais eminente no plano jurídico, poder ser obscurecida, se não ignorada, no jôgo das atividades negociais. Ao contrário, o Estado, em nome dos interesses da coletividade que representa, ostenta a sua personalidade pública, de tal modo que acaba não apenas obscurecendo, mas ignorando, mesmo, a personalidade privada da empresa, que tutela interesses particulares. É oportuno lembrar o passo vigoroso de WALDEMAR FERREIRA: “Haverá alguém no Brasil, de algum senso jurídico, que possa, em consciência, considerar o Banco do Brasil S.A., com os poderes públicos de que se acha investido, e que são, por um desses contra-sensos que aberram, maiores do que os poderes, quer do Poder Executivo, quer do Poder Legislativo, seja uma sociedade privada, apenas porque tem, como acionistas, meia dúzia de pessoas naturais?” ⁽¹⁰⁰⁾ Só um exacerbado pragmatismo, que está invadindo e dominando todos os setores governamentais e administrativos do País, desde alguns anos, será capaz de continuar entendendo que o Banco do Brasil, por ser sociedade de economia mista, é dotado de personalidade jurídica de direito privado. A verdade é que, na **quase totalidade** das sociedades de economia mista, o Estado participa com **mais de 50%** do capital social, e em cerca de 3/4 dessas empresas, com **mais de 70%** — o que demonstra a preponderância nelas do interesse público sobre os interesses particulares e a conseqüente influência e dominação, mesmo, na gestão dos negócios empresariais. ⁽¹⁰¹⁾ Não obstante, a controvérsia prossegue entre os nossos estudiosos, como TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, RUBENS GOMES DE SOUZA, SÁ FILHO, ALIOMAR BALEEIRO e SEABRA FAGUNDES, ⁽¹⁰²⁾ sem que o legislador

(96) Veja de A. B. COTRIM NETO, ob. cit., p. 62/s.

(97) Veja de THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, “As sociedades de economia mista no direito brasileiro”, Rio, 1964, p. 48/s.

(98) WALDEMAR FERREIRA, “Tratado de Direito Comercial”, Saraiva, S. Paulo, 1961, vol. 5.º, p. 312.

(99) FRANCISCO CAMPOS, “Parecer”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 72, 1963, p. 386.

(100) WALDEMAR FERREIRA, “A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo”, cit., p. 181.

(101) Veja o “Quadro demonstrativo da situação das várias sociedades de economia mista” elaborado por THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, in ob. cit., p. 30-A.

(102) Veja de A. B. COTRIM NETO, ob. cit., p. 69/s.

seja convenientemente esclarecido para editar normas informadas pela boa doutrina.

O Decreto-Lei nº 200, a que nos referimos nos capítulos anteriores, não nos parece ter sido feliz, neste particular, pois conceituou imperfeitamente a sociedade de economia mista, ao preceituar que é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta” (art. 5º, item III). Começou declarando, peremptoriamente, que essa entidade é dotada de “personalidade jurídica de direito privado”, com o que esqueceu a viva controvérsia reinante sobre se ela deve ser privada ou pública, como atrás expusemos. Depois, restringiu à “natureza mercantil” a atividade da empresa, quando, em regra, o é industrial. E acabou estabelecendo que “as ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta” — o que pode não ocorrer, sendo a União ou suas entidades paraestatais acionistas minoritárias, como no caso da Companhia Nacional de Seguro Agrícola. ⁽¹⁰³⁾

O Decreto-Lei nº 900, mencionado no capítulo precedente, ao alterar a conceituação de sociedade de economia mista, corrigiu apenas a segunda falha, substituindo, acertadamente, o “exercício de atividade de natureza mercantil”, que atribuiu a essas empresas, pela “exploração de atividade econômica”, quando podia ter aproveitado o ensejo para sanar as duas outras lacunas. Realmente, o próprio Decreto-Lei nº 200 já tinha previsto a hipótese de “atividade submetida a regime de monopólio estatal”, caso em que “a maioria acionária caberia apenas à União, em caráter permanente” (§ 1º do art. 5º) — admitindo, implicitamente, a **minoría acionária** da União, que caracteriza outro tipo de sociedade de economia mista, em que o interesse e a vontade do Estado não são prevaletentes. Aliás, PONTES DE MIRANDA admitira, anteriormente, quatro tipos de sociedade de economia mista, em função do “grau de participação estatal”, a que acima nos referimos, entendendo, mesmo, que “se o Estado permite certo exercício de **imperium**, já se não trata de sociedade anônima de direito privado; mas de entidade autárquica ou paraestatal”. ⁽¹⁰⁴⁾ Este último tipo exorbita, evidentemente, do campo das sociedades de economia mista, para penetrar no das autarquias, de que tratamos no Capítulo IX, e a sua personalidade jurídica é, indubitavelmente, pública. Porém, se o interesse e a vontade do Estado não prevalecem no seio da sociedade, a personalidade jurídica desta não há de ser pública, qual verificamos há pouco, mas, sim, privada — o que podia ter considerado o legislador dos mencionados Decretos-Leis números 200 e 900, a fim de que estes se harmonizassem com a **eidética**, excessivamente pragmáticos que se apresentam, ao declararem **sempre** privadas pessoas que podem também ser públicas.

O Decreto-Lei nº 1.186, de 3 de abril de 1939, que criou o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), estabeleceu que “fica criado, com **personali-**

(103) Veja de ARNO SCHILLING, “Sociedades de economia mista”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 50, 1957, p. 36/a.

(104) PONTES DE MIRANDA, F. C., op. et loc. cit.

dade jurídica e sede na cidade do Rio de Janeiro, o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB)” (art. 1º), sendo acionista as “instituições de previdência social criadas por lei federal” (art. 7º) e as “sociedades de seguro” (art. 8º). O presidente e três membros do Conselho da entidade serão de **livre escolha** do Governo e nomeados pelo Presidente da República” (art. 11). A miscigenia patrimonial (institutos de previdência e sociedade de seguro) e a personalidade jurídica do IRB indicam-lhe a natureza de “sociedade de economia mista”, porém, com acentuado **publicismo** em face da interferência do Governo na gestão da entidade. Isso foi enfatizado com o Decreto-Lei nº 9.735, de 4 de setembro de 1946, que aduziu ser o IRB “entidade de economia mista”, com “personalidade jurídica própria” e regido “por Estatutos aprovados pelo Presidente da República” (art. 1º). Não vemos assim, como deixar de reconhecer ao IRB a natureza de “sociedade de economia mista”, embora **sui generis** — como quer Carvalho Britto Davis ⁽¹⁰⁵⁾ com personalidade jurídica de **direito público** — eis que a sua origem e função são estatais, com patrimônio oriundo de entidades paraestatais (autarquias de previdência) e, ainda, sob a vigilância e a tutela do Estado (fiscalização e prestação de contas).

Em situação singular encontra-se, também, a Rêde Ferroviária Federal S.A., constituída pelo Poder Executivo, nos termos da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, sob a forma de “sociedade por ações”, mediante a incorporação das estradas de ferro de propriedade da União e por ela administradas, assim como das que venham a ser transferidas do domínio da União, ou cujos contratos de arrendamento sejam encampados ou rescindidos” (art. 1º). A Rêde pode admitir como acionistas: a) as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados-membros e Municípios, bem assim as autarquias); b) o Banco do Brasil e as sociedades de economia mista, criadas pela União, os Estados-membros ou os Municípios, que, por força de lei, estejam sob o controle permanente do Poder Público; c) as pessoas físicas e jurídicas de **direito privado**, brasileiros, até 20% (vinte por cento) do respectivo capital (art. 6º). A Rêde e suas **subsidiárias**, cêrca de dezessete, “gozarão de isenção de direitos de importação, impôsto de consumo e taxas aduaneiras” (art. 28), assegurando-se-lhes “o direito de promover **desapropriação**” (art. 29), sem prejuízo do “exame de suas contas e balanços, para julgamento do Congresso Nacional” (art. 34, parágrafo único). Estão aí os elementos integrantes da pessoa jurídica de **direito público** — a origem e fins estatais ou paraestatais da Rêde, a organização e o patrimônio **majoritariamente** do Estado, a vigilância e a tutela estatais, inclusive o “poder de império”, contido no “direito de promover desapropriação”. Considere-se, ainda, que há três tipos de empresas **subsidiárias** da Rêde: a) autarquias federais, como a Rêde Ferroviária Nordeste, a Central do Brasil e a Noroeste do Brasil; b) regime especial, qual a Estrada de Ferro Leopoldina e a Santos—Jundiá; c) administradas pela União, tal a Estrada de Ferro Madeira—Mamoré, a Viação Férrea Federal Leste Brasileiro e a Estrada de Ferro Bahia—Minas (Decreto nº 42.380, de 30-9-1957, art. 1º) Coexistem, portanto, na Rêde, pessoas jurídicas de direito público (autar-

(105) M. T. DE CARVALHO BRITTO DAVIS, “Tratado das sociedades de economia mista”, cit., vol. II, p. 768.

quias) e pessoas jurídicas de direito privado (regime especial e administradas pela União), num esdrúxulo hibridismo, mas, como prevalecem as autarquias, as pessoas públicas absorvem, naturalmente, as pessoas privadas. E isso é tanto mais compreensível quanto se leve em conta que o Decreto nº 42.380 cit., organizando definitivamente a Rêde, mandou “respeitar todos os direitos, prerrogativas e vantagens dos funcionários e servidores **cedidos pela União**, pagando-lhes os vencimentos, salários e vantagens a que fizerem jus, nos termos da sua **legislação própria**” (art. 1º), bem assim que o preceito se aplica, também, “ao pessoal **civil ou militar** que continuar **prestando os seus serviços** à Rêde na qualidade de pessoal **requisitado**” (parágrafo único ao art. 1º). É óbvio que a **cessão** ou a **requisição** de funcionários ou servidores, civis ou militares, adstritos à sua **legislação própria** (a dos servidores públicos), em favor da Rêde — imprime-lhe, a esta, a natureza de pessoa **pública**, pois, só entre entidades estatais ou paraestatais, podem estabelecer-se tais relações, sem quebra da **eidética** informadora do serviço público. Demais, a Rêde é “**delegada** da União para a execução dos serviços ferroviários **a ela incorporados**, ou que lhe venham a ser **transferidos ou outorgados** (atribuídos), devendo obedecer às normas **legais e regulamentares vigentes**” (art. 8º). Jamais uma pessoa **privada** seria legitimamente **delegada** da União (e não simplesmente concessionária ou permissionária) para executar serviço público, na conformidade da lei e regulamento em vigor; êsse **munus publicum** é peculiar à pessoa **pública** na espécie, a Rêde.

Não obstante, tem-se sustentado o caráter **privado** da personalidade da Rêde. Assim, OTTO GIL, entre outros, entende que “a Rêde, inegavelmente, é uma entidade de direito privado, podendo se caracterizar como sociedade de economia mista; válido, portanto, o **nomen juris** acolhido ao ensêjo de sua constituição”.⁽¹⁰⁶⁾ Contudo, reconhece que “a colaboração da iniciativa privada foi **nula**, tendo a Rêde se constituído **exclusivamente** à custa de dinheiros públicos, já que a União, os Estados e Municípios são, até o momento, seus **únicos** acionistas”,⁽¹⁰⁷⁾ e que “entre as estradas incorporadas, figuram autarquias federais... sendo de se acrescentar, ao demais, a notória **ingerência** da União na administração e funcionamento das demais ferrovias incorporadas ao ensejo da constituição da Rêde”.⁽¹⁰⁸⁾ Com tais premissas — colaboração privada nula, constituição à custa exclusiva do dinheiro público, as pessoas jurídicas de direito público os únicos acionistas, autarquias federais entre as estradas incorporadas e ingerência da União na administração e funcionamento das ferrovias incorporadas — não vemos como se possa concluir pela natureza privada da personalidade jurídica da Rêde, salvo esquecendo a **eidética** que deve animar as construções jurídicas legítimas (veja os Caps. III **usque VIII**).

Se o IRB e a RFFSA são sociedades de economia mista **sui generis** dada a complexidade de sua estrutura e de seu patrimônio, a Companhia Siderúrgica Nacional e a Companhia Vale do Rio Doce aproximam-se da tipicidade mista. Ambas constituídas sob a forma de sociedade anônima, pelo

(106) OTTO GIL, “Sociedade de economia mista. Natureza jurídica da Rêde Ferroviária Federal S. A. Isenção fiscal”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 60, 1960, p. 390, n.º 25.

(107) *Ib.*, p. 387, n.º 12.

(108) *Ib.*, p. 388, n.º 15.

próprio Governô, ou delegação sua, com capital social integrado pelo Tesouro Nacional, só ou conjuntamente com as Instituições de Previdência e Caixas Econômicas, inclusive o direito de desapropriação (Decreto-Lei nº 3.002, de 30-1-1941, arts. 2º e 4º; Decreto-Lei nº 4.352, de 1-6-1942, arts. 6º e 7º). Ambas, com presidente nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República (Estatutos da CSN, art. 15; Estatutos da Companhia Vale do Rio Doce S.A., art. 15). Tudo leva, bem se vê, a atribuir, tanto à Companhia Siderúrgica Nacional quanto à Companhia Vale do Rio Doce, personalidade jurídica de direito público, ainda que a pragmática governamental e a jurisprudência casuística hajam estabelecido de modo contrário, ferindo a pureza **eidética**.

CAPÍTULO XII

AS FUNDAÇÕES NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS

A “fundação” deita as suas raízes nos velhos sistemas jurídicos: no romano, com a “*universitas rerum*” (universidade de coisas para um fim determinado); no canônico, com o “*corpus pius causae*” (corporação de causa pia, isto é, piedosa ou caridosa); e no germânico, com a “*gesant Hand*” (mão coletiva, quer dizer, ação conjunta em benefício geral). Daí passou para o direito luso-brasileiro, com os “*corpos de mão-morta*”, entre os quais se incluíam as “corporações pias” e as “instituições pias”, cristalizando-se a final, nas “corporações de mão-morta” na terminologia de TEIXEIRA DE FREITAS⁽¹⁰⁹⁾ ou na “universidade de bens personalizada”, na de CLÓVIS BEVILACQUA.⁽¹¹⁰⁾

Antes do Movimento de 1930, as nossas “fundações” emanavam da iniciativa privada, constituídas **exclusivamente** de acôrdo com as normas do Código Civil (art. 24 **usque** 30) e para fins particulares. Com o processo de socialização democrática e cristã, que aquêlê Movimento desencadeou entre nós, surgiram as “fundações” criadas pelo Estado, como os estabelecimentos de instrução pública, que, no juízo de CLÓVIS, “são fundações submetidas às **regras especiais** do regulamento que as criou, e administradas pelos respectivos diretores, de acôrdo com as Congregações, e **sob a inspeção** do Conselho Superior de Ensino e do Ministério dos Negócios Interiores”.⁽¹¹¹⁾ Aquelas entidades, criadas por particulares, seriam, sem dúvida, “fundações” de direito privado, dotadas de personalidade jurídica privada, ao passo que estas últimas, instituídas pelo Estado, para realizar fins públicos e sob a vigilância estatal, “fundações” de direito público, devendo ser dotadas de personalidade jurídica pública. Neste particular, da personalidade pública das “fundações” de direito público, é que se travou a controvérsia doutrinária, reinante ainda hoje, com a criação da Fundação Brasil Central, da Fundação Getúlio Vargas e da Fundação Rádio Mauá, entre outras.

(109) A. TEIXEIRA DE FREITAS, “Código Civil. Esboço”, Edição MJNI, Rio, 1952, vol. I, p. 171, art. 281.

(110) CLÓVIS BEVILACQUA, “Código Civil Comentado”, Livraria Francisco Alves, Rio, 1936, vol. I, p. 233, obs. 1.

(111) *Ib.*, p. 234, obs. 4.

FRANCISCO CAMPOS, anteriormente, em parecer sôbre o Instituto Mineiro de Café, já se havia pronunciado contra a personalidade pública das “fundações”, nestes termos categóricos: “Fundação no nosso direito, tem uma acepção especial, tôda fundação é pessoa de direito privado (Código Civil art. 16)”. (112) Trata-se, òbviamete, de interpretação demasiado literal dêsse artigo do nosso Código Civil, a qual não pode espantar, desde que se leve em conta que, no princípio dêste século, LACERDA DE ALMEIDA entendia, antes do nosso Código Civil, que “as fundações não são pessoas, mas coisas personificadas... patrimônios administrados; a personalidade delas pode considerar-se uma abstração”! (113) O nosso insigne civilista aproximava-se da “teoria da ficção”, sustentada por VAREILLES-SOMMIÈRES, e da “teoria da capacidade artificial”, por SAVIGNY (veja o Cap. I), porém, inteiramente superadas em nossos dias. Todavia, FRANCISCO CAMPOS aduzia que “o critério decisivo para a conceituação da pessoa jurídica de direito público é o exercício por ela de competência de Estado ou de direito de poder público” (114) — com o que ajustava o seu pensamento às teorias da “organização e função” e do “poder de império” (veja os Caps. VI e VII). Por isso, COTRIM NETO conclui, com razão, que “não vemos como explicar, muito menos aceitar, sua conclusão privatista, a respeito da fundação”, (115) que, quando pública, apresentará personalidade jurídica também pública.

Em posição antitética a FRANCISCO CAMPOS, encontramos PONTES DE MIRANDA, para quem as “fundações” não são apenas pessoas jurídicas de direito privado, mas também, de direito público, caso em que “a lei pode permitir o ato do funcionário do Estado, como ato administrativo do Estado, ato que o próprio funcionário do Estado pratica no exercício do direito de vigilância interna”. (116) É a consagração da teoria da “vigilância e tutela”, de que tratamos no Cap. VIII, visto como o representante do Estado na “fundação” de direito público verifica a sua legitimidade legal (a vigilância) e a conformidade de seus atos com a oportunidade e a conveniência administrativas (a tutela) — o que não acontece na “fundação” de direito privado. Noutro passo, PONTES DE MIRANDA é bastante claro e positivo: “Regidas pelo direito público são as fundações que nasceram no direito público, quando o Estado institui, e.g., fundação de pesquisas ou de higiene pública. Aí, os próprios estatutos são regidos pelo direito público”. (117) Êsses assertos mirandanos encontram respaldo nas teorias da “origem da instituição” e do “fim da instituição” (veja os Caps. III e IV), que levam a afirmar a personalidade jurídica pública da “fundação” de direito público.

Filiando-se aos que negam personalidade jurídica pública à “fundação” de direito público, CAIO TÁCITO esclarece que “instituídas em vir-

(112) FRANCISCO CAMPOS, “Direito Administrativo”, I.N., Rio, 1943, p. 285.

(113) F. P. LACERDA DE ALMEIDA, “Das pessoas jurídicas”, Revista dos Tribunais, Rio, 1905, p. 67.

(114) FRANCISCO CAMPOS, ob. cit., p. 313.

(115) A. B. COTRIM NETO, ob. cit., p. 162.

(116) F. C. PONTES DE MIRANDA, “Fundação. Pessoa jurídica de dir. priv. e de dir. pub.” in “Revista Forense”, vol. 192, 1960, p. 75.

(117) *Ib.*, p. 76.

tude de lei, tais fundações têm as virtualidades do **serviço público**, embora conservem as características de direito privado. Incumbem-se da administração de **patrimônio público** e têm como **fonte de receita** a disponibilidade de **subvenções** ou outras **parcelas** da receita pública”. (118) Com origem e fins estatais, sendo êstes obrigatórios, não vemos como negar a essas “fundações” personalidade jurídica pública, qual ensinam as teorias examinadas nos Caps. III, IV e V, tanto mais quanto de sua fonte de receita também participa o Estado. Não obstante, CAIO TÁCITO conclui que “as fundações públicas regulam-se pelos princípios do direito privado, com as peculiaridades constantes das leis autorizativas de sua instituição. O seu pessoal sujeita-se à legislação trabalhista e a prestação de suas contas é, via de regra, feita perante o Tribunal de Contas”. (119) Trata-se de asserto pragmático (empírico e utilitário), que não se compadece com a boa **eidética**, fundada na doutrina consagrada, exposta nos Caps. III **usque VIII**.

LEOPOLDO BRAGA, entretantes, vem reforçar a corrente **publicística**, que reconhece personalidade jurídica pública à “fundação” de direito público. Observa que, “quando a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de **interêsse manifestamente coletivos**, sem lhe emprestar, de maneira expressa, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de **ente de direito público**, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização”. (120) A origem e os fins estatais bastam, sem dúvida, para caracterizar a **publicidade** do ente — como temos assertado — e, em conseqüência, a sua personalidade jurídica pública. BRAGA admite, mesmo, que “há casos em que, não obstante haver formalidades civis, a fundação não pode ser rigorosamente considerada uma entidade civil. É a hipótese, por exemplo, da Fundação Universidade de Brasília, cujo **Conselho Diretor** é nomeado **pelo Presidente da República**, renovando-se cada dois anos pela metade, mediante **escolha presidencial** em lista tríplice”. (121) Participando o Estado da **organização**, através do Conselho Diretor da Universidade em questão, e exercendo ela **funções públicas** — não há como deixar de lhe reconhecer natureza pública e a conseqüente personalidade jurídica pública.

Ao que parece, uma terceira posição manifestou-se, a partir de 1963, quando JOÃO LYRA FILHO publicou o seu “Regime de contrôle das empresas públicas”, em que assemelha as “fundações” públicas às autarquias, porque ambas são criações do Estado, realizam serviço público e ostentam personalidade jurídica pública. A propósito da Fundação Leão XIII, criada por lei em 1947 e com Estatutos aprovados em 1962 e 1963, aduziu LYRA FILHO: “A entidade armou-se com os recursos coativos próprios da vontade do poder público e é, assim, caracterizadamente, uma entidade de direito

(118) CAIO TÁCITO, “Sociedades comerciais e fundações do Estado”, in *Revista Forense*, vol. 205, 1964, p. 419.

(119) *Ib.*, *ib.*

(120) LEOPOLDO BRAGA, “Sociedades de economia mista. Natureza, personalidade jurídica e regime tributário” in “*Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*”, vol. 12, 1964, p. 412.

(121) *Ib.*, *ib.*

público. Ela foi instituída por lei pública, tem finalidade de interesse público, mantém-se com dinheiros públicos e é administrada conforme a vontade do poder público, além de sujeitar-se a controle público. Trata-se de uma autarquia, portanto, segundo a definição da lei pública".⁽¹²²⁾ Realmente, se tudo nessa entidade é público, a sua personalidade não pode, obviamente, ser privada, ainda que se trate de fundação propriamente dita.

COTRIM NETO admite essa terceira posição, seguindo a orientação de LYRA FILHO, a respeito de cujo pronunciamento assim se manifesta: "Abstemo-nos de fazer o exame de quanto existe de coerência entre essas conclusões e as normas jurídicas que regularam a implantação e o funcionamento da fundação que LYRA FILHO classificou de autarquia. Nem isso interessa aqui. Basta-nos, simplesmente, a parte doutrinária do parecer, com a qual manifestamos nossa avença, porquanto demonstra, com argumento de autoridade intelectual, o que vimos proclamando: a fundação é um dos elementos capazes de se constituírem órgão da própria ação mediata do Estado (autarquia em potência), ou até de receber a outorga do status autárquico, quando será uma autarquia de direito".⁽¹²³⁾ Assim, para COTRIM, a "fundação" pública é uma "autarquia em potência", o que vale dizer, uma entidade que pode vir a ser uma autarquia, conseqüentemente, a esta assemelhada. Todavia, a nossa lei não permite essa transformação; primeiro, porque os Estatutos da "fundação" só podem ser alterados se a alteração "não contrariar o fim desta (da fundação)" — Código Civil, art. 28, item II — segundo, porque, extinta a "fundação", nos casos admitidos em lei, o seu "patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos Estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes" (art. 30). Bem se percebe que jamais, em face do nosso direito positivo, poderá dizer-se que a "fundação" pública é uma "autarquia em potência", e nem diante da *eidética*, que não aceita nenhuma assemelhação entre a autarquia e a "fundação".

O Decreto-Lei nº 200 cit. estabeleceu que "equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades" (art. 4º, § 2º). As "fundações instituídas em virtude de lei federal" são as "fundações" públicas, a que acima nos referimos, mas que, pelo Decreto-Lei nº 200 cit., devem ser dotadas de "personalidade jurídica de direito privado", visto como foram equiparadas às "empresas públicas", assim consideradas por excessivo pragmatismo, qual assinalamos no Cap. X. Esse § 2º, *supra* transcrito, foi substituído pelos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 900 cit., que assim dispõe: "Art. 2º Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições: a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação; b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total; c) objetivos não lucrativos e que, por sua natu-

(122) JOÃO LYRA FILHO, "Regime de controle das empresas públicas", Pongetti, Rio, 1963, p. 148.

(123) A. E. COTRIM NETO, "Direito Administrativo da Autarquia", cit., p. 187.

reza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da administração federal, direta ou indireta; d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (art. 24 e seguintes do Código Civil). Art. 3º. Não constituem entidades da administração indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967". Esses preceitos contêm três aberrações jurídicas: a) participação **obrigatória** de "recursos privados no patrimônio" da fundação, quando a lei só admite "novas dotações" na "insuficiência dos bens doados para constituir a fundação" (Código Civil, art. 25); b) inexecução dos "objetivos não lucrativos da fundação", enquanto a lei impõe a execução plena dos seus fins, sob pena de dissolução (Código Civil, arts. 24, 26 e 30); c) exclusão das "fundações instituídas em virtude de lei federal" dentre as "entidades da administração indireta" (**sic**), ficando, entretanto, adstritas à "supervisão ministerial" (**sic**) — quando se sabe que essa supervisão se exerce sobre "órgãos da administração federal, direta ou indireta" (Decreto-Lei nº 200 cit., art. 19) e compreende várias medidas de alta e profunda ingerência estatal, que vão da "indicação ou nomeação pelo Ministério dos dirigentes da entidade" (art. 26, parágrafo único, alínea a) "à intervenção, por motivo de interesse público" (alínea i), visando a assegurar "a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade" (art. 26, item I) e "a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade" (item II). É a vigilância e a quase tutela exercidas pelo Estado sobre entes por ele criados e organizados para realizar fins públicos — o que, em boa **eidética**, imprime à entidade, sem dúvida, natureza eminentemente pública e, por via de consequência, personalidade jurídica de direito público. Daí os conceitos **aberratórios** da boa doutrina jurídica, contidos nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 900 cit. e que vêm de longe, como vamos constatar a seguir.

Em 1943, o Governo Federal foi autorizado a instituir "uma fundação denominada **Fundação Brasil Central**, destinada a desbravar e colonizar as zonas compreendidas nos altos rios Araguaia, Xingu e no Brasil Central e Ocidental" (Decreto-Lei nº 5.878, de 4-10-1943, art. 1º), cujo patrimônio se constituirá "com os bens já doados à Expedição Roncador—Xingu... e novas doações, de entidades públicas e particulares" (art. 2º), e "as suas fontes de receita, não só pelos recursos que auferir desses bens e de sua aplicação, ou de suas atividades, como ainda pelas subvenções que receber do Governo Federal e dos Governos Estaduais ou Municipais" (art. 2º). A Fundação "será dirigida por um presidente, assistido por um Conselho Diretor de dez membros, todos designados pelo Presidente da República" (art. 3º). Fundação criada pelo Estado, com fins públicos e patrimônio estatal ou paraestatal, em sua maior parte, com dirigentes nomeados pelo

Governo, só podia apresentar natureza pública e, obviamente, personalidade jurídica de direito público. No entanto, os Estatutos da Fundação Brasil Central, aprovados pelo Decreto nº 17.274, de 30 de novembro de 1944, em seu art. 1º, declarou-a “com personalidade jurídica de direito privado”! Mais tarde, em 1960, o Decreto nº 47.834, de 4 de março desse ano, que veio reestruturar a Fundação, estabeleceu que “os funcionários públicos civis da União e das autarquias poderão servir na Fundação Brasil Central, mediante requisição de sua administração e autorização do Presidente da República” — com o que acentuou a vinculação da Fundação ao Governo Federal, repercutindo isso no caráter da entidade e na sua personalidade jurídica, eminentemente públicos.

Em 1945, o então Ministério do Trabalho Indústria e Comércio foi autorizado a instituir “com o acervo da Rádio Ipanema S.A., adquirida pelo Governo Federal, uma fundação denominada **Fundação Rádio Mauá**, destinada a servir à educação, cultura e recreação dos trabalhadores nacionais, divulgar a legislação social brasileira, estimular a harmonia das classes e concorrer para o aperfeiçoamento cívico da coletividade” (art. 1º). Além das rendas provenientes das suas atividades radiofônicas, a Fundação poderá receber “contribuições correspondentes à execução dos serviços de publicidade prestados a órgãos da administração pública, entidades para-estatais e sociedades de economia mista” (art. 3º). O presidente, o diretor e os membros dos Conselhos (técnico-administrativo e fiscal) “serão nomeados pelo Presidente da República” (art. 4º). Pelas razões acima referidas, a Fundação Rádio Mauá encontra-se na mesma situação da Fundação Brasil Central, devendo ser tida como pessoa pública e dotada de personalidade jurídica de direito público. Daí a prudência, bastante louvável, dos Estatutos da Fundação Rádio Mauá, aprovados pela Portaria MTPS nº 152, de 10 de março de 1967, cujo art. 1º refere apenas que a Fundação tem “personalidade jurídica própria”, — deixando de dizer se privada ou pública.

Entretanto, em 1944, pelo Decreto-Lei nº 6.693, de 14 de julho de 1944, o Governo Federal “autorizou o presidente do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) a promover a criação de uma entidade que se proponha ao estudo e à divulgação dos princípios e métodos de organização racional do trabalho e ao preparo de pessoal qualificado para a administração pública e privada, mantendo núcleos de pesquisas, estabelecimentos de ensino e os serviços que forem necessários, com a participação dos órgãos autárquicos e paraestatais, dos Estados, Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios, dos estabelecimentos de economia mista e das organizações privadas” (art. 1º). Essa autoridade, o presidente do DASP, “designará uma Comissão para auxiliá-lo no desempenho das atribuições que lhe serão cometidas por esta lei” (art. 2º), cabendo-lhe “estudar a forma jurídica mais conveniente à entidade a que se refere esta lei e promover a satisfação das providências legais necessárias à aquisição de personalidade jurídica, elaborando ainda o projeto de Estatutos, que, depois de submetido aos interessados, deverá ser aprovado pelo Ministro

da Justiça, mediante expedição de portaria” (art. 2º). Organizada, a entidade tomou a forma de “fundação” e foi denominada “Getúlio Vargas”, por proposta da Comissão Organizadora, tendo os seus Estatutos (**Estatutos da Fundação Getúlio Vargas**) sido aprovados pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores (Portaria nº 9.507, de 19-12-1944). No art. 1º dos Estatutos, está dito que “a Fundação Getúlio Vargas, instituição de caráter técnico-educativo é uma pessoa jurídica de direito privado, que se regerá pelos presentes Estatutos e terá sede e fóro na cidade do Rio de Janeiro”, e, no art. 24, que “o patrimônio da Fundação será constituído pelos bens e direitos a ela doados, pelos adquiridos no exercício das suas atividades e pelos provenientes de rendas patrimoniais”. Demais, a assembléia-geral, que é o supremo poder da Fundação, compõe-se de: a) um representante do Governo Federal, designado pelo Presidente da República; b) os doadores e os representantes das entidades que subscreveram a escritura de constituição da Fundação; c) os doadores e representantes de entidades cujas contribuições, feitas em qualquer tempo, sejam iguais ou superiores à fixada nos termos do art. 40 e art. 11, item IV (Cr\$ 500,00)”, nos termos do art. 6º. Essa assembléia é que escolhe os dirigentes da Fundação — o presidente e o Conselho Diretor — (arts. 13 e 16), os quais **não são delegados** do Governo. As contas da Fundação são prestadas perante o seu Conselho Diretor, com aprovação da assembléia geral e exame final do Ministério Público (art. 31 e parágrafo único) — e **não junto** ao Tribunal de Contas. Não há dúvida que estamos em presença de uma “fundação” de direito privado, com personalidade jurídica privada, porque, embora organizada sob inspiração estatal, a sua estrutura e funcionamento é particular, sem qualquer tutela do Estado, havendo apenas a vigilância do Ministério Público, comum nas “fundações” de direito privado. O fato de o Decreto-Lei nº 6.877, de 18 de setembro de 1944, permitir “requisição de funcionário público federal, mediante autorização do Presidente da República, para servir na Fundação Getúlio Vargas” (art. 4º), é irrelevante no caso, visto como inexistem vinculações ponderáveis da Fundação com o Estado. Não menos irrelevante é a circunstância de haver o Decreto-Lei nº 7.170, de 19 de dezembro de 1944, concedido à Fundação “isenção de todos os impostos da União e do Distrito Federal” (art. 1º) — e isto porque não raro tal ocorre com entidades privadas de utilidade pública.

A verdade é que as “fundações” públicas estão na moda. HOMERO SENNA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO referem várias centenas delas, (124) inclusive as recentes Fundação Legião Brasileira de Assistência, Fundação General Doutor João Severiano da Fonseca e Fundação Museu do Café, instituídas em 1969, (125) sem falar das várias “fundações” estaduais e municipais disseminadas por todo o território nacional.

O pragmatismo de nossos doutrinadores, entretanto, continua em perigosa ascensão, invadindo as Universidades e os altos Conselhos da República. Ainda há pouco, o Prof. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRI-

(124) HOMERO SENNA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO, “Fundações no Direito e na Administração”, cit., p. 284-327.

(125) *Ib.*, p. s/n.º

NHO, da Universidade Federal do Paraná, sustentou a natureza **privada** da personalidade das fundações **públicas**, pouco importando que se destinem “a satisfazer interesses públicos coletivos” e sejam submissas à “vigilância do Estado”.⁽¹²⁶⁾ E o Consultor-Geral da República, Dr. ROMEO DE ALMEIDA RAMOS, entendeu que, em face do Decreto-Lei nº 900 cit., que derogou o Decreto-Lei nº 200 cit. as fundações instituídas por lei federal, por serem pessoas jurídicas de direito **privado**, não se incluem entre aquelas entidades (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), cujos servidores estão incursos na acumulação proibida de cargos e funções públicas.⁽¹²⁷⁾

CONCLUSÕES FINAIS

A tendência de **privatizar** as entidades paraestatais (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), cada vez mais acentuada, como vimos nos capítulos anteriores — é fruto do enfatizamento da “liberdade de iniciativa”, que as Constituições de 1967 (art. 157, item I) e de 1969 (art. 160, item I) levaram a efeito, num retorno ao velho liberalismo da Constituição de 1891, que as Constituições de 1934, 1937 e 1946 haviam sepultado.

Por amor da “liberdade de iniciativa”, estimulante da “livre empresa”, vêm sendo **despublicizadas**, embora artificialmente, inúmeras entidades paraestatais, sob a alegação pragmática de dar-lhes “mais flexibilidade”, subtraindo-as das “limitações impostas aos entes administrativos, subordinados ao regime de direito público”, na compreensão exata de CAIO TÁCITO.⁽¹²⁸⁾ O grave é que a **privatização** de muitas dessas empresas as tem exposto à ganância do capital estrangeiro, que acaba absorvendo-as, como constatou a Comissão Parlamentar de Inquérito da Desnacionalização da Economia Brasileira, em relatório há pouco divulgado. Depondo perante essa Comissão, o Senador JARBAS PASSARINHO, então Ministro do Trabalho e da Previdência Social, observou: “No estuário do Amazonas — só para citar dois casos — tínhamos indústrias tradicionais em Portela e na cidade de Breves. Hoje, essas indústrias são norte-americanas. Foram vendidas a crédito... a Breves Industrial S.A., que tem por sigla BISA, vendida a um grupo americano, paralelamente interessado na extração de diamantes do rio Tocantins. A grande serraria de Portela já foi negociada, depois que deixei o Governo, pela Georgia Pacific Corporation, que a comprou de um cidadão, se não me engano, inglês”.⁽¹²⁹⁾ O deputado RUBEM

(126) “As Fundações e o Direito Administrativo”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 100, ano de 1970, p. 5.

(127) “Parecer sobre fundações oficiais”, in Diário Oficial, Seção I, Parte I, de 4-5-1970, p. 3196-3197.

(128) CAIO TÁCITO, “Parecer sobre a UEG”, in “Boletim da UEG” n.º 50, Junho 1970, p. 61.

(129) Jornal do Brasil, Rio, 30-7-1970.

MEDINA, ao encaminhar a votação do mencionado relatório, no plenário da Câmara dos Deputados, frisou: “O Brasil está vivendo a sua hora da verdade. A história impõe que esta seja a década de sua definitiva afirmação. Não é mais possível nem lícito fecharmos os olhos à realidade, permitindo a invasão branca de nossa pátria, por medo de ferirmos suscetibilidades dos Governos de outros países ou arranharmos os postulados novecentistas de um conceito estritamente liberal de livre empresa. Não há valor mais expressivo que a afirmação da soberania nacional e esta se confunde, em nosso tempo, com a independência econômica, que, por sua vez, exige a interpenetração do Estado e da empresa privada nacional, com vistas ao desenvolvimento”. (130) Este pronunciamento é palpitante, quando o oportunismo, o imediatismo e o utilitarismo desenfreado, embasando o tecnologismo e o pragmatismo, como que obscurecem a visão dos governantes, que não vêm para onde a **privatização** dos entes de serviços públicos está conduzindo a economia nacional. O aludido relatório apresenta uma lista de “empresas nacionais que, nos últimos anos, passaram para o controle acionário de grupos estrangeiros”, somando uma centena, que abrange vários setores econômicos, como o elétrico e eletrônico, o mecânico e metalúrgico, o automobilístico, o químico, o têxtil e vestuário, o de alimentos e o bancário!

A **eidética** dos entes públicos, desenvolvida nos Capítulos I **usque** VIII, revela, o afastamento da boa doutrina por parte do legislador e de alguns especialistas, em virtude da excessiva influência pragmática, ao caracterizarem as entidades paraestatais, salvo quanto às autarquias, em que legislação e doutrina são concordes, hoje, como demonstramos no Capítulo IX.

Tal não ocorre, porém, com as empresas públicas, cuja natureza jurídica, especialmente com relação à sua personalidade (pública ou privada), é objeto de viva controvérsia (veja o Capítulo X), tanto quanto, com as sociedades de economia mista e as fundações públicas (veja os Capítulos XI e XII).

Daí a necessidade premente de ser elaborado um estatuto para as entidades de administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), que venha disciplinar esses entes à luz da boa doutrina, expurgando-os do excessivo pragmatismo que os desnatura e afeta a própria economia nacional, como atrás notamos. A primeira medida é a revogação do art. 5º e seus itens e parágrafos do Decreto-Lei nº 200 cit., dos arts. 2º, 3º e 5º do Decreto-Lei nº 900 cit. e do Decreto-Lei nº 991, de 21 de outubro de 1969, que subverteram por completo as noções fundamentais de pessoa pública e privada, com suas implicações, no afã de modernizar a administração pública do país. É claro que muitas inovações preciosas foram feitas, e com os melhores resulta-

(130) *Jornal do Brasil*. cit.

dos, como a efetivação daqueles “princípios fundamentais” da atividade administrativa (art. 6º e itens do Decreto-Lei nº 200), que as estatísticas oficiais registram com bons auspícios. Assim, o **planejamento** e a **coordenação**, para sua melhor execução, mereceu um Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, que muito tem feito nesse sentido, inegavelmente. A **descentralização** do serviço público, que se faz através da outorga de **capacidade**, que confere ao outorgado praticar atos *ex auctoritate propria*. Isso descongestiona, desperra mesmo, o serviço público, desburocratizando-o em larga escala, tanto mais quanto é feita em três planos, na administração federal, nas unidades federadas e na órbita privada. A **delegação de competência**, que atribui poder decisório em matéria administrativa, atuando o agente sem autoridade própria, porque delegada por superior, enseja a **desconcentração** do serviço, que vem também descongestioná-lo, desperrá-lo e desburocratizá-lo. O **contrôlo** (melhor que **contrôle**, galicismo), que é a interferência vigilante das chefias ou órgãos próprios da administração pública nos setores subordinados, a fim de acompanhar a execução dos programas e a observância das normas regulamentares. E a **supervisão ministerial**, de que trata o título IV do cit. Decreto-Lei nº 200, que é a fiscalização substancial das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados aos Ministérios, exercida pelo Ministro de Estado competente através da orientação, coordenação e **contrôlo** dessas atividades, e a qual se estende à administração indireta. Outra instituição fecunda, criada pelo Decreto-Lei nº 200 cit., é a Inspeção-Geral de Finanças, que se destina a sanear a execução das despesas orçamentárias com a concentração da responsabilidade na pessoa do “ordenador de despesa” (arts. 76 **usque** 90).

O mencionado “estatuto da administração indireta”, derogatório dos Decretos-Leis n.ºs 200, 900 e 991 cits., haveria de deixar bem clara a natureza **pública** das entidades criadas pelo Estado ou por ele autorizadas, para realizar fins **públicos** e com patrimônio total ou parcialmente **público**, sob a vigilância e a tutela estatais. No que diz respeito às autarquias, empresas públicas e fundações públicas, não haveria dificuldade em virtude de se tratar de patrimônio público, cuja estrutura administrativa poderia ser uniformizada na base da delegação governamental; quanto às sociedades de economia mista, o capital **majoritário**, o estatal, ditaria os rumos estruturais e administrativos, sem esquecer os interesses particulares associados, que seriam plenamente garantidos. A situação das chamadas “empresas subsidiárias”, verdadeiros satélites empresariais, integrantes dos **holdings**, como as da ELETROBRÁS e da RFFSA, ficaria convenientemente esclarecida com a aplicação da boa doutrina.

A personalidade pública, atribuída a todas essas entidades, assegurar-lhes-ia, entre outras, as seguintes vantagens:

a) uniformidade de estrutura e funcionamento, respeitadas as peculiaridades de cada qual;

b) representação governamental atuante na direção das entidades, preservadora da realização de seus fins;

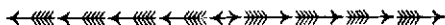
c) patrimônio paraestatal, com as imunidades próprias do patrimônio estatal, como as isenções tributárias e as franquias específicas, bem assim as subvenções;

d) vigilância permanente do Estado, que é um verdadeiro controle da **legalidade** da ação dos entes, fundada na sua conformidade com a lei;

e) tutela efetiva do Estado, que é um verdadeiro controle da **legitimidade** da ação dos entes, fundada na conveniência e oportunidade dos atos;

f) fôro especial, o federal, tratando-se de entes federais, tendo em vista a natureza dos interesses em jôgo.

Demais, a **publicização** das entidades da administração indireta (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública), afastaria a influência do capital estrangeiro, que se infiltra sorrateiramente nas empresas privadas para, pouco a pouco, ir-se expandindo até dominá-las pela absorção, como comprovou o referido Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Desnacionalização da Economia Brasileira. As entidades privadas são presas fáceis, indefesas, nas mãos do capital alienígena, que aguarda, pacientemente como um felino, o momento próprio para o golpe fatal.



BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA PAIVA, ALFREDO DE — "As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado", in *Revista Forense*, Rio, 1960, vol. 192.
- ALMEIDA RAMOS, R. — Parecer sobre fundações oficiais, in *Diário Oficial*, Seção I, Parte I, de 4-5-70.
- ANDRADE, SUDÁ DE — "Teoria da empresa pública", Rio, 1960.
- ANTOKOLETZ, DANIEL — "Tratado de legislación del trabajo y previsión social", Buenos Aires, 1941.
- AZEREDO SANTOS, THEÓFILO DE — "As sociedades de economia mista no direito brasileiro", Rio, 1964.
- BEVILACQUA, CLÓVIS — "Theoria Geral do Direito Civil", Rio, 1929.
— "Código Civil Comentado", Rio, 1936, 5 volumes.
- BIELSA, RAFAEL — "La autarquia de las Universidades", Buenos Aires, 1926.
— "Derecho administrativo y ciencia de la administración", Buenos Aires, 1929.
- BOLZE — "Begriff des juristischen personem".
- BORSI, UMBERTO — "La determinazione degli enti autarchici territoriali nell'odierno diritto italiano", Padova, 1931.

- BRAGA, LEOPOLDO — "Sociedades de economia mista. Natureza, personalidade jurídica e regime tributário", in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, Rio, 1964, vol. 12.
- CAMMEO — "Jurisprudenza italiana", Torino, 1909.
- CAMPOS, FRANCISCO — "O Estado Nacional", Rio, 1940.
— "Sociedade de economia mista", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1963, vol. 72.
— Parecer, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1963, vol. 72.
— "Direito Administrativo", Rio, 1943.
- CARNEIRO, ERYMA — "As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Nacional", Rio, 1944.
- CARVALHO BRITO DAVIS, M. T. DE — "Tratado das sociedades de economia mista", Rio, 1969, 2 volumes.
- CAVALCANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO — "Tratado de Direito Administrativo", RIO, 1943.
- CHIARELLI, GIUSEPPE — "La personalit  giuridica delle Associazioni Professionale", Padova, 1931.
- CHIRONI (G. P.) e ABELLO (L.) — "Trattato di Diritto Civile Italiano", Torino, 1904.
- CIOFFI, ALFREDO — "Caratteri distintivi degli enti parastatali nel diritto positivo italiano", Milano, 1935.
— "Organizzazioni sindacale", Milano, 1927.
- COTRIM NETO, A. B. — "Direito administrativo da autarquia", Rio, 1966.
- COVIELLO — "Manuale di Diritto Civile", Milano, 1912.
- CRETELLA J NIOR, J. — "Direito Administrativo do Brasil", S o Paulo, 1962, 5 volumes.
- CRISAFULLI-BUSCEMI, SALVADORE — "Pilota Pratico, Corporazione dei Piloti, Contratto di Pilotaggio", Padova, 1932.
- CROME — "System des C. R. I."
- D'ALESSIO, FRANCESCO — "La giurisdizione esclusiva degli organi della giustizia amministrativa rispetto agli atti di enti non esercitanti potere d'imperio", Padova, 1931.
- DEMICHELLI, ALBERTO — "Los entes autonomos", Montevideo, 1924.
- DERNBURG, A. — "Pandektem", Berlin, 1896.
- DE RUGGIERO — "Instituzioni di Diritto Civile", Messina, 1929.
- DUCROCQ, M. TH. — "Cours de Droit Administratif", Paris, 1874.
- DUGUIT, LEON — "De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public", Paris, 1929.
— "L' tat, le droit objectif et la loi positive", Paris, 1901.
— "Traiti de Droit Constitutionnel", Paris, 1905.
— "Transformations du Droit Public", Paris, 1920.
- ENNECERUS — "Lehrb des burg. Rechts".
- FADDA e BENZA — "Diritto delle Pandette de Windscheid", Torino, 1902.
- FASSA — "Giurisprudenza italiana", Torino, 1928.
- FERRARA, FRANCESCO — "La teoria delle persone giuridiche", Napoli, 1915.
- FERRARIS — "Diritto Amministrativo", Padova, 1922.
- FERREIRA, WALDEMAR — "Tratado de Direito Comercial", São Paulo, 1961, 5 volumes.
— "A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo", São Paulo, 1956.

- FERREIRA COELHO, A. — “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, Rio, 1923.
- FORTI, UGO — “Amministrazione pubblica e attività economica privata”.
— “Gli enti parastatali”, Milano, 1934.
- FRANCO SOBRINHO, M. OLIVEIRA — “As Fundações e o Direito Administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1970. volume 100.
- GIAQUINTO — “La responsabilità degli enti pubblici”.
- GIL, OTTO — “Sociedade de economia mista. Natureza jurídica da Rêde Ferroviária Federal S.A. Isenção fiscal”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1960, vol. 60.
- GIORGI, GIORGIO — “La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali”, Firenze, 1889.
- GIRIODI, I. MASSIMO — “I pubblici uffici e a gerarchia amministrativa”, Milano, 1900.
- GUIMARAES MENEGALE, J. — “Direito Administrativo e Sciencia da Administração”, Rio, 1938.
- HAURIOU, MAURICE — “Mélanges”, Paris, 1929.
— “Précis de Droit Administratif et de Droit Public”, Paris, 1914.
- IHERING, RUDOLF VON — “L'évolution du droit”, Paris, 1901.
- JACQUES, PAULINO — “A natureza jurídica dos Institutos de Previdência”, S. Paulo, 1945.
- JELLINEK, G. — “La dottrina generale dello stato”, Milano, 1921.
— “System der subiektivem offentligchen Rechts”, Freiburg, 1902.
- JEZE, GASTON — “Les principes généraux du Droit Administratif”, Paris, 1914.
- KORKOUNOV, N. M. — “Théorie générale du droit”, Paris, 1903.
- LACERDA DE ALMEIDA, F. P. — “Das pessoas jurídicas”, Rio, 1905.
- LOUZADA, ALFREDO JOÃO — “Legislação Social—Trabalhista”, Rio, 1933.
- LYRA FILHO, JOÃO — “Regime de controle das empresas públicas”, Rio, 1963.
- MANCINI, P. S. — “Diritto Internazionale”, Napoli, 1873.
- MATTOS DE VASCONCELOS, JOSÉ — “Direito Administrativo”, Rio, 1936.
- MAURO, F. — “Sul concetto di enti parastatali”, Milano, 1928.
- MAYER, OTTO — “Le droit administratif allémand”, Paris, 1906.
- MEDINA, RUBEM — in *Jornal do Brasil*, Rio, 30-7-70.
- MEIRELLES, H. LOPES — “Direito Administrativo”, São Paulo, 1964.
- MICHOUD, LÉON — “La théorie de la personnalité morale”, Paris, 1906.
- NABUCO DE ARAÚJO, J. T. — “Projeto de Código Civil”.
- NOGUEIRA DE SÁ, A. — “Do controle administrativo sobre as autarquias”, São Paulo, 1952.
- NONATO, OROSIMBO — “Acórdão do Supremo Tribunal Federal”, Rio, 1943.
- OLIVEIRA VIANNA, F. J. — Parecer, 1935.
- ORLANDO, V. E. — “Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano”, Milano, 1900.
- PASSARINHO, JARBAS — in *Jornal do Brasil*, Rio, 30-7-70.
- PINTO, BILAC — “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1953, volume 32.
- PLANIOL, MARCEL — “Traité élémentaire de Droit Civil”, Paris, 1901.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. — “Sociedade de economia mista. Autarquia. Fábrica Nacional de Motores. Emissão de debêntures”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1952, volume 29.

- "Fundação. Pessoa jurídica de direito público e de direito privado", in *Revista Forense*, Rio, 1960, vol. 192.
- PRATES DA FONSECA, TITO — "Autarquias administrativas", São Paulo, 1935.
- PRESUTTI, ERICO — "Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano", Roma, 1920.
- RANELLETTI, ORESTE — "Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative", Milano, 1916.
- "L'organizzazione della pubblica amministrazione nello stato italiano", Padova, 1936.
- "Sentenza 29 maggio 1930 dell' Appello di Milano".
- "Il concetto di pubblico nel diritto", Roma, 1906.
- REZENDE PASSOS, GABRIEL DE — Parecer, Rio, 1936.
- RISPOLI, ARTURO — "Istituzioni di Diritto Amministrativo", Torino, 1932.
- ROSIN — "Das Recht der oecentlichen Genossenschaft".
- SALEMI, GIOVANNI — "Corso di Diritto Amministrativo", Padova, 1936.
- SANTI ROMANO — "La theoria dei diritti pubblici subbietivi", Milano, 1900.
- SARAIVA, OSCAR — "Personalidade jurídica dos entes autarchicos", Rio, 1935.
- SAVIGNY, M. E. C. DE — "Traité de Droit Romain", Paris, 1841.
- SCHILLING, ARNO — "Sociedades de economia mista", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1957, vol. 50.
- SEABRA FAGUNDES, M. — Pareceres avulsos.
- SELIGMAN, EDMOND — "Les personnes morales", Paris, 1877.
- SENNÁ, HOMERO, e ZOBARAN MONTEIRO, CLÓVIS — "Fundações no Direito e na Administração", Rio, 1970.
- TÁCITO, CAIO — "As empresas públicas no Brasil", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 1966, vol. 84.
- "Sociedades comerciais e fundações do Estado", in *Revista Forense*, Rio, 1964, vol. 205.
- Parecer sobre a UEG, in *Boletim da UEG* nº 50, Rio, 1970.
- TEDESCHI, FELICE — "Dei corpi morali", Torino, 1877.
- TELHEIRA DE FREITAS, AUGUSTO — "Esbôço do Código Civil", Rio, 1860 e 1952, 5 volumes.
- TESSITORE — "Gli enti ecclesiastici nel diritto pubblico", Torino, 1915.
- VALENTI, CESARE — "La responsabilità degli amministratori e degli impiegati degli enti autarchici territoriali e delle opere pubbliche di beneficenza ed assistenza", Roma, 1927.
- VAREILLES-SOMMIÈRES — "Les personnes morales".
- VITTA, CINO — "Le persone giuridiche pubbliche in Francia ed in Italia", Modena, 1928.
- VIVEIROS DE CASTRO, A. O. — "Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo", Rio, 1914.
- WALD, ARNOLDO — "As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado", in *Revista Forense*, Rio, 1954, vol. 152.
- WHEATON, HENRY — "Elements du Droit International", Paris, 1848.
- ZANOBINI, GUIDO — "Caratteri particolari dell'autonomia", Padova, 1931.
- ZELLER — "Staat un Kirche".
- ZITELMANN — "Begriff und Wesen der juristischen personem".