

Esta a raiz do problema, de difícil, incerta e variável fixação. Se público o serviço, a coletividade há de pagá-lo; se particular, incumbirão suas despesas aos beneficiários. Público o serviço, a incorporação das redes — objeto do processo em exame — pode ou deve fazer-se. Particular o serviço, aos particulares incumbe criá-lo, mantê-lo e pagá-lo.

Para definir o serviço público, caracterizando-lhe o cerne e a essência, entra-se no *diálogo de surdos* a que aludia um jurista francês. A determinação do conceito causou perplexidade aos doutores e aos tribunais. A Suprema Corte norte-americana, desde o caso *Munn v. Illinois* (94 V. S. 113-154 October Term, 1876) pretendeu defini-lo como aquele atingido por um interesse público ("affected with a public interest"), regulável pelo Estado sob o fundamento do poder de polícia (I.R. Barnes — *Cases on Public Utility Regulation* — N. York, 1938, págs. 1 e segs.). O critério adotado, diante da inconsistência dos termos, seria a analogia entre uma empresa precedente e uma nova, no pressuposto que aquela fosse um serviço público. A propriedade ou a atividade adquiriria interesse público pelas conseqüências de seu uso, quando afetem a comunidade como um todo. Não obstante os precedentes judiciais e a pesquisa dos juristas, não foi possível articular o conceito de serviço público, de forma apriorística e dogmática (cfs. Seabra Fagundes, Caio Tácito — *Rev. de Dir. da PRG* — vol. 14, pág. 561 e 589. Ainda: Temistocles Cavalcanti, idem, vol. 12, pág. 1 e segs.).

Não obstante a largueza teórica da expressão é possível, todavia, por meio de construção interpretativa da Constituição da República e da Constituição da Guanabara, determinar um esboço relativo, de prestância imediata, para o deslinde do problema. Seriam serviços públicos, de responsabilidade do poder público, na ausência de lei, somente aqueles suscetíveis de serem retribuídos mediante taxas. O serviço público há de ser *geral* e não *especial*, abrangendo a primeira categoria os serviços públicos essenciais e não essenciais, segundo a perturbadora fórmula da letra constitucional da Guanabara. Se a utilidade alcança a coletividade, de modo efetivo ou potencial, *uti universi* (Villegas Basavilbaso — *Derecho Administrativo*, III, pág. 56-57), o Estado há de prestá-lo. No caso de abranger pessoas determinadas, *uti singuli*, só a lei poderá atribuí-lo ao Poder público, que, no caso, não pode percuti-lo sobre a comunidade, senão sob a forma de preço. Na última espécie, há beneficiários, isoláveis como grupo ou categoria, com utilização restrita do serviço.

5. Voltando ao ponto fundamental da matéria em exame: a incorporação das redes à rede de iluminação pública, a cargo do Estado, direta-

mente ou mediante concessão, só será atendível se a utilidade abranger a comunidade, e não os moradores de uma vila, ou pessoas que utilizem privativamente certas áreas. Para esse resultado, voltamos a insistir, os elementos decorrentes das obrigações da concessionária são meramente auxiliares e não substanciais. Ocorre que os preceitos contratuais e os do Decreto-lei n.º 5.664, de 1943, não esgotam os casos de serviço público geral, enumeração meramente exemplificativa, num momento dado.

Assinale-se que a resposta ora oferecida à consulta não pode oferecer balizas concretas e definidas. O prudente conselho do administrador, ao aplicar a norma ampla, fará as adaptações caso a caso. A deficiência decorre da fluidez do conceito de serviço público, fluidez muitas vezes nebulosa, que só se esclarece diante de concretas necessidades de ordem geral.

É o parecer, s.m.j.

Em 18 de julho de 1973. — RAYMUNDO FAORO, Procurador do Estado.

COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE COMUNIDADES. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Pretendendo a Alta Administração desvincular da Secretaria de Finanças e vincular à de Serviços Sociais a Companhia de Desenvolvimento de Comunidades (CODESCO), surgiram dúvidas sobre a via adequada à realização do intento. Como se verifica pela Minuta, de fls. 2, a idéia inicial era a de efetivar a providência através de Decreto executivo; a isso, porém, objetou-se (fls. 19) que a vinculação da sociedade à Secretaria de Finanças decorre de preceito inserto no art. 4.º do Dec.-lei n.º 200, de 23.10.1969. Não seria, então, necessária a concretização da providência *através de lei*?

Suscita o problema considerações sobre aspectos que, embora laterais, sem dúvida merecem alguma atenção. Vamos examiná-los suscitamente, antes de ferir o ponto específico sobre que versa a consulta.

2. A criação da CODESCO data de 1968, tendo-se realizado em 26 de março a Assembléia Geral de constituição, que aprovou os Estatutos so-

ciais, registrados em 26 de abril na JUCEG (*Diário Oficial* de 29.7.1968, parte I, págs. 11.628/30). Do capital social, fixado em Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), Cr\$ 294.000,00 (duzentos e noventa e quatro mil cruzeiros) foram subscritos pela COPEG, e os restantes Cr\$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros), em partes iguais, por cinco sociedades de economia mista estaduais (CETEL, COSIGUA, COCEA, CEDAG e CTC) e pelo Senhor Armando Salgado Mascarenhas. Conforme se lê na ata da Assembléia, “a sociedade (...) resultara da necessidade que teve a COPEG de confiar a uma empresa subsidiária a função de promover as medidas necessárias à execução do planejamento elaborado em decorrência do disposto no Decreto “P” n.º 3.881, de 24 de maio de 1966, do Exmo. Senhor Governador do Estado, bem como a integração dos aglomerados subnormais da comunidade normal adjacente, intervindo nos aspectos urbanísticos, habitacionais e outros necessários, iniciativa essa que tem pleno apoio no art. 4.º, inciso II, dos Estatutos sociais e que mereceu a integral aprovação do Exmo. Sr. Governador Francisco Negrão de Lima” (D.O. de 29.7.1968, Parte I, pág. 11.628).

O Estado, portanto, não contribuiu diretamente para a formação do capital inicial da CODESCO — se bem que valha a pena assinalar, desde já, ter mais tarde o Dec.-lei n.º 5, de 22.4.1969, autorizado o Poder Executivo a subscrever ações da Companhia em aumento de capital, assim como a empregar, na integralização do valor respectivo, “além das dotações orçamentárias próprias, quaisquer bens, móveis ou imóveis, da propriedade estadual” (art. 1.º). Tampouco foi a criação da CODESCO autorizada por lei, não sendo possível, em nosso entender, descobrir tal autorização, mesmo sob forma implícita, na regra do art. 6.º da Lei n.º 47, de 23.10.1961, transcrito a fls. 6. ABRAMOS item especial para o exame, sumário embora, das possíveis conseqüências do fato.

3. A circunstância de não haver o Estado, por si, participado *ab initio* do capital da CODESCO é relevante para o desate da questão referente à necessidade ou desnecessidade de autorização legislativa para a criação da Companhia. Não foi ela constituída por iniciativa *do Estado*, mas *de outra sociedade* — COPEG —, da qual ficou sendo subsidiária, tendo a constituição obedecido aos preceitos da legislação comercial aplicável. Resta saber se, assim constituída sem participação direta do Estado e sem lei autorizativa, pode a CODESCO ser considerada, tecnicamente, como uma *sociedade de economia mista*.

O Dec.-lei n.º 383, de 27.5.1970, que aditou às disposições e diretrizes básicas estabelecidas na Lei n.º 1.193, de 20.12.1966, princípios fundamentais constantes do Dec.-lei federal n.º 200, de 25.2.1967, conceitua como sociedade de economia mista “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividades econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Estado ou a entidade de Administração Indireta, ressalvado o caso de atividade submetida a regime de monopólio, quando a maioria acionária caberá apenas ao Estado, em caráter permanente” (art. 1.º, n.º II, c). Mas a criação da CODESCO, recorde-se, foi anterior à entrada em vigor desse diploma: deu-se quando inexistia, no direito estadual, norma que incluísse a autorização legislativa entre as características essenciais da sociedade de economia mista, não incidindo por si só no plano local, ao nosso ver, a regra editada pela União no Dec.-lei n.º 200 — até porque, se tal acontecesse, não teria precisado o Governo estadual inserir em decreto-lei *seu* norma de teor idêntico. Parece-nos que, a partir da data em que começou a vigor o Dec.-lei n.º 283, nenhuma entidade constituída sem prévia autorização legal entra na categoria das sociedades de economia mista; isso, porém, não obsta a que eventualmente se haja de reconhecer semelhante qualidade a algum órgão criado, sem aquele requisito, antes da vigência do Dec.-lei n.º 383.

Importa observar que, no período anterior às inovações legislativas acima referidas, não se costuma arrolar a exigência de lei autorizativa entre as notas típicas da sociedade de economia mista. Ao propósito silenciavam, por exemplo, versando a matéria no plano doutrinário, Temístocles Cavalcanti, *Curso de Direito Administrativo*, 6.ª ed., 1961, págs. 301/5; Heli Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1.ª ed., 1964, págs. 300/4; Bilac Pinto, *O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 32, págs. 4/5; Leopoldo Braga, *Sociedades de economia mista*, in *Rev. de Dir. da PRG*, vol. 12, págs. 81 e segs. — e outros especialistas, que seria ocioso enumerar.

Em parecer publicado no mesmo vol. 32, da *Rev. de Dir. Adm.*, escrevia Seabra Fagundes, a propósito das sociedades de economia mista:

“Como um instrumento, entre tantos outros, de que se vale o Estado para a consecução dos seus fins, a sua utilização não exigiria, em princípio, desde que a administração pública houvesse por oportuno dele socorrer-se, ato legislativo especial. Mas, como importa em

dispor de dinheiros públicos e destes só pode dispor a administração quando lhos credite o Congresso (Constituição Federal, art. 65, n.ºs I, II e V), a formação de sociedades mercantis, com participação da União Federal, se tem feito preceder, sempre, de lei de autorização” (pág. 474: grifamos: as referências do autor são, obviamente, ao texto constitucional de 1946).

Ora, não é necessário, no caso da CODESCO, examinar a ressalva feita pelo ilustre jurista, à luz do sistema constitucional vigente na data da criação da companhia. Com efeito, segundo já se observou, a formação do capital inicial *não contou com a participação direta do Estado*. Da lição, portanto, deve reter-se o princípio afirmado: o uso desse processo de descentralização administrativa, consistente na constituição de sociedades de economia mista, *não postulava autorização legal*.

4. Restaria considerar a própria circunstância de não ter o Estado — ao menos de início — subscrito ações da CODESCO. O traço fundamental da sociedade de economia mista, porém, não reside na participação acionária *direta* da entidade estatal. Mais importante é o fato de constituir a companhia um instrumento da atuação do Poder Público, um conduto de que a Administração se valha para atingir fins cuja realização demanda regime de maior flexibilidade operacional.

Já era assim antes do advento do Dec-lei n.º 383, que reconhece *expressis verbis*, no art. 1.º, n.º 11, *c*, a possibilidade de pertencer a maioria das ações com direito a voto, na companhia mista, “ao Estado *ou a entidade de Administração Indireta*”. Não estamos, pois, incidindo em contradição, quando, após dizermos que a criação da CODESCO *sem autorização legal* não a desqualifica como sociedade de economia mista, porque anterior ao diploma aludido, afirmamos que tampouco a desqualifica como tal o fato de deter a COPEG, e não o Estado, o seu controle acionário. Esta segunda afirmação *não se fundamenta* no texto do Dec-lei n.º 383, que no particular, ao que nos parece, veio apenas *explicitar*, imprimindo-lhe a chancela legal, proposição cuja verdade seria, ainda sem ela, sustentável.

A CODESCO é um dos “órgãos do Estado, competentes para intervir, decidir ou executar a Política Habitacional do Estado da Guanabara” (Dec. “E” n.º 2.711, de 28.2.1969, art. 3.º, letra *d*). Não admira que o Go-

verno Estadual a tenha sempre considerado e tratado como órgão integrante da Administração Indireta — mais exatamente como sociedade de economia mista, já que nem como autarquia, nem como empresa pública poderia ela classificar-se, e de uma quarta espécie não cogita o ordenamento (v. Dec-lei n.º 383, art. 1.º, n.º 11; Dec-lei n.º 434, de 7.7.1970, art. 1.º, que deu nova redação ao art. 4.º da Lei n.º 1.193, de 20.12.1966). Assim, por exemplo, o Dec. “E” n.º 4.923, de 3.6.1974, determinando no art. 1.º aos representantes do Poder Executivo nas companhias mistas, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público promoverem a inserção, nos atos constitutivos dessas entidades, de disposição que submete aos preceitos do Código de Administração Financeira e de seu Regulamento Geral as compras, obras, serviços e alienações de imóveis, arrolou no parágrafo único algumas entidades a que a regra não seria aplicável, incluindo aí a “Companhia Progresso do Estado da Guanabara e suas subsidiárias”. Quer isso dizer que o Dec. “E” n.º 4.923, vê nas subsidiárias da COPEG — entre as quais figura a CODESCO — *sociedades de economia mista*, pois seria absurdo supor que nelas visse empresas públicas ou fundações.

5. É bem verdade que, ao ser criada a CODESCO, vigia na Guanabara a Constituição de 1967, cujo art. 70 disciplinava a prestação de serviços públicos, em termos idênticos aos do art. 73 do texto básico estadual hoje em vigor. Distinguindo entre serviços públicos *essenciais* e *não essenciais*, dispunha e dispõe a Carta Estadual que os primeiros “serão prestados por administração direta ou através de entidades autárquicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, nas quais o Estado, por si ou em associação com outros Estados ou com a União, tenha, no mínimo, 51% das ações com direito a voto, e cujos demais acionistas, inclusive os detentores de ações preferenciais, sejam brasileiros ou estrangeiros radicados no país, ou pessoas jurídicas constituídas exclusivamente por sócios ou acionistas que satisfaçam a estas condições” (§ 1.º); quanto aos serviços não essenciais, “como tais definidos em lei, sua prestação poderá ser delegada ou concedida, nas condições fixadas em lei estadual” (§ 2.º).

A referência à *delegação*, no § 2.º, mostra que a Constituição não restringiu o conceito de “sociedade de economia mista” — ao contrário do que talvez possa parecer a uma leitura apressada do § 1.º — para só ter como tal a que se revista dos caracteres neste enumerados. Conforme ensina Heli Lopes Meireles, *ob cit.*, pág. 279, entram na categoria de “ser-

viços delegados” os “executados por entes paraestatais”, entre os quais, como é notório, se incluem as companhias mistas. Quer dizer que, à luz do sistema constitucional da Guanabara, tais entidades precisam satisfazer os requisitos do § 1.º *para poderem incumbir-se da prestação de serviços públicos* essenciais, sem que isso exclua a possibilidade de existirem outras sociedades de economia mista, desvinculadas de semelhante exigência, e habilitadas a exercer, mediante delegação, apenas serviços públicos *não essenciais*.

Embora nenhuma lei estadual haja até agora definido esses serviços públicos, complementando o preceito da Constituição, parece razoável considerar que a “tarefa de recuperação dos aglomerados subnormais” — atribuída à CODESCO pelo art. 3.º, letra *c*, do Dec. “N” n.º 1.059, de 7.5.1968, e pelo art. 3.º, letra *d*, do Dec. “E” n.º 2.711, de 28.2.1969 — não se insere no rol dos serviços públicos *essenciais*, desde que assim se qualifiquem unicamente aqueles que, “de tão importantes, se constituem num imperativo para a própria subsistência do Estado, como o de defesa nacional, o policial, o sanitário, o diplomático” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, vol. 2.º, 1971, pág. 156). Não havia óbice, portanto, desse ponto de vista, a que se delegasse à CODESCO a prestação do aludido serviço, conquanto ausentes as características reclamadas pelo § 1.º do art. 73 (antigo 70) da Carta Estadual.

Objetar-se-á que à delegação, *ex vi* da parte final do § 2.º, deveria proceder-se “nas condições fixadas em lei estadual”. Nessa cláusula — ainda que contornadas pelo intérprete todas as outras dificuldades textuais — subsistiria, irredutível, a exigência de *assento legal* para a criação de sociedades de economia mista, ou antes para a atribuição, a tais entidades, do mister de prestar serviços públicos, mesmo *não essenciais*. Força é convir, porém, antes de mais nada, que o preceito constitucional não impõe a edição de leis autorizativas *específicas*, a serem elaboradas *caso por caso*: a “lei estadual” de que cogita o § 2.º é diploma *genérico*, onde se fixem *in abstracto* as condições sob as quais se pode legitimamente conceder ou delegar a prestação de serviços não essenciais. Ora, tal lei tampouco existia em 1968; mas não se afigura sensato entender que, à falta dela, ficasse vedada a prática da delegação e da concessão, obstruindo-se as vias de prestação indireta de serviços públicos. O que se tem de concluir, bem ao contrário, é que, enquanto não fosse editada a lei a que faz menção o § 2.º, os serviços públicos não essenciais podiam ser livremente concedidos ou delegados, com observância, é claro, de quaisquer normas então em vigor e acaso pertinentes. Se correto o raciocínio, afastada fica a última

impugnação que se poderia opor à legitimidade da delegação feita à CODESCO.

Assim caracterizada a CODESCO como sociedade de economia mista, e pois como órgão da Administração Indireta, pode-se com maior comodidade enfrentar o problema específico que constitui objeto da consulta. Sem dúvida, em princípio, estabelecida por lei (Dec.-lei n.º 200, de 23.10.1969, art. 4.º) a vinculação da entidade (*verbis* “A Companhia Progresso do Estado da Guanabara e *as suas subsidiárias...*”) à Secretaria de Finanças, derrogação de tal dispositivo também por lei deveria fazer-se. Entretanto, cumpre ter em mente que o Ato Institucional n.º 8, de 2.4.1969, no art. 1.º, autorizou o Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes a “realizar, *por decreto*, a respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal”.

Ora, entre esses princípios figura o que o Dec.-lei estadual n.º 383, de 27.5.1970, expressamente incorporou a seu texto no inciso I do art. 1.º, a saber o de que “as entidades de Administração Indireta consideram-se vinculadas à Secretaria em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”. Assim, se a principal atividade da CODESCO está enquadrada na área de competência de outra Secretaria que não a de Finanças, parece razoável concluir que a transferência da companhia, da órbita desta para a daquela, representará medida de reforma administrativa, suscetível de adoção mediante decreto, nos termos do art. 1.º do AI-8.

É certo que com isso se criará situação esdrúxula sob determinado prisma, destacando-se do chamado “Sistema COPEG” uma das subsidiárias desta sociedade, para inseri-la em outro contexto administrativo. A pretendida transferência não eliminará, é claro, o fato de que a COPEG detém o controle acionário da CODESCO, de sorte que continuarão a depender da primeira, substancialmente, todas as decisões a serem tomadas pela segunda, em assembléia. É manifesta a existência de inconvenientes práticos em tal solução. Esse aspecto, porém, escapa a rigor à alçada da Procuradoria-Geral, que naturalmente se quis ouvir como órgão de consultoria *jurídica*.

É tudo que, salvo melhor juízo, nos parece.

Em 21 de fevereiro de 1972. — JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Procurador do Estado.