

## ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL

— Imposto de transmissão "causa mortis" — Cálculo — Recurso cabível — Agravo de instrumento — Acórdão do Conselho da Procuradoria Geral: Relator Proc. José EDUARDO SANTOS NEVES, 5-2-77 .....	388
— Assembléia Constituinte do Estado do Rio de Janeiro — Comissão Constitucional — Projeto de Constituição do Estado do Rio de Janeiro .....	403
— JOSÉ EMYGDIÓ DE OLIVEIRA (necrológio) .....	473
— MÁRIO REVELLES CASTANHO (necrológio) .....	474
ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO .....	477

DOCTRINA

## AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E AS EMPRESAS PÚBLICAS: CONTROLE E RESPONSABILIDADE

MARIA DA CONCEIÇÃO DO AMARAL MONCH

Ex-estagiária na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro,  
no período 1972/1974

1. INTRODUÇÃO
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA
3. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS
  - 3.1. *Legislação*
    - 3.1.1. Constituição Federal
    - 3.1.2. Reforma Administrativa
    - 3.1.3. Prestação de Contas
    - 3.1.4. Responsabilidade
    - 3.1.5. Fiscalização
  - 3.2. *Doutrina*
    - 3.2.1. Controle Parlamentar
    - 3.2.2. Controle Administrativo
    - 3.2.3. Controle Judicial
    - 3.2.4. Responsabilidade
4. CONCLUSÕES
5. BIBLIOGRAFIA

### 1. INTRODUÇÃO

#### 1.1. *Objetivo do trabalho*

Tem-se em vista dar uma visão geral das formas de controle das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas, principalmente no Brasil, fazendo-se referência também à responsabilidade do Estado por elas em decorrência da tutela Estatal.

Deste modo, o estudo, após as noções gerais e históricas, desdobrar-se-á em duas partes. Na primeira, trataremos da legislação brasileira e na segunda, da doutrina pátria conforme índice.

Tese apresentada no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo — Rio de Janeiro — 1976.

Como o assunto comporta noções preliminares, faremos, nesta introdução, a título de noções gerais, uma breve referência às origens do intervencionismo Estadual às entidades da Administração Descentralizada em geral e apontaremos as divergências doutrinárias existentes na matéria, para, finalmente, no último capítulo, apresentarmos as conclusões.

### 1.2. *Origens do intervencionismo Estatal*

Nem sempre o Estado esteve dividido em três poderes, como o compreendemos hoje, e exercendo três funções básicas indispensáveis à consecução de seus fins: a legislativa, a judiciária e a executiva.

Na antiguidade, e mesmo na Idade Média, o soberano exercia as três funções estatais. Com o correr do tempo foi, cada vez mais, tornando-se difícil ao rei exercer três funções diferentes e, então, surgiu a figura do juiz, que exercia a função julgadora em nome do chefe do governo.

As funções do Estado até a Revolução Francesa eram mais de natureza política e mesmo defensiva do que administrativa, não tendo o significado de nossos dias as intervenções ocasionais na vida econômica e social da Nação.

Podemos dizer que a Ciência Administrativa surgiu quando os governos absolutos foram sendo substituídos por governos constitucionais, até que, finalmente, no século XIX surgiu o Direito Administrativo.

Se, no período de sua formação, o Direito Administrativo se serviu do Direito Civil no qual buscou inspiração para a criação de seus institutos próprios, atualmente recorre novamente ao Direito Privado para disciplinar muitos de seus organismos.

A teoria da separação dos poderes de MONTESQUIEU, em 1748, contribuiu decisivamente para a formação do Direito Administrativo, visto ter sido acolhida pelos Estados de Direito. A partir de então, a vontade do soberano, que era onipotente, não reconhecendo qualquer direito dos súditos, deixou de prevalecer, em virtude da divisão dos poderes.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 23.

A partir de então, tivemos, primeiramente o Estado Liberal, que acreditava no livre jogo dos interesses particulares. Portanto, nos seus primeiros anos de existência o Direito Administrativo era muito limitado, pois o Estado só agia no campo restrito das atividades meramente estatais, fundadas no exercício de sua atividade jurídica, de tutela do Direito. Tinha por base seu poder de império e visava à preservação das seguranças interna e externa e à distribuição da justiça; somente muito limitadamente e, assim mesmo facultativamente, exercia atividade social tendo em vista o bem-estar e o progresso comunitário, por meio de prestações administrativas.

Em decorrência das alterações dos sistemas sociais e tendo em vista as transformações sofridas pelas estruturas institucionais, sociais, econômicas, técnicas e psicológicas, no processo histórico evolutivo, o Estado sentiu necessidade de intervir e atuar, a fim de que, através de uma maior eficácia e eficiência, assegurasse sua sobrevivência e lograsse alcançar seus objetivos.<sup>2</sup>

Assim é que, o Liberalismo Estatal cedeu lugar ao Estado Intervencionista, visando solucionar os problemas sociais que se criaram pelos excessos do liberalismo econômico.

Tratava-se de uma medida de urgência a disciplina das atividades dos particulares por parte do Estado e, assim, este viu-se obrigado a intervir, através de uma ação dinâmica, coordenada e planejada.

Em conclusão, podemos dizer que o Direito Administrativo rege qualquer atividade de administração pública, seja em que poder for que ela se encontre e mantém relações com os demais ramos do Direito, inclusive com ciências não jurídicas.

Quanto à intervenção do Estado, esta se deu primeiramente no campo social, tanto nos Estados Unidos, como na Europa, em face das exigências sociais da população, motivadas pelo crescimento das cidades e em virtude das necessidades, cada vez maiores, de mais serviços públicos. Em 1865 e em 1868, V. STEIN sustentou, em "A Teoria da Administração", a necessidade de se estabelecer no Estado, a par da administração jurídica, uma "administração social", que fosse capaz de corresponder aos reclamos de

<sup>2</sup> Cotrim Neto, A. B., *Direito Administrativo de Autarquia*, p. 20.

sempre mais serviços de interesse público por parte da comunidade.<sup>3</sup>

Inicialmente, a intervenção estatal, visou reprimir a exploração da mão-de-obra do empregado, economicamente mais fraco, pelo patrão, o detentor do capital.

No entanto, a intervenção do Estado revestia a forma de concessão de serviço público, em sua primeira fase.

Se já na Idade Média houve uma certa intervenção do Estado, de um modo conformador, determinando modificações de direito e de relações jurídicas na ordem medieval, com fundamento no "dominium eminens" (o absolutismo do príncipe ou senhor feudal) e no "jus eminens" dos soberanos absolutos, decorrente daquele "dominium eminens", nos tempos modernos, diferentemente, restabeleceu-se, através do Poder de Polícia, a intervenção conformadora do Estado mas, principalmente, no campo econômico. Isto se tornou uma constante em todas as Constituições modernas que se seguiram a Constituição Alemã de Weimar, considerado um importante marco na evolução do pensamento jurídico da humanidade, ou seja, a predominância do pensamento social em substituição ao individualismo, que, em 1919, permitiu ao Estado intervir para condicionar o exercício dos direitos, inclusive o de propriedade, a determinados fins sociais. Passou-se a exercer mais rigorosa e profundamente o poder de polícia.<sup>4</sup>

Nossa Constituição do Brasil, em seu artigo 163, permite ao Estado intervir no domínio econômico, inclusive mediante a instituição de monopólio, quando se faça necessário, "por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa."

O Estado criando empresas autônomas, reservadas à execução de serviços destinados a atender a fins que não se enquadram nas atividades próprias do Estado, ocasionou, imediatamente, uma ampliação do conceito de serviço público, que passou a abranger uma área muito extensa de atividades. Com isto, o conceito de

<sup>3</sup> Cotrim Neto, A. B., Fundamentos Jurídicos da Intervenção do Estado no Setor Privado da Economia, na *Rev. de Ciência Política* n.º 7 (4), p. 27.

<sup>4</sup> Cotrim Neto, ob. cit. p. 28 e 29.

serviço público também veio a sofrer alteração, motivando divergências doutrinárias, principalmente, em países onde a definição de Direito Administrativo está condicionada a de serviço público.

A questão principal é que as empresas públicas, em decorrência de sua própria noção, exercem atividades de natureza industrial ou comercial, que não são próprias do Estado e, portanto, as relações jurídicas que daí derivam, não são as estipuladas pela concepção própria do Direito Administrativo, mas ligadas à disciplina do Direito Privado, sobretudo, o comercial. De tal forma, que a estrutura jurídica de muitas dessas empresas obedecem aos preceitos do Direito Privado, muito embora não escapem à influência de alguns princípios de Direito Público.<sup>5</sup>

Note-se, entretanto, que desde a nossa Constituição de 1937 é permitido ao Estado intervir no domínio econômico, para suprir as deficiências da iniciativa individual e tendo por base o interesse público, consoante art. 135.

### 1.3. Administração Descentralizada

Deste modo, podemos dizer que, no Brasil, tanto as Sociedades de Economia Mista, como as Empresas Públicas e as Autarquias fazem parte da Administração Descentralizada, conforme estabelece o Decreto-lei n.º 200/67, art. 4.º, item II, constituindo importantes instrumentos de ação do Governo, quer no campo econômico, industrial, como no dos serviços públicos em geral.

Considerando-se que a Administração Pública é um sistema de órgãos, através dos quais o Governo presta serviços públicos e intervém no domínio econômico, verifica-se que ela pode ser de duas espécies: direta e indireta. Na Administração Direta, a própria Administração Pública presta serviço público, por intermédio dos órgãos do Governo e obedece a um sistema rígido de controle. Na Administração Indireta, a Administração Pública transfere a outro órgão a execução de determinados serviços, órgãos esses criados por lei e com certa autonomia de ação, como as Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações, nos quais o controle é também mais diversificado.

<sup>5</sup> Brandão, Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, v. 11, 4.ª ed.

São criadas essas entidades da Administração Descentralizada para propiciar maior eficácia e eficiência por parte dos órgãos do Estado nos setores em que a iniciativa privada não tem convenientemente atuado, quer por falta de interesse, quer por falta de recursos, ou ainda, por se tratar de atividades de interesse para a defesa e desenvolvimento da nação.

A descentralização dos serviços públicos, através da criação de empresas públicas, seja "stricto sensu", como no caso das Empresas Públicas propriamente ditas, seja "lato sensu" quando a expressão engloba também a Sociedade de Economia Mista, justifica-se pela necessidade de o Estado suprir a iniciativa privada em setores básicos, por motivos de desenvolvimento nacional e para atendimento das necessidades sociais do povo.

É a concepção moderna do Estado Intervencionista, que deve atuar sempre, onde for preciso, para propiciar melhores condições de vida para todos e, desta forma, servir melhor aos interesses nacionais, tendo em vista, principalmente, o homem, na noção mais atual de Estado de Justiça.

O fenômeno da intervenção do Estado no domínio econômico é de amplitude mundial e onde quer que se vise ao bem estar geral da Nação é preciso que o Estado intervenha com seu poder e seus recursos, para corrigir distorções, melhorar os desníveis sociais e possibilitar condições de vida condignas para as populações.

O Estado passou a ser um valioso meio para se atingir uma adequada justiça social, com possibilidades de realizar, com melhores objetivos, a atividade econômica, visando não ao lucro em si, mas sim ao benefício que estas empresas por ele criadas podem trazer em termos de melhoria e progresso para o povo e para a Nação.

Assim que, podemos dizer que uma empresa de economia mista é aquela em cuja direção participam pessoas públicas, que têm em vista o interesse da comunidade e pessoas privadas, que têm em vista o interesse particular. Sua estrutura é, de fato, o de uma empresa comercial, por ações, a forma mais apropriada para esta colaboração.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Zwahlen, Henri, *Des Sociétés Commerciales avec participation de l'État*, p. 36, "apud" Brandão, Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, v. II, p. 312, 4.<sup>a</sup> ed., 1961.

Existem dois tipos dessas entidades quanto à constituição do capital: as de participação majoritária do Estado e as minoritárias.

A lei determina que nas Sociedades de Economia Mista de Interesse Nacional e em que há participação do Estado seja esta participação majoritária. Isto, no entanto, não impede que também haja uma participação minoritária em atividades consideradas secundárias ao interesse nacional, mas que o Estado participa financeiramente, mais para prestar um mero auxílio financeiro às atividades puramente privadas, visando incentivar a iniciativa privada nacional e garantir condições de sobrevivência, principalmente em face das empresas estrangeiras ou multinacionais, que, através de suas subsidiárias, apresentam certas vantagens sobre as empresas nacionais, oferecendo perigo de dominar o mercado nacional, em virtude dos enormes recursos financeiros que possuem e da tecnologia altamente especializada que oferecem.

Como o Estado Moderno é predominantemente um "Estado Bem-Estar", visto que intervém no setor privado para assegurar um mínimo de condições de sobrevivência da própria sociedade, mediante medidas políticas que visem a erradicação da pobreza, ele não pode ficar alheio aos problemas sócio-econômico-industriais e, apesar de criar certas restrições ao capital estrangeiro, onde haja empresa nacional similar, não pode, todavia, prescindir totalmente dos investimentos estrangeiros, donde, conseqüentemente, precisa estar sempre vigilante, atuante e dinâmico, para competir com tais empresas e impedir que elas dominem a economia nacional.

Podemos a isto chamar de um controle econômico da economia privada pelo direito público.

Como se vê, o controle acionário de certas Sociedades de Economia Mista é, não só necessário, como também fundamental para a autonomia da Nação diante do capital estrangeiro, que, se não devidamente controlado, pode vir a monopolizar atividades básicas para o desenvolvimento do País e mesmo por em risco a segurança nacional.

Deste modo, verifica-se que, quando o Estado detém a maioria das ações de uma Sociedade de Economia Mista, ele, em razão da preponderância financeira e administrativa acentuada, nomeia os administradores da empresa e a dirige na realidade, prevalecendo o interesse público sobre o privado, através do controle dos serviços

pelos prepostos do Estado, em virtude da administração estatal que na verdade existe, embora indireta.

Assim sendo, nota-se que tanto as Sociedades de Economia Mista, como as Empresas Públicas, devem merecer uma disciplina especial que as integre, sistematicamente, nos planos governamentais, como agentes que são da atividade econômica do Estado.<sup>7</sup>

Na realidade, existe uma grande confusão na doutrina quanto à expressão empresa pública, entendendo alguns que ela abrange, em sentido amplo, tanto as Autarquias, como as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas de natureza comercial.

Em nosso Direito, temos os mais relevantes tipos de entes auxiliares do Estado: autarquia, sociedade de economia mista e empresa pública, consoante a Constituição Federal Brasileira, art. 99 § 2.º, combinado com o art. 4.º, item II, do Decreto-lei n.º 200/67. Admite-se, ainda, as Fundações como entidades semi-estatais, dadas as suas características, atribuições e objetivos, embora a nossa lei não a inclua dentre as entidades da Administração Indireta.

A doutrina, não obstante, tem entendido que, de acordo com a lei, na Administração Indireta, a única entidade de Direito Público é a autarquia, porque as sociedades de economia mista devem ter a forma de sociedades anônimas e as empresas públicas qualquer uma das formas admitidas pelo Direito Comercial, sendo, portanto, pessoas jurídicas, de Direito Privado, consoante ao art. 5.º, itens I e II e § único do art. 27 do Decreto-lei n.º 200/67. Quanto às fundações, embora instituídas pelo Estado, para atender a fins públicos, ainda que colocadas sob a supervisão e controle do Estado, têm sido consideradas entidades regidas pelo Direito Civil, de acordo com o art. 2.º, do Decreto-lei n.º 900/69, combinado com os arts. 24 e seguintes do Código Civil, não fazendo parte da Administração Indireta.

Como a “situação jurídica” dessas entidades tem sido motivo de muita “divergência doutrinária”<sup>8</sup>, podemos enumerar as seguintes “indagações” que se fazem quanto ao verdadeiro regime a que estão sujeitas as empresas públicas, tomando-se o termo em sentido amplo.

<sup>7</sup> Tácito, Caio, Controle das Empresas do Estado, RDA n.º 111, p. 1 a 9.

<sup>8</sup> Cotrim Neto, A. B. Autarquias e Empresas Públicas, na Revista do Senado Federal, n.º 38, p. 28/29.

1.º — Embora regendo-se as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas pelo Direito Privado, não apresentam elas “particularidades de pessoas jurídicas de Direito Público”, apesar de a lei dizer que são de Direito Privado?

2.º — Não são essas empresas constituídas com o capital público? Principalmente as empresas públicas “stricto sensu” em que o “capital é totalmente público” e as de economia mista em que o “Estado é o acionista majoritário e são de interesse nacional”, não ficam elas sob a “tutela estatal”?

3.º — Não estão os seus “servidores proibidos de acumular”, igualmente como os funcionários públicos, havendo, portanto, neste particular, igualdade entre os cargos públicos ocupados por funcionários e os contratos regidos pela C.L.T., dos empregados ou servidores dessas empresas públicas, consoante o “art. 99, § 2.º da Constituição Federal”?

4.º — Não estão os “responsáveis pela administração” dessas empresas públicas “sujeitos à fiscalização financeira e orçamentária” pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, independentemente do controle exercido pelo Poder Executivo, conforme a “Lei n.º 6.223/75”; decorrente do art. 70 da Constituição Federal?

5.º — Não é “aplicável também às Fundações” os preceitos da referida “Lei n.º 6.223/75, no que couber”, quanto à “fiscalização financeira e orçamentária” pelo Congresso Nacional e Tribunal de Contas?

6.º — Não tem a empresa pública “privilégio de foro” especial, ou seja, à Justiça Federal para julgar as causas de seu interesse, de acordo com o art. 125, inciso I, da Emenda n.º 1/69?

7.º — Não prevê a “Constituição Federal”, em seu “art. 170, § 2.º”, que tanto as Sociedades de Economia Mista, como as Empresas Públicas, “reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao Dir. do Trabalho e o das obrigações”?

8.º — “Como se conciliar tais princípios de Direito Público e de Direito Privado” que caracterizam as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista?

9.º — “É a responsabilidade do Estado”, como sócio único de uma empresa do tipo comercial, de que natureza será: pública ou privada, limitada ou ilimitada, direta ou indireta?

10.º — Os “bens que constituem o patrimônio da empresa pública”, gozam dos privilégios da impenhorabilidade dos bens públicos em geral?

11.º — “Podem” as empresas públicas e sociedades de economia mista “ficar sujeitas” às disposições concernentes “às cominações legais por abuso do poder econômico”?

12.º — “Aplicam-se, às empresas públicas e sociedades de economia mista, as disposições referentes à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público quanto aos danos” que os seus servidores, nessa qualidade causarem a terceiros, como estabelece a “Constituição Federal em seu art. 107 e § único”?

13.º — Qual a “natureza da responsabilidade” dessas empresas, civil? Administrativa? Penal? “Responde direta ou indiretamente” pelos prejuízos causados por seus servidores e terceiros?

14.º — “É possível intentar-se ação popular contra ato lesivo”, nulo ou anulável, dessas empresas públicas?

15.º — Enfim, diante das formas de controle e fiscalização a que estão sujeitas as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, “qual a natureza jurídica dessas entidades”?

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Consideram-se antecedentes históricos das Sociedades de Economia Mista as Companhias Holandesas e Portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa na constituição, pelo Estado, de empresas de fins econômicos, destinadas a alcançar, através da conquista, dos mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimento para os mercados europeus.<sup>9</sup>

Igualmente, a França, Espanha e Inglaterra também criaram tais companhias de comércio, que existiram até o século XVIII.

Portanto, as Companhias das Índias Ocidentais e Companhia das Índias Orientais, podem ser consideradas as precursoras desse tipo de sociedade, que na ocasião tinham a denominação de companhias de comércio e eram coloniais. O Estado absolutista dava-lhes existência e concedia-lhes favores e privilégios.

<sup>9</sup> Tácito, Caio, Controle das Empresas do Est., *RDA*, n.º 111 p. 1/9.

As Sociedades de Economia Mista, propriamente ditas, no entanto, só começaram a prosperar a partir da 1.ª Guerra Mundial, particularmente na Alemanha que, com a denominação de “*Gemiskte Wirtschaft*”, caracterizavam-se por serem sociedades de capital, constituídas pela associação do Estado e dos particulares, com o objetivo de exercer tarefa considerada de interesse geral.<sup>10</sup>

“No Brasil”, inicialmente adotou-se o sistema de “concessões de serviço público”, e, numa segunda etapa, passou a utilizar-se, simultaneamente, das concessões e das sociedades de economia mista.<sup>11</sup>

A primeira “sociedade de economia mista”, de que se tem notícia no Brasil, foi constituída pelo Banco do Brasil e criada pelo Alvará de 12-10-1808, do então Príncipe Regente.<sup>12</sup>

Atualmente, existem numerosas companhias desta espécie em nosso País.

Em vista de não estarem disciplinadas quais as pessoas jurídicas de Direito Público, nosso Código Civil, em 1916, em seu artigo 14, determinou quais seriam elas, na seguinte ordem: I. A União; II. Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal e III. Cada um dos Municípios legalmente constituídos. Mais tarde, o “Decreto-lei n.º 6.016, de 22-11-1943”, em seu art. 2.º, considerava a “Autarquia pessoa jurídica de Direito Público”, para efeito de imunidade dos bens, rendas e serviços, disciplinando-a como o serviço estatal descentralizado, com personalidade de Direito Público, “explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

Ao que parece, o Instituto do Açúcar e do Alcool, criado pelo Decreto n.º 22.779, de 1933 e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, criado pelo Decreto n.º 22.872, de 29-6-33, podem ser considerados como dois dos primeiros organismos autárquicos.

Para BILAC PINTO, as sociedades de economia mista entraram em declínio face ao advento das modernas empresas públicas, pois se a sociedade de economia mista surgiu para evitar o perigo

<sup>10</sup> Paiva, Alfredo de Almeida, *As Soc. E. Mista e E. P.*, *RDA*, p. 5, n.º 60.

<sup>11</sup> Pinto, Bilac, *O Declínio das S.E.M. e o advento das E. P.*, *RDA* n.º 32, p. 12.

<sup>12</sup> Paiva, *Idem*;

de uma dominação da economia do País pelo monopólio das empresas particulares, já agora, outra forma mais eficiente se apresentava, que era a “Sociedade Pública de um só membro e a sociedade de pessoas jurídicas de Direito Público”, como “conseqüências da evolução e da técnica jurídica para formas sempre mais aperfeiçoadas”, tendo em vista maiores vantagens para a execução de atividades governamentais essenciais, nos campos econômico-financeiro-sócio-políticos, que o Estado se viu obrigado a intervir suprindo a iniciativa privada, para propiciar maior progresso e desenvolvimento ao País e elevar a vida do grupo social a níveis desejáveis.<sup>13</sup>

Para COTRIM NETO, “a primeira empresa pública do Brasil” foi a NOVACAP — Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil, que, constituída em forma de sociedade anônima, em virtude da Lei n.º 2.874, de 19-9-1956, autorizativa; posteriormente teve sua estrutura acionária de empresa, até então formada com capital somente da União, alterada pela Lei n.º 3.751, de 13-4-1960, mediante a transferência de 51% de suas ações para a Prefeitura do Distrito Federal — Brasília. A NOVACAP foi criada para vir a ser uma sociedade anônima, tendo mesmo recebido esta expressão juntamente com sua denominação, mas permaneceu sem uma definição legal até que a reforma administrativa a enquadrou na administração indireta. Como se viu, em todos os setores da NOVACAP o que existia era autoridade, ela não tinha sócios discutindo dividendos e gerindo, o que havia em seu interior era o governo (União e Prefeitura) planejando, executando, nomeando, demitindo e gastando, enfim, tratava-se de uma sociedade de Estado, de governo e administração. No mesmo sentido Oliveira Franco Sobrinho, em “Fundações e Empresas Públicas” e também Caminha Muniz, que, assim, a consideram a primeira empresa pública brasileira, isto é, aquela constituída com capital integralmente de origem pública.<sup>14</sup>

“Em resumo”, excetuando-se as iniciativas pioneiras dos séculos XV e XVI, das Companhias de navegação das Índias Ocidentais e Orientais, e outras que lhes seguiram, que tinham a denomi-

<sup>13</sup> Pinto, Blac, ob. cit., p. 1 a 15.

<sup>14</sup> Cotrim Neto, Teoria da Empresa Pública de sentido escrito, RDA, vol. 122, p. 33 a 37, e Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, *Fundações e Empresas Públicas*, p. 103.

nação de Companhias de Comércio, a “evolução” dos órgãos que prestam serviços públicos, deu-se a partir do sistema de concessões de serviços públicos para empresas particulares, mediante uma delegação para a área privada, tendo em vista a execução de atividades do âmbito do Estado, ou sejam, os serviços públicos essenciais. A esta forma de concessão deu-se o nome de descentralização por colaboração do particular com o Poder Público. Em virtude dos inconvenientes que este sistema começou a trazer aos serviços públicos, que não se desenvolviam adequadamente e não cumpriam suas finalidades a contento, o Estado passou a encampar e a desapropriar essas concessionárias, através de autorizações legislativas. Ampliou-se, assim, a atuação do Estado na área dos serviços públicos e, posteriormente, também no setor econômico, com a criação de Autarquias, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações, sob a forma de descentralização administrativa.

Há, ainda, uma modalidade de execução de serviços públicos por particulares, à qual apenas faremos uma breve referência para completar estas noções gerais da evolução da prestação de serviços público. Trata-se da “permissão de serviço público” instituto adotado pelo Estado em substituição ao das concessões de serviço público por ser mais conveniente ao Poder Público. Através da permissão de serviço público, o Estado, por ato unilateral, discricionário e precário, faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou permite o uso especial de serviços públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições impostas pela Administração Pública. Como, por exemplo, no caso de transporte coletivo, abastecimento, etc. Por se tratar de ato precário, alguns autores entendem que pode ser revogado pela autoridade permitente, não gerando direitos, enquanto outra corrente doutrinária admite que gerará direitos subjetivos.

“Diferenciam-se as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista das Autarquias, embora as três façam parte da Administração Indireta, pelo fato de as Autarquias serem serviços públicos personalizados e descentralizados que se destacam do conjunto da Administração Estatal Direta, ou que foram criados fora dessa organização mas com personalidade jurídica de Direito Público, para se organizarem de acordo com as necessidades dos serviços que visam executar. E, não obstante, as autarquias serem

dotadas de autonomia administrativa e financeira, continuam sob controle e tutela do Estado, quanto à organização e ao funcionamento de seus serviços, bem como no tocante à fiscalização de suas atividades e gestão financeira, pois gozam dos benefícios e privilégios das pessoas jurídicas de Direito Público.”<sup>15</sup>

É conveniente mencionar-se, ainda, que a “intervenção do Estado no domínio econômico”, através das empresas públicas e sociedade de economia mista “só é facultada à União”. Os Estados e Municípios, conquanto possam criar, dentro de suas respectivas circunscrições, a referidas empresas, elas só podem ter em vista a prestação de serviços públicos, conforme estabelecido na Constituição Federal, parágrafo único do art. 163.

“Em síntese”, pode-se dizer que, no Brasil, “primeiramente” a Administração tinha a característica, predominantemente, de “centralização dos serviços públicos”; em uma “segunda fase”, ocorreu uma “departamentização”, em que se atribuía a certos Departamentos atividades relativas aos serviços públicos, como, por exemplo, o Departamento de Correios e Telégrafos, Departamento Nacional de Estradas de Rodagem etc., “e, finalmente”, atingiu-se a etapa da “descentralização Administrativa”, com as “Autarquias, Sociedades de Economia Mista” e “Empresas Públicas”, concretizadas com a “Reforma Administrativa” do Decreto-lei n.º 200/67, modificado pelo Decreto-lei n.º 900/69 e normas subseqüentes.

### 3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS

#### 3.1. Legislação

Aplicam-se às “sociedades de economia mista” e às “empresas públicas” as seguintes disposições legais.

1.º — “Constituição Federal” —

Art. 170. § 2.º — “Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.

<sup>15</sup> Simas, Henrique de Carvalho, *Manual Elementar de Direito Administrativo*, 1974, p. 285.

Art. 170. § 3.º — “A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas”.

Art. 163 — “São facultados a “intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal”, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurado os direitos e garantias individuais”.

Parágrafo único. “Para atender a intervenção” de que trata este artigo, “a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos”, na forma que a lei estabelecer”.

Art. 45 — “A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara” dos Deputados e pelo “Senado” Federal, “dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”.

Art. 70 — “A fiscalização financeira e orçamentária da União” será exercida “pelo Congresso Nacional” mediante “controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo”, instituídos por lei.”

§ 4.º — “O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis” será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior”.

§ 5.º — As “normas de fiscalização financeira e orçamentária” estabelecidas nesta seção “aplicar-se-ão às autarquias”.

Art. 72. § 4.º — “No exercício de suas atribuições de controle de administração financeira, o Tribunal representará” ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional “sobre irregularidades e abusos” por ele verificados”.

Art. 62 — “O orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta” quanto “da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento”.

§ 1.º — “A inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita dos órgãos da administração indireta será feita em dota-



ções globais” e não lhes prejudicará a autonomia na gestão legal dos seus recursos”.

Art. 110 — “Os “litígios decorrentes das relações 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. 122, II).

Art. 111 — “A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior”.

Art. 117. “Os pagamentos devidos pela Fazenda federal”, estadual e municipal, “em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos”, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim”.

§ 1.º “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos” constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho”.

Art. 85. “Compete ao Ministro de Estado”, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem:

I — “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal” na área de sua competência, e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente;

II — “expedir instruções” para a execução das leis, decretos e regulamentos”;

Art. 99. “É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas” exceto: (nos casos que especifica)

§ 2.º do art. 99. “A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Art. 106. “O “regime jurídico dos servidores” admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial”.

Art. 107. “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causariam a terceiros”.

Parágrafo único. “Caberá ação regressiva contra o funcionário, nos casos de culpa ou dolo”.

Art. 153. § 11. “Não haverá” pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou “confisco”, salvo nos casos de guerra externa, psicológica, adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Essa disporá, também, sobre o “perdimento de bens” por danos causados ao erário, ou no caso de “enriquecimento ilícito” no exercício do cargo, função ou emprego “na Administração Pública direta ou indireta”. (Verificar: Banimento — Ato Institucional n.º 13 e Confisco ver o art. 8.º do Ato Institucional n.º 5 e Atos Complementares n.ºs 42, 98 e 99).

Art. 153. § 17. “Não haverá prisão civil por dívida”, multa ou custas, “salvo o caso do depositário infiel” ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

## 2.º — “Reforma Administrativa” —

“Decreto-lei Federal n.º 200, de 25-2-67” — “Art. 4.º, item II” — diz quais as “entidades da Administração Indireta, a saber: Autarquias; Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; enquanto o § 1.º determina que essas entidades consideram-se “vinculadas ao Ministério” em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”.

Art. 5.º — dá a definição legal dessas entidades, a saber:

I — AUTARQUIA — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II — 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, “podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69).

III — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — A “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado”, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69).

§ 1.º — “No caso do Inciso III, quando a atividade for submetida a regime de “monopólio estatal”, a “maioria acionária” caberá apenas à “União”, em “caráter permanente”.

“O art. 6.º” trata dos “princípios fundamentais” da reforma administrativa, enquanto o 7.º refere-se ao “planejamento” e o 8.º à “coordenação”, bem como o art. 9.º. (Título I, Capítulos I e II).

O Capítulo III, compreendendo o “art. 10”, refere-se à “descentralização”, que dispõe dever a execução das atividades da Administração Federal ser amplamente descentralizada.

“O art. 11” disciplina a “delegação de competência”, a qual será utilizada como “instrumento de descentralização”, com o “objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões”, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

### 3.º — “Prestação de Contas” —

“O Decreto-lei n.º 199, de 25-2-67”, D.O. 27-2-67, dispõe sobre a “Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União”, cujos artigos 33 e 34 referem-se à jurisdição do referido Tribunal, que, no tocante à “responsabilidade pela prestação de contas, abrange” todo aquele que arrecadar ou gerir dinheiros, valores e bens da União ou pelos quais esta responda, bem como, “quando houver expressa disposição legal”, os “administradores das entidades da Administração Indireta ou de outras entidades, art. 33”. Por sua vez o “art. 42” deste Decreto-lei estipula as “condições de julgamento, pelo Tribunal, da regularidade das contas” dos administradores da Administração Indireta e das que por força de lei, lhe devam prestar contas, que dependem da apresentação dos seguintes documentos pelos administradores: a) relatório anual e os balanços da entidade; b) parecer dos órgãos internos que devam dar seu pronunciamento sobre as contas; c) certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço. (Inspetoria Geral de Finanças).

“Decreto n.º 71.133, de 21-9-72, D.O. 22-9-72, que aprova o estatuto da empresa pública Financiadora de Estudos e Projetos — FINEP e dá outras providências, “a título de exemplificação”, sobre uma “empresa pública em cujos estatutos está prevista a prestação de contas”. Dispõe o “art. 4.º” do estatuto desta empresa que “a prestação de contas do exercício findo será submetido pela administração da FINEP ao Ministério de Estado de Planejamento e Coordenação Geral que, com seu pronunciamento e os documentos referidos no art. 42 do Decreto-lei n.º 199/67, a enviará ao Tribunal de Contas, até 31 de maio do exercício subsequente”. Prevendo o inciso XIII do art. 13, dentre as atribuições do Presidente a de: “Encaminhar ao Ministro do Planejamento e Coordenação Geral, até 31 de março, a prestação de contas do exercício findo com a decisão do Conselho Diretor e o pronunciamento do Conselho Fiscal, bem como os documentos necessários ao exercício da supervisão ministerial nos termos do art. 26 do Decreto-lei n.º 200/67”. Para efeito de aprovação das referidas contas, nos termos da letra “e”, do parágrafo único do mencionado art. 26 do D.L. 200/67, pelo Ministério supervisor.

“Lei n.º 6.223, de 14-5-75, D.O. de 15-7-75, “Dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional” e dá outras providências. Dispõe o “art. 7.º” desta lei que: As “entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado”, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva Administração Indireta, “ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas” competente, “sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo”. § 1.º. “A fiscalização” prevista neste artigo “respeitará as peculiaridades de funcionamento da entidade”, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos, e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação segundo os métodos do setor privado da economia”.

“Resolução n.º 166, de 12-8-75, do Tribunal de Contas da União, disciplinando o exame das tomadas de contas, em seu art. 2.º, estabelece os requisitos necessários para o julgamento, pelo Tribunal, das contas dos administradores das entidades da Administração Indireta, Fundações, Serviços Sociais Autônomos e outros organismos congêneres, que, em resumo, são os mesmos estabelecidos no De-

creto-lei n.º 199/67, já referidos, com especificações mais detalhadas.

#### 4.º — “Responsabilidade”

Sobre responsabilidade temos vários aspectos a considerar, a saber: o administrativo, o civil e o penal.

Para efeito de “abuso de autoridade”, a “Lei 4.898, de 9-12-65, regulou o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, estabelecendo em seu art. 5.º, que, para os seus efeitos, “considera-se autoridade” quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

As “instâncias penal, administrativa e civil”, são independentes, podendo, todavia haver comunicabilidade de juízo, consoante o disposto no art. 1.525 do Código Civil e art. 200, da Lei n.º 1.711/52.

Embora o “Estatuto dos Funcionários Públicos” não se aplique aos servidores da Administração Indireta, esses servidores equiparam-se aos referidos funcionários no tocante aos crimes funcionais e à proibição de acumular, “sendo, assim, de se lhes aplicar as normas penais relativas aos crimes contra a Administração Pública, a que se referem os “arts. 312 a 326 do Código Penal”, tendo em vista o “conceito amplo de servidor público” apresentado pelo “Código Penal em seu art. 327”; combinando-se esta definição com as “normas relativas ao sequestro e perdimentos de bens, com abuso do cargo, função pública ou emprego de entidade paraestatal, a que se referem as Leis n.ºs 3.164, de 1-6-57 e 3.502, de 21-12-58”, que também “abrangem os servidores da Administração Indireta, dada a concepção ampla de servidor público que contém”. Igualmente as “disposições dos funcionários públicos quanto à proibição de acumular cargos públicos atingem os servidores da Administração Indireta”, consoante o estabelecido no “art. 99 § 2.º da Constituição Federal”.

Entende-se, ainda, que “além da responsabilidade criminal e da de acumular”, mencionadas acima, “aplica-se também aos servidores da Administração Indireta as seguintes disposições legais: inviolabilidade no exercício da função pública — art. 142, inciso III, do Código Penal; perda da função pública e interdição de direitos, — Código Penal, art. 67; não podem sindicalizar-se, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 566; afastamento do cargo

para candidatar-se a mandato eletivo — Constituição Federal e Lei Eleitoral; requisição para servir junto à Justiça Eleitoral”, conforme determina a “Lei Eleitoral; previdência social” para o pessoal sujeito ao “regime trabalhista — Lei n.º 6.184, de 11-12-74”, bem como as “disposições da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Portanto, o “Estatuto dos Funcionários Públicos, Lei n.º 1.711/52, aplica-se, indiretamente, ao pessoal da Administração Indireta” de que estamos tratando, isto é, das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, porque quanto aos servidores autárquicos, o entendimento é de que são funcionários públicos e não estamos cogitando deles neste trabalho. Dispõe a “Lei n.º 1.711/52”, em seus “arts. 196 a 200” sobre as “responsabilidades civil, penal e administrativa”; e há demissão nos casos do art. 207. Também estão enquadrados nos “crimes contra a Segurança Nacional”, de que trata o “Decreto-lei n.º 898, de 29-9-69”, não somente no tocante a estarem sujeitos às suas penalidades, como também por se considerar circunstância agravante o fato de se tratar de funcionário ou servidor da Administração Indireta, consoante o disposto no art. 49, inciso I. “Proíbe-se”, ainda, o direito de greve por parte dos servidores públicos, conforme “art. 40, parágrafo único deste Decreto-lei, e art. 162 da Constituição Federal”, que não permite greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei: o “direito de greve está regulado, também, na “Lei n.º 4.330, de 1-6-64”, tendo em vista disposição análoga da Constituição de 1946, art. 158, encontrando-se enumeradas as atividades fundamentais nos arts. 12/14 e nos casos em que o Presidente da República especificar.

Enquanto o “fundamento da responsabilidade civil”, de acordo com o “Código Civil Brasileiro”, reside na culpa, “art. 159”, o fundamento da “responsabilidade do Estado” é objetiva, isto é, independe de culpa, consoante o “art. 107 da Constituição Federal do Brasil”. A responsabilidade do Estado, portanto, é mais acentuada, havendo dano, há o direito de reparar, embora tenha o Estado o direito de ação regressiva contra o servidor que acarretou o prejuízo ao terceiro.

Podemos dizer que os “artigos 1.522 a 1.526”, relativos à “responsabilidade civil e ação regressiva”, são princípios que também podem ser aplicados, em decorrência do estabelecido no “art. 15 do C. Civil”.

Igualmente os “princípios do direito comercial de responsabilidade do comerciante pelos atos dos representantes e prepostos, artigos 75 a 77 do Código Comercial”, também se aplicam nesta matéria.

O “Código de Processo Civil” também dispõe sobre o processamento das diversas ações que cabem em decorrência das responsabilidades civil e comercial.

Em resumo, aplicam-se as “normas relativas às Sociedades Comerciais”, à Falência, solidariedade civil e comercial e conseqüentes normas processuais” quanto à responsabilidade desses administradores de empresas públicas. Surgindo, conseqüentemente, a questão da “impenhorabilidade dos bens públicos”, visto que tais empresas são públicas, porquanto constituídas com capital do Estado (art. 649, inciso I do Código de Processo Civil e art. 648 do mesmo diploma legal).

O “regime jurídico do pessoal das empresas públicas” é, em geral, o da “Consolidação das Leis do Trabalho, salvo nos casos já mencionados”, o que se conforma perfeitamente com a interpretação do art. “182 do Decreto-lei n.º 200/67”, a saber: “Nos casos dos incisos II e III, do art. 5.º), e no do inciso I do mesmo artigo, quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos, o regime jurídico do pessoal será fixado pelo Poder Executivo”.

#### 5.º — Fiscalização —

De acordo com o “art. 183 do Decreto-Lei n.º 200/67, as entidades” e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, “que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado” nos termos e condições estabelecidos na legislação pertinente a cada uma.

Temos, ainda, o “controle financeiro e orçamentário” de que trata a “Lei n.º 4.320, de 17-3-64”, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, a qual, em seus “artigos 75 a 82”, estabelece as “disposições gerais do controle da execução orçamentária, interno e externo”, de todos os atos dos agentes responsáveis por bens e valores públicos. Dispondo, ainda, o “art. 107” da mencionada Lei que: “As “entidades autárquicas e paraestatais”, inclusive de previdência social ou

investida de delegação para “arrecadação de contribuições parafiscais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” terão seus “orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal” expressa determinar “que o sejam pelo Poder Legislativo”. Parágrafo único. “Compreendem-se nesta disposição as empresas” com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público”.

Já o “Decreto n.º 65.769, de 2-12-69”, que altera a constituição e competência do “Conselho Monetário Nacional”, realiza um “controle político-financeiro-orçamentário”, quanto às instituições financeiras públicas federais. Dispõe este Decreto que, independentemente da vinculação administrativa estabelecida no art. 189 do Decreto-lei n.º 200/67, as instituições financeiras públicas federais submeterão para aprovação, ao Conselho Monetário Nacional, com a prioridade por ele prescrita, seus programas de recursos e aplicações, assim como suas modalidades operacionais, de forma a que se ajustem à política de crédito do Governo Federal, conforme art. 3.º. Dispondo, também, nos parágrafos 1.º e 2.º deste artigo o seguinte: “§ 1.º”. Para os fins previstos neste artigo, “as instituições financeiras públicas federais ficam obrigadas a remeter ao Banco Central do Brasil”, impreterivelmente, até o dia 30 de novembro de cada ano, “o Orçamento” de recursos e aplicações para o exercício seguinte. “§ 2.º”. Mensalmente, os “presidentes das Instituições” de que trata este artigo “reunir-se-ão com os Presidentes do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, para avaliar o curso de suas operações” e, imediatamente, “após o encerramento dos balanços semestrais, apresentarão” ao Conselho Monetário Nacional “relatório de suas atividades”.

Existe, também, uma “fiscalização que se estende à gestão econômica da empresa e seu regime de contabilidade” e que se exerce por processo indireto de consulta e “a posteriori”. Trata-se do “controle exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, a que se refere o “art. 18” da “Lei n.º 4.137, de 10-9-62”, que regula a “repressão ao abuso do Poder Econômico”. Dispondo este artigo, além do que já foi dito acima, que “o CADE exercerá a fiscalização da administração das empresas de economia mista e das que constituem patrimônio nacional”, sob qualquer forma de organização. O “artigo 26” estabelece que a existência de “abusos do poder econômico” será apurada em “processo administrativo”

instaurado pelo CADE. Esta Lei foi “regulamentada pelo Decreto n.º 52.025, de 20-5-63”, que, em seu art. 12, estatui: “O CADE tem a incumbência de”: I — apurar e reprimir os abusos do poder econômico; II — fiscalizar a administração e a gestão das empresas em que a União tenha interesse; III — fiscalizar a contabilidade de empresas de qualquer natureza; e IV — efetuar pesquisas econômicas”.

Podemos, ainda, acrescentar o “controle exercido através de Ação Popular”, previsto na “Constituição Federal, art. 153, § 31, a saber: “Qualquer cidadão” será “parte legítima” para “propor ação popular” que “vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. Ação esta regulada pela Lei n.º 4.717 de 29-6-65”.

Finalmente, mencionamos o “controle judicial”, que é próprio do “Poder Judiciário”, constante do “art. 153 § 4.º da Constituição Federal”. Este “controle Judiciário” se exerce “tanto na ordem civil como na penal”, consoante se depreende do texto Constitucional: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual”. É o “direito de ação”, manifestação particular do direito individual de todo homem, garantia fundamental de todo sistema jurídico baseado nos princípios essenciais de liberdade de ação do indivíduo, de respeito ao direito da sociedade e de segurança social, que tem suas origens na “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, em 1789 e perduram até nossos dias como mandamentos básicos.

### 3.2. Doutrina

Podemos dizer que, “no tocante ao controle”, tanto as Sociedades de Economia Mista, como as Empresas Públicas, no Brasil, estão sujeitas aos “três tipos de controles”: “Parlamentar” (Constituição Federal, arts. 45 e 70); “Administrativo” (Decreto-lei n.º 200-67), arts. 19/20, 25/27 — através da supervisão Ministerial, externa e por meio dos controles internos, previstos nos Estatutos, por meio dos órgãos da empresa — Conselhos Fiscais, Assembléias Gerais e Órgãos de Auditoria) e “Judicial” (Art. 153 § 4. da Constituição Federal, quanto ao aspecto da legalidade).

O “Controle Parlamentar” é o exercido exclusivamente pelo Poder Legislativo, sob o “duplo aspecto da legalidade e da conveni-

ência” pública, de forma que tem característica de controle eminentemente político e adstrito aos interesses coletivos da comunidade, alheio aos direitos individuais do administrador.<sup>16</sup>

O “Controle Administrativo”, que se apresenta sob várias formas e pode ser exercido por vários órgãos, é um “controle de legalidade, da conveniência e da eficiência” que o “Poder Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades”, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas de sua realização, “a fim de que a atividade pública alcance a sua finalidade”, qual seja a de “pleno atendimento dos interesses coletivos” a cargo da Administração em geral.<sup>17</sup>

O “Controle Judicial” é da “competência exclusiva do Poder Judiciário” e “se restringe” ao “exame da legalidade dos atos administrativos”. “Não pode o Judiciário entrar no mérito” dos atos administrativos, ou seja, revê-los sob o aspecto da sua conveniência, da sua utilidade ou da sua oportunidade, pois estas questões estão dentro do poder discricionário de que dispõe o Poder Executivo.<sup>18</sup>

#### 3.2.1. O Controle Parlamentar

O Poder Legislativo dispõe de prerrogativas Constitucionais para exercer tal controle, que se desenvolve sobretudo no que diz respeito ao “controle orçamentário e financeiro”, consoante o disposto no art. 70 e parágrafos da Constituição Federal”.

“A fiscalização financeira e orçamentária da União”, de acordo com nossa Carta Magna, é exercida, mediante controle externo pelo Congresso Nacional e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

O “controle externo do Conselho Nacional” é exercido com o “auxílio do Tribunal de Contas”, considerado seu órgão auxiliar para efeito de apreciação das contas do Presidente da República, desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária,

<sup>16</sup> Meirelles, Hely Lopes, A Administração Pública e seus controles, RDA, vol. 114, Págs. 24/25.

<sup>17</sup> Idem, Págs. 25.

<sup>18</sup> Pontes, Waldir, Programa de Direito Administrativo, p. 232.

“bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”.

Aplica-se o “controle externo de fiscalização financeira e orçamentária também à Administração Indireta”, conforme dispõe o Decreto-lei n.º 199/67, Lei n.º 6.223/75 e Resolução do Tribunal de Contas n.º 166, de 12-08-75, bem como a Constituição Federal em seu art. 70 § 1.º.

É interessante transcrever-se o comentário feito por JOSÉ JAPPUR sobre o controle financeiro pelo Tribunal de Contas da Administração Indireta, a saber: “De certa forma, “o art. 7.º da Lei Federal n.º 7.223, de 1975, veio explicar o que, de maneira global, autorizava o art. 13 do Decreto-lei n.º 200”: O “controle” das atividades da administração federal “deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos...” Não se percebe qualquer distinção no dispositivo entre a administração direta ou indireta”.<sup>19</sup>

Tendo em vista que o “controle externo se realiza tendo por base o controle interno dos órgãos”, é conveniente estabelecer-se a distinção entre ambos. O “controle interno” é exercido pelo Poder Executivo visando à criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e assegurando a regularidade da realização da despesa e receita. Acompanha a execução de programas de trabalho e orçamento e avalia os resultados alcançados pelos administradores, bem como a verificação da execução dos contratos. O “controle externo” tem em vista verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei do Orçamento, apresentando-se sob vários aspectos: político, legal, contábil e financeiro.<sup>20</sup>

Note-se, porém, que o “controle” da Administração Indireta é realizado “a posteriori”, pelo Tribunal de Contas, como todo processo de tomada de contas, até mesmo da Administração Direta.

“A função fiscalizadora é”, no entender de WILSON GONÇALVES, “uma das mais relevantes atribuições do Congresso Nacional”.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Jappur, José, A Dialética do Controle Financeiro, RDA, vol. 22, p. 427.

<sup>20</sup> Rosas, Roberto, Aspectos dos Tribunais de Contas, R. Senado, p. 34, vol. 24.

<sup>21</sup> Gonçalves, Wilson, A Fiscalização Financeira da A.I., Senado, n.º 39, p. 50.

Entretanto, dada a amplitude que o controle financeiro e orçamentário da Administração Indireta envolve, bem como as suas peculiaridades de direito público e privado, certamente que o seu controle não pode ser idêntico ao da Administração Direta, como bem observa CAIO TÁCITO, lembrando ele que “a lei pode criar órgãos destinados a auxiliá-lo” (ao Tribunal de Contas) “no exercício de suas funções e na descentralização de seus trabalhos”, conforme dispõe o art. 72 § 2.º da Constituição Federal. Isto porque, o regime de controle financeiro das empresas estatais deve conciliar o princípio constitucional amplo do julgamento das contas de todos os responsáveis por bens e valores públicos (C.F., art. 70 § 1.º) como também o princípio, igualmente Constitucional, segundo o qual as empresas públicas e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas. (C.F., art. 170 § 2.º).<sup>22</sup>

CAIO TÁCITO sugere que o acompanhamento da gestão das empresas do Estado se faça por meio de “controle funcional”, a se instituir, e que tenha por objetivo a aferição da eficiência, legalidade e moralidade administrativas, em todos os níveis, compreendendo, assim, as sociedades comerciais do Estado. Indica o controle parlamentar existente nos países nórdicos, onde surgiu, em 1809, a figura do OMBUDSMAN, que é um “Comissário Parlamentar”, incumbido do “controle de administração pública” e que, embora desprovido de poderes jurisdicionais, exerce competência efetiva na fiscalização sobre os abusos do poder administrativo, especialmente em função de reclamações dos administrados.<sup>23</sup> (Suécia — 1809; Finlândia — 1919; Dinamarca — 1953; Noruega — 1963; Nova Zelândia — 1961; Grã-Bretanha — 1969 e alguns ensaios em nível local nos Estados Unidos).

### 3.2.2. O Controle Administrativo

Trata-se de um “controle próprio do Poder Executivo”, mas que, no tocante à “apuração de irregularidades funcionais”, é “feito também pelo Tribunal de Contas”, conforme acentua HELLY LOPES MEIRELLES, ao esclarecer: “A prestação de contas não

<sup>22</sup> Tácito, Caio, ob. cit., p. 7/8.

<sup>23</sup> Tácito, Caio, ob. cit., p. 4/5;

se refere somente aos dinheiros” públicos, à gestão financeira, “mas a todos os atos administrativos” de um Governo “e a todos os órgãos e entidades de uma administração”. Mas certamente por sua repercussão imediata no erário, a administração financeira está sujeita a maiores rigores de fiscalização, tendo a Constituição da República determinado que, no âmbito federal, seja submetida ao controle interno do Poder Executivo e ao controle externo do Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas. (art. 70 e §§)”.<sup>24</sup>

Em suma, o controle administrativo exerce-se; 1.º — pelos próprios “órgãos internos” da Administração (controle hierárquico propriamente dito) e 2.º — por “órgãos externos” incumbidos do “juízo dos recursos (tribunais administrativos) ou das “apurações de irregularidades funcionais (órgãos correccionais). Todos “esses controles podem ser”:

a) preventivos — pelos quais se estabelecem formalidades e “exames prévios” dos atos administrativos para adquirirem eficácia e operatividade;

b) sucessivos — pelos quais se acompanha a formação dos atos e

c) corretivos — através dos quais se corrigem os atos defeituosos e ilegítimos.<sup>25</sup>

O “controle administrativo”, quanto as entidades da Administração Indireta, encontra-se no “Decreto-lei n.º 200/67” dentre os “princípios fundamentais da Reforma Administrativa”, na medida em que ele deve exercer-se “em todos os níveis e em todos os órgãos”, consoante o disposto no art. 13 do referido Decreto-lei. “Ajustando-se dentro dos demais princípios enumerados como fundamentais para as atividades da Administração Federal”, a saber: “planejamento, coordenação, descentralização” e “delegação de competência”, conforme art. 6.º do mesmo Decreto-lei.

Portanto, as disposições referentes à “supervisão ministerial”, de que tratam os arts. 19 a 29 do Decreto-lei 200/67, são formas de “fiscalização e controle da Administração Indireta”, especialmente mencionadas nos “arts. 19, 20, 25 e 26”.

<sup>24</sup> Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 25.

<sup>25</sup> Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 25.

Para FRANCO SOBRINHO, o “controle, pela tutela e pela fiscalização”, é, antes de tudo, o “legal e o estatutário, porque quem o determina”, em razão das conveniências do serviço público, “é o Estado quando criador ou instituidor de empresas públicas” ou de fundações. Para esse autor, “este controle, é indispensável” em face do “fim público”, e, além da “subordinação hierárquica e jurisdicional, apresenta dois aspectos fundamentais e essenciais”:

a) “o aspecto financeiro”, das contas administrativas, da receita e da despesa, e das inversões programadas; e

b) “o aspecto técnico”, decorrente da execução do serviço da sua executoriedade normativa e processo adequado. Portanto, mesmo dentro do princípio da maleabilidade de funcionamento das empresas públicas e das fundações, não há como escapar, apesar do regime de autonomia, ao controle fiscalizador rígido ou formal, porque se trata do interesse público que está em cogitação, embora ele exista por meio de um serviço descentralizado.<sup>26</sup>

Considera-se que, pelas suas características, a empresa pública se apresenta como ente paraestatal, permanecendo na zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as atividades privadas de fins industriais; “sujeita-se ao controle direto do Estado na dupla linha administrativa e política”, uma vez que seu patrimônio, sua direção e seus fins são estatais e reveste-se da forma privada tão somente para o desempenho de suas atribuições públicas.<sup>27</sup>

Há, ainda, que se mencionar o “controle administrativo”, expresso mediante a supervisão ministerial, “que pode, também, se desdobrar em dois níveis, ou graus de organização, subordinando-se as empresas a uma sociedade holding”, que exerce a coordenação setorial, debaixo do comando ministerial superior. É o sistema italiano do I.R.I. e do E.N.I. e na Alemanha, os três modelos de grupos HONZERNE que operam como empresas holdings: a VIAG, a VEBA e HERMANNGORINGWERKE. Havendo no Brasil a empresa holding ELETROBRÁS, que coordena as empresas subsidiárias.

<sup>26</sup> Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, *Fundações e Empresas públicas*, p. 262/263.

<sup>27</sup> Jungmann, Fernando, *A Concessão de Serv. Púb., A Emp. Púb. e a Soc. de Ec. Mista no D. Bras*, *Revista Forense*, n.º 247, p. 429.

rias estatais no setor de energia elétrica e a PETROBRÁS, para coordenar as empresas subsidiárias de portos e vias navegáveis.<sup>28</sup>

Em resumo, “o poder hierárquico tem por missão: ordenar, coordenar, controlar e corrigir a atividade administrativa”. São permitidos “recursos administrativos”, como instrumentos capazes de propiciar o “reexame da atividade administrativa pela própria Administração”, através da “representação, reclamação e o pedido de reconsideração”. Esses recursos hierárquicos podem ser “próprios e impróprios.”<sup>29</sup>

### 3.2.3. O Controle judicial

Como o Poder Administrativo não tem função judicante, “é”, em última análise, “ao Poder Judiciário que compete apreciar que tem razão sob o aspecto da legalidade”.

“Só duas exceções permite a Constituição quanto ao monopólio jurisdicional do Poder Público”, quanto à matéria contenciosa administrativa. De acordo com SEABRA FAGUNDES, a “primeira exceção” refere-se aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, quando conexos com o desse e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em que os julgamentos competem ao Congresso Nacional e a “segunda exceção” diz respeito ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda de bens e valores públicos, conforme Constituição Federal, art. 42, inc. I; 44 inc. VIII e 71 § 4.º, c/c o 70 § 1.º.<sup>30</sup>

Trata-se do “sistema administrativo de jurisdição única” adotado pelo nosso País, ou seja, as decisões administrativas ou pronunciamentos da chamada justiça administrativa não são, pois, conclusivos, quando contrários aos particulares, que podem sempre recorrer ao Judiciário, se se julgarem lesados pela prática de um ato administrativo, a fim de obterem a revisão da decisão administrativa, através de um último controle, o da legalidade.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Tácito, Caio, ob. cit., p. 5.

<sup>29</sup> Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 27.

<sup>30</sup> Fagundes, M. Seabra, *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, P. 139;

<sup>31</sup> Pontes, Walmir, ob. cit., p. 53;

É preciso, no entanto, ressaltar-se que a “nossa Constituição” prevê, em seu “art. 111”, que a “lei poderá criar contencioso administrativo” e atribuir-lhe competência para o “julgamento das causas oriundas de litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, causas estas mencionadas no artigo anterior, ou seja, o “art. 110 da Constituição”.

“Este artigo tem causado uma enorme polêmica na doutrina” brasileira, havendo sido criada comissão para estudar a viabilidade de sua instituição no Brasil e até o momento nada haver de concreto, neste sentido, pois a referida “Comissão conclui” que “a expressão contencioso administrativo”, usada pelo legislador de 1969, “não foi empregada em seu sentido técnico”, de acordo com o que preceitua a doutrina brasileira, “posto que” o contencioso administrativo “ficaria subordinado ao Poder Judiciário”, o que é inadmissível. Enfim, a referida Comissão Especial, constituída pelos juristas WILSON DE CAMPOS BATALHA e CAMILO ASHCAR e presidida por CRETELLA JR. concluiu que: “O instituto previsto no art. 111 da emenda”, denominado impropriamente de contencioso administrativo, “nada mais seria do que uma Justiça Administrativa Trabalhista subordinada ao Poder Judiciário”, a quem caberia resolver os litígios decorrentes da relação de emprego na órbita federal, sendo partes da relação processual de um lado, a União, ou Autarquia Federal, ou Empresa Pública Federal, de outro lado, o servidor vinculado a uma dessas entidades.”<sup>32</sup>

“O sistema administrativo de jurisdição é adotado no Brasil”, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Itália, no México e em outros países, diferindo do chamado “sistema do contencioso administrativo, ou sistema de dúplice jurisdição”, no qual os “conflitos entre os particulares e a administração pública são por esta mesma resolvidos em definitivo”. De acordo com WALMIR PONTES, este sistema é “originário da França”, chamando-se, também, de sistema francês, e existe na França, Finlândia, Grécia, Turquia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Suíça e Hungria, entre outros países.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Cretella Jr., José, *O Contencioso Administrativo na Constituição de 1969*, *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 117, p. 46;

<sup>33</sup> Pontes, Walmir, ob. cit., p. 52;



Há, no entanto, no Direito Brasileiro, algumas hipóteses, de “imunidade da ação administrativa ao controle jurisdicional”, como é o caso da “prisão militar”, para a qual “não cabe habeas corpus”, consoante art. 153, § 20 da Constituição Federal.<sup>34</sup>

Para “obter a invalidação de ato administrativo ilegítimo”, a “parte interessada poderá valer-se do procedimento judicial comum (ação ordinária), ou de meios especiais, adequados à defesa de direitos individuais (mandado de segurança, ação cominatória, interditos possessórios, etc) ou à preservação do patrimônio público” lesado pela própria Administração (“ação popular”).<sup>35</sup>

“São”, portanto, “insuscetíveis de controle judicial, os atos políticos” que dizem respeito à superior orientação da vida do País, quer no plano internacional, quer no plano interno, como, por exemplo, os referentes à política exterior do País, à política econômico-financeira e à política sanitária, “bem como os atos discricionários” do Governo, ou sejam, os atos decorrentes do Poder Discricionário, como, por exemplo, a nomeação de Ministros, indicação de embaixadores, declaração de guerra e outros.<sup>36</sup>

De acordo com GARCIA DE ENTERRIA, “três são as áreas imunes ao controle jurisdicional”: 1.<sup>a</sup>) a “área de atuação do Poder Discricionário; 2.<sup>a</sup>) a área de atuação “do poder do governo”; e 3.<sup>a</sup>) a área de atuação do “poder normativo”.<sup>37</sup>

Interessante notar-se que ENTERRIA, conforme DIOGO DE FIGUEIREDO, revelou, em sua Conferência realizada em 1969, na antiga Guanabara — ESPEG — as “novas técnicas de controle do ato discricionário”, que consiste no “desuso da técnica do desvio de poder”, utilizada para atacar o ato eivado de vício de finalidade; até mesmo na França, onde surgira como notável criação do Conselho de Estado, “estando o desvio de poder sendo substituído”, aos poucos, “por novas técnicas”, como, por exemplo, “a do controle do motivo e outras mais recentes”. Menciona, ainda, que as novas correntes “distinguem o controle de existência do controle de valorização”, permanecendo na esfera da imunidade apenas

<sup>34</sup> Ferreira, Sérgio Andréa, *Lições de Direito Administrativo*, p. 91.

<sup>35</sup> Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 24.

<sup>36</sup> Pontes, Walmir, ob. cit., p. 233;

<sup>37</sup> Enterrria, Garcia apud Moreira — n.º 22; Neto, Diogo de Figueiredo, *Controle Jurídico da Adm.*, p. 290, *R. Proc. Geral* GB;

este, não aquele, pois, não só a simples inexistência de motivos como, mais sutilmente, a sua falsidade, são contrastáveis. Considera que o “controle jurisdicional pode confrontar o motivo”, explícita ou implicitamente utilizado “como fundamento do ato”, “com um paradigma abstrato”.<sup>38</sup>

A “Teoria da Discricionariedade passível de controle quando as opções da Administração são motivadas por conceitos jurídicos indeterminados”, para MOREIRA NETO “não pode prosperar”, porque a própria “legislação já contempla” as exceções, ou seja, quais “as hipóteses em que o Judiciário poderá apreciar a justa aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados”, como, por exemplo, na desapropriação, em que o Judiciário calcula o “justo preço”, na cominatória edilícia, em que se determina o estado de “ruína iminente” e no mandado de segurança, quando o Presidente do Tribunal poderá suspender a execução de liminares apreciando a existência de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia popular”. “Não considera”, este autor, “vantajoso importar a doutrina em apreço”, “pelo menos enquanto o Poder Judiciário não dispuser, como é o ideal, de Juizes e Tribunais especializados em matéria de contencioso administrativo”.<sup>39</sup>

Há, porém “casos em que a Administração, no sistema do contencioso administrativo, não tem competência de julgamento”, como os que envolvem “direitos privados” (civis, comerciais) ou a “liberdade individual” (Direito Penal), “em que a competência é do Poder Judiciário”, o qual decide em definitivo as controvérsias e atritos entre a administração e o povo. Por isso, costuma dizer-se que no sistema francês de jurisdição dúplice existe a jurisdição plena da administração, como regra geral e a jurisdição especial do Poder Judiciário, quanto aos problemas administrativos que se relacionam com os direitos privados ou com a liberdade pessoal dos administrados.<sup>40</sup> Isto quanto aos atos próprios da Administração que, no sistema francês, tem competência de apreciá-los sob o aspecto legal.

<sup>38</sup> (ob. cit., p. 291);

<sup>39</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, ob. cit. p. 292;

<sup>40</sup> Pontes, Walmir, ob. cit., p. 53.

Em suma, embora todos os Poderes e órgãos exerçam “jurisdição”, “somente ao Poder Judiciário, entre nós, pertence o monopólio da “jurisdição judicial”, ou seja, “de dizer o direito com força de coisa julgada”.<sup>41</sup>

### 3.2.4. Responsabilidade

Por outro lado, quanto ao “princípio da responsabilidade objetiva do Estado”, enunciado no “art. 107 da Constituição Federal”, vem “desde a nossa Constituição de 1934”, que já a reconhecia em seus artigos 171 e parágrafos, não obstante a “Constituição de 1824”, do Brasil Império, reconhecer a “responsabilidade individual dos servidores” causadores de dano, conforme “art. 179, inciso XXIX”, o mesmo o fazendo a “Constituição da República de 1891”, em seu “art. 79 e parágrafo único”.

Porém, a “interpretação” do dispositivo da “Carta Imperial de 1824” era de que “ela visava” à “responsabilidade criminal”, conforme comentários de HENRIQUE DE SOUZA, de acordo com o qual se mandava ver o Código Criminal, arts. 124 a 168 e 170 a 172, bem como PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente, que mandava conferir os artigos do diploma legal e a lei de responsabilidade dos ministros e Secretários de Estado, assim como regimentos das diversas autoridades, que estabeleciam as respectivas penalidades.<sup>42</sup>

Para PINTO FALCÃO, “foi com a República e instituição da Justiça Federal” que o “instituto da responsabilidade passou a “ter foros de cidade”, pois o particular passou a poder dispor de ação judicial para haver o ressarcimento contra o Estado, e com isso “afastamo-nos, nesta questão, do modelo constitucional americano”, não obstante a nossa primeira Constituição Republicana muito haver se inspirado nele; não o fez neste ponto, que, para este autor, é inferior ao nosso Direito, visto que o Governo, influenciado pelo Direito Inglês, adota o princípio (análogo) da imunidade do

<sup>41</sup> Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 23.

<sup>42</sup> Souza, Henrique de, e Bueno, Pimenta, apud Falcão, Alcino, Da Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público frente ao art. 107 da Carta Política de 1969, *Rev. de Jurisp. do Trib. Just. Est. GB*, n° 22, p. 16.

Estado (“non responsibility of the sovereign”) por atos de seus agentes, apesar de leis de 1919 em diante virem abandonando a rigidez do princípio.<sup>43</sup>

Quanto à “responsabilidade civil do Estado” ocorreu ela, “inicialmente, quanto aos atos lesivos de direito, isto anteriormente ao Código Civil de 1916. De acordo com a “Lei Federal n.º 221, de 20-11-1894, art. 13, § 10, havia competência do Judiciário para julgar: “as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares e vice-versa”, admitindo-se, implicitamente, a obrigação para o Estado de indenizar os prejuízos causados pelos atos dos seus agentes. “Igualmente”, uma “lei posterior” a essa, de n.º 1.939, de 28-8-1908”, também dispôs sobre o assunto em seus “arts. 1.º, 2.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º”. Entendendo a “jurisprudência”, que, em princípio “havia a responsabilidade do Estado”, embora com alguns julgados em sentido amplo e outros em sentido restrito.<sup>44</sup>

“O princípio da responsabilidade civil da Fazenda Pública”, na falta de textos legais que expressamente o consagassem, “foi gradativamente, admitido pela jurisprudência, sob fundamentos” de ordem diversa, quer através da “inviolabilidade dos direitos adquiridos”, quer, da “igualdade jurídica”, que veda cargas desiguais para os cidadãos, de tal forma que qualquer carga excedente da medida comum dá lugar a reparações.<sup>45</sup>

Consoante “nosso Código Civil, art. 15”, o pedido de fins reparatórios e sempre cabível, tendo em vista a “amplitude com que o nosso sistema jurídico admite a responsabilidade civil do Estado”. Podendo-se mesmo afirmar que, em princípio, “nenhum ato administrativo ilegal”, que cause lesão a direito do administrado, “deixa de dar lugar à reparação econômica”, conforme se verifica do texto legal mencionado, cujos termos abrangem os atos administrativos de qualquer espécie, a saber: “As pessoas jurídicas de direito público são, civilmente, responsáveis por atos de seus representantes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros”, proce-

<sup>43</sup> Falcão, Alcino, ob. cit., p. 16 a 18.

<sup>44</sup> Alves, João, Luiz, apud, Fagundes, M. Seabra, ob. cit. p. 179.

<sup>45</sup> Fraga Jr., Gabino, apud, Fagundes, M. Seabra, ob. cit., p. 177.

dendo de modo contrário ao direito, ou faltando a dever prescrito por lei salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.<sup>46</sup>

“O Anteprojeto de Código Civil Brasileiro”, publicado no Suplemento ao n.º 114 do Diário Oficial da União, de 18-6-74, “em seu art. 41, repete a redação do citado art. 15 do atual Código Civil Brasileiro”, de 1916, porém, “apresenta uma novidade” no tocante ao seu “art. 40”, que, “diferentemente do art. 14 de nosso Código Civil vigente, acrescenta, dentre as pessoas jurídicas de direito público interno”, que enumera, as seguintes: os “Territórios”, as “Autarquias” e as “demais Entidades de caráter público criadas por lei”. Dispondo, ainda, de um “parágrafo único”, no qual estabelece: “Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público”, a “que” se “tenha” dado “estrutura de direito privado, regem-se, no que couber”, quanto ao seu “funcionamento, pelas normas deste Código”.

“Quanto à responsabilidade civil”, merecem algumas considerações o aspecto que envolve as empresas públicas “lato sensu” em relação ao Estado. Há que se considerar uma variedade de doutrinas sobre este assunto, às quais não nos referiremos por escapar ao âmbito deste trabalho tal exame. Limitar-nos-emos a enunciar alguns princípios fundamentais que orientam a responsabilidade civil do Estado. O assunto é amplamente desenvolvido por ALVINO LIMA, em “A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem”.

Considera a doutrina que a “responsabilidade de direito público” funda-se no princípio de igualdade dos indivíduos em face dos encargos públicos. Se “anteriormente distinguia-se entre a culpa pessoal do agente público e os danos decorrentes da denominada “culpa de serviço, hoje em dia” isto não mais ocorre, “o Estado garante a vítima”, quer a culpa seja pessoal, quer se trate de “culpa de serviço”; “há um acúmulo de responsabilidade: a do funcionário e a do Estado”. O “fundamento da responsabilidade pelo fato de outrem, quer se trate de pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, quer se trate de uma pessoa física, não reside na culpa. “É suficiente que o preposto, funcionário ou agente público tenha lesado, ilegalmente, o direito de outrem. O fundamento positivo da responsabilidade da Administração Pública” é, portanto,

<sup>46</sup> Fagundes, M. Seabra, ob. cit., p. 178.

baseado na mesma lei que disciplina a responsabilidade no direito privado; “a base daquela responsabilidade não pode ser outra senão a base da responsabilidade adotada pelo direito civil”. Como movimento geral de repúdio da culpa, como fundamento da responsabilidade civil, “o critério do risco passou a predominar no direito civil”, ou “pelo menos a ser acolhido, paralelamente, com o da culpa”.<sup>47</sup>

Neste ponto, reporto-me ao “Anteprojeto de Código Civil Brasileiro”, acima mencionado, que, em seus “artigos 969 e seguintes”, já proclama o “princípio da responsabilidade sem culpa, no caso de atividades que acarretem perigos para a coletividade”, exigindo que os responsáveis pela criação do risco, decorrente da atividade, utilizem medidas preventivas, tecnicamente adequadas a fim de se resguardar da reparação do dano porventura verificado com o exercício da atividade. Verifica-se, deste modo, que, nosso Anteprojeto de Código Civil, “consagra”, pois, “duas noções: a de culpa como fundamento geral e a de risco por extensão”.

Portanto, o “fundamento da responsabilidade da pessoa jurídica, como comitente, pelos atos de seus prepostos, não sofre qualquer alteração pela circunstância de se tratar de uma pessoa jurídica e não de uma pessoa física”. Há que se distinguir, todavia, quanto à “responsabilidade direta ou indireta” que tem o “Estado” perante seus prepostos. Considera-se, no entanto, como “direta” a “responsabilidade da pessoa jurídica-comitente pelos atos ilícitos de seus órgãos”, o fundamento desta responsabilidade decorre da culpa pessoal do órgão, imputada à pessoa jurídica. Não obstante, “a responsabilidade do órgão, como pessoa física, não é suprimida; ele responderá perante a vítima”, pelo seu ato ilícito, “solidariamente com a pessoa jurídica”, se esta foi compelida a cobrir os danos sofridos pela vítima. Porém, no caso de “responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos ilícitos de seus prepostos”, ou seja, de “responsabilidade indireta, responsabilidade pelo fato de outrem”, é preciso que se “prove a culpa do preposto” e, uma vez “provada esta culpa”, surge, automaticamente, a “responsabilidade do comitente — pessoa jurídica”. Desta forma, podemos dizer que, embora a “responsabilidade das pessoas jurídicas de direito

<sup>47</sup> Lima, Alvino, *A Responsabilidade Civil pelo fato de outrem*, p. 151, 159, 161 e 165.

público” pelos atos ilícitos de seus órgãos e funcionários ou agentes públicos, em geral, seja mais complexa, no entanto, ela “é regida, substancialmente, pelos mesmos princípios gerais que regulam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado” e as soluções são comumente idênticas.<sup>48</sup>

“No tocante à analogia entre o Poder Penal e o Poder Disciplinar a controvérsia é das maiores”, existindo “inúmeras teorias”, que, igualmente, como no caso da responsabilidade civil, não cabem dentro do contexto deste trabalho, mas que “fazemos referência tendo em vista a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal”. Sobre a assunto existem bastantes subsídios em CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, em “Do Poder Disciplinar da Administração Pública”.

Em síntese, daremos uma “ligeira noção da distinção que existe entre esses dois Poderes”. A “analogia” existente entre o Poder Penal e o Poder Disciplinar está em que ambos se caracterizam pela “infligência de uma pena”. No entanto, a “última expressão da doutrina” é representada, neste campo, pela opinião que define o “poder disciplinar independentemente de analogias penais e civis”, pois “o que caracteriza estes estudos é a separação do poder de soberania e dos poderes de supremacia particular”, que constituem manifestações de “duas ordens diferentes de poderes. Esta teoria é chamada de Administrativista”, segundo ZANOBINI, e é representada, neste aspecto, pela opinião que “define o poder disciplinar independentemente de qualquer aproximação com o direito penal ou com o direito civil”. Desta forma, “tanto a pena comum como a disciplinar teriam a mesma função mas” constituiriam “manifestações de duas diferentes ordens de poder”, de dois diferentes direitos subjetivos do Estado: o direito penal, da soberania geral, que o Estado dispõe em face de todos os súditos “e o direito disciplinar”, de direitos especiais de supremacia, dos quais dispõe perante pessoas que fazem parte de sua organização. Assim que, “enquanto o Direito Penal” tem como “finalidade a conservação e reintegração da ordem jurídica geral, o Poder Disciplinar” visa a “manter e reintegrar as condições de ordem de uma relação particular de autoridade”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Lima, Alvino, ob. cit., p. 143, 147 e 148.

<sup>49</sup> Zanobini, apud Barros Jr., Carlos S. de, *Do Poder Disciplinar*, p. 20, 37, 48.

Assim que, podemos dizer, com BARROS JR. que “a escola administrativa salientou o caráter autônomo do fenômeno disciplinar”, entendendo-o como “instituto regido, no Direito Público, por normas de Direito Administrativo”, e com “fundamento” ou pressuposto jurídico “num poder de supremacia especial do Estado, diverso da soberania”.<sup>50</sup>

“No caso das Empresas Públicas”, ocorrem os três tipos de responsabilidade: administrativa, penal e civil, como já se mencionou anteriormente. Mas, para efeito de exemplificar um “caso típico de repressão de abuso de autoridade na ordem econômica” e “passível de sanção disciplinar mencionamos” o Conselho Econômico de Defesa Econômica — “CADE”, que tem o fim jurídico-administrativo de “executor e fiscal da lei de repressão e punição e abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica”, tendo a sua Procuradoria funções de Ministério Público, consoante o disposto em “Resolução” do referido Órgão no “Processo SC-GB-675/64”. Podemos, ainda destacar trecho de relator do CADE, em que estava envolvida questão de “Sociedade de Economia Mista” — Vale do Rio Doce S/A — datado de novembro de 1972, em que GRATULIANO BRITO — Relator — após tecer várias considerações sobre o assunto, das quais destacamos a seguinte: “Dúvida”, por conseguinte, “não pode haver relativamente ao fato de as sociedades de economia mista estarem sujeitas à legislação que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico, salvo quando”, nos termos constitucionais, “exercam atividade legalmente monopolizada.”, vota pela abertura de processo administrativo contra a Representada.<sup>51</sup>

Observa BRITTO DAVIS que “com a lei que criou o “CADE”, a Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais — “CODECAN”, perdera em grande parte as suas finalidades”, posto que o “Decreto n.º 41.427, de 25-4-57”, que a instituiu, determinava que ela “teria por objeto” a “defesa dos interesses da União nas sociedades em que o Tesouro Nacional fosse acionista”, “competindo-lhe observar o desenvolvimento das atividades econômico-financeiras”. Esta Comissão foi “reestruturada pelo Decreto n.º 50.916/61” e, dentre as suas atribuições, “deveria propor ao Ministro da Fazenda a ela-

<sup>50</sup> Barros Jr., ob. cit., p. 48.

<sup>51</sup> Magalhães, Guilherme A Caneco, p. 66, 154.

boração do anteprojeto de lei orgânica” sobre a constituição e o funcionamento “das sociedades de economia mista”, nos termos do “art. 13”, deste Decreto. Com a nova organização da “Procuradoria Geral da Fazenda Nacional”, pela Lei Orgânica constante do “Decreto-Lei n.º 147, de 3-2-67”, este órgão teria por finalidade “representar a União nas Assembléias Gerais das Sociedades de Economia Mista”, passando a CODECAN a ser órgão de deliberação coletiva”, anexo à referida Procuradoria — P.G.F.N. — e tendo por “finalidade precípua” a “defesa” e o “controle dos interesses da União nas Sociedades cujo capital o Tesouro Nacional” participasse, diretamente ou através de qualquer outra entidade, determinando que este controle abrangeria as “Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista”, conforme “art. 39” e seu parágrafo único. Adverte DAVIS que com o advento da Reforma Administrativa, as atribuições da CODECAN passaram para as áreas de cada Ministério.<sup>52</sup>

Estas referências feitas à CODECAN tiveram em vista salientar a “cogitação Governamental” em torno da “elaboração de uma lei orgânica para regular a constituição e funcionamento das Sociedades de Economia Mista”, a fim de que fiquem, tanto quanto possível, disciplinados os direitos e deveres dessas entidades. Isto se explica em virtude da existência de disposições legais que se lhes aplicam mas que conflitam com outras, em virtude da autonomia que devem gozar, como consequência das atividades que exercem. Como, por exemplo, citaremos a “Lei n.º 4.717, de 29-6-65”, que regula a “ação popular”, onde se verifica que a mesma se lhes aplica, em face do disposto em seu “art. 1.º”: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, “de sociedades de economia mista” (Constituição, art. 153, § 31), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, “de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorrerá com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual de em-

<sup>52</sup> Davis, M. T. de Carvalho Britto, *Tratado das Sociedades de Economia Mista*, II, p. 795/799.

presas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, “e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos,” “apresentando o art. 4.º desta mesma lei a enumeração dos atos nulos para efeitos de Ação Popular e, dentre eles”, temos “o inciso III” — que se refere à “nulidade de atos ou contratos de “empreitada, tarefa e a concessão do serviço público”, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado “sem prévia concorrência pública ou administrativa”, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo e c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.”

É de se mencionar, no entanto, que a “jurisprudência entende que, nos termos do Decreto-lei n.º 200/67”, a “Sociedade de Economia Mista”, como órgão da Administração indireta, “não está obrigada a fazer licitação”, conforme entendimento constante de acórdão do TJSP, da RDA 111/290.<sup>53</sup>

Convém “indagar-se” se “face à nova Lei Federal n.º 6.223, de 14-7-75”, que determina expressamente a fiscalização pelo Tribunal de Contas da Administração Indireta em geral, “não caberá esta exigência de licitação para as Empresas Públicas mencionadas?” De acordo com trabalho publicado na Revista de Direito Administrativo n.º 122, págs. 426 a 432, de autoria de JOSÉ JAPPUR, Auditor do Tribunal de Contas no Rio Grande do Sul, o Governo do Estado, com o advento da Lei 6.223/75, baixou, de imediato, o “Decreto estadual n.º 23.974/75”, em que o “art. 3.º” determina que “as entidades da Administração Indireta promovam a adaptação em seus estatutos e demais atos normativos da adoção dos princípios de licitação para compras, obras e serviços contratados” e, em seu “art. 4.º”, distingue as “Sociedades de Economia Mista”, estabelecendo: “As Sociedades de Economia Mista “providenciarão no sentido de que os estatutos sociais das sociedades de que participam de forma majoritária adotem idênticos princípios aos estabelecidos no artigo anterior”.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Cretella Jr., *A Jurisprudência no Direito Administrativo*, p. 163.

<sup>54</sup> Jappur, José, ob. cit., p. 430 e 431.

COTRIM NETO, “considera como privados tanto os bens da economia mista como os das empresas públicas, não cabendo invocar-se”, no tratamento jurídico dos bens em apreciação, “as prescrições do art. 66 — inciso III do Código Civil”, porque no “quadro jurídico brasileiro” a “empresa pública” recebeu o “status de pessoa jurídica de direito privado”, porque ela tem personalidade distinta do seu criador — o Estado. Observe-se que, neste particular, seus bens não são dominicais, quaisquer que sejam os fins por ela visados. Entendendo assim que “os bens das empresas públicas — em geral” — têm a “mesma natureza jurídica dos bens, de capital ou patrimoniais, de empresas privadas, sendo”, por isso, “disponíveis livremente, e”, portanto, “usucapiáveis e penhoráveis”. No que acompanha MARIENHOFF, cujo entendimento é o mesmo na Alemanha. Outrossim, “considera”, juntamente com HELY LOPES MEIRELLES, “que o Decreto-lei n.º 200/67, arts. 125/144”, só impõe o preceito da licitação e do leilão, em todas as suas formas e procedimentos, à Administração Direta e às Autarquias”, cuja interpretação jurídica permite concluir que “as sociedades de economia mista e as empresas públicas estão fora do procedimento da licitação”. (COTRIM NETO, RDA, n.º 122, P. 46/49).

Acreditamos ter respondido, no transcorrer deste trabalho, às perguntas formuladas nos n.ºs 1 a 14, de fls. 6 a 7 deste trabalho. Nas conclusões, desenvolveremos a 15.ª: Qual a natureza jurídica da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista?

Devo adiantar que considero, ambas, empresas públicas, sob o aspecto de predominância do capital público, devendo-se as suas diferenças quanto a forma e a participação dos particulares, nas Sociedades de Economia Mista, consoante a definição legal que lhes deu o Decreto-lei 200/67 com redação do Decreto-lei n.º 900/69, razão pela qual até aqui as temos tratado conjuntamente.

#### 4. CONCLUSÕES

Face ao exposto, já nos encontramos com possibilidade de apresentar algumas conclusões quanto às perguntas formuladas na introdução deste trabalho.

Sobre a indagação de que as “Empresas Públicas, embora pessoas jurídicas de direito privado”, de acordo com o “Decreto-lei n.º 200/67, apresentam muitas características de pessoa jurídica de direito público”, há que se acrescentar que “o art. 170 de nossa Constituição Federal deixa pairar uma dúvida” sobre a sua “exata natureza jurídica” e quanto às “normas por que se regem”.

COTRIM NETO, ao se referir à NOVACAP, cita as opiniões de LEAL FAGUNDES e SAMPAIO LACERDA e SOUZA NETO, que são coincidentes com as dele, de acordo com a qual, embora a empresa tenha finalidade coincidente com a do Estado, e tendo fisionomia de entidade estatal, ela usa processos de direito privado e acrescenta: “então ela não será uma entidade de direito público, mas de um tipo híbrido que, pelo novo direito do Brasil, se chama “empresa pública”.<sup>55</sup> Pensamos igual.

“É interessante mencionar-se quais os motivos considerados como razão de ser de uma empresa pública”, enunciados no “Seminário de RANGUM”, em “1954”, “Sobre Organização e Administração de Serviços Industriais de Estado”. De acordo com os trabalhos desta Conferência, “ela é um instrumento usado pelo Estado” e não constitui um fim em si mesma, “tendo como razão de ser os seguintes pressupostos”:

a) “fornecer serviços básicos”, vitais para o bem-estar econômico e a saúde da comunidade em níveis satisfatórios;

b) “substituir controle privado por controle público”, quando os interesses privados não coincidem com os interesses da comunidade, ou quando, por exemplo, os objetivos a longo prazo dos acionistas particulares seriam outros que não os de uma empresa pública, com reflexos na orientação atual da empresa;

c) “produzir receita”, pois no caso de empresa muito lucrativa, ela, em propriedade do Estado, representa uma fonte de renda que permite aliviar a carga tributária, o que não se verificaria se ela estivesse nas mãos de particulares, porque tais lucros, convertidos em dividendos, aumentariam grandemente os ganhos dos acionistas;

<sup>55</sup> Cotrim Neto, A. B., ob. cit., p. 36 e 37.

d) "controlar um monopólio", que é a razão mais forte para que uma empresa seja de propriedade pública;

e) "redistribuição da riqueza", permitida através de uma empresa eficientemente administrada e com política de preços bem planejada;

f) "subvencionar uma indústria essencial", quando opera, deliberadamente independentemente do lucro, às vezes até mesmo com prejuízo, para manter uma empresa essencial;

g) "estimular a industrialização", propiciando a criação de indústrias onde não havia condições industriais para tal e, deste modo, fazendo com que freqüentemente outras indústrias acompanhem a iniciativa;

h) "proporcionar uma base para outras indústrias", pela produção de matérias-primas ou de serviços essenciais, tais como energia e transporte;

i) "criar competição", como uma forma de assegurar produção econômica, quebrando monopólios ou quase-monopólios, e obrigando as empresas particulares a se tornarem mais eficientes;

j) "substituir empreendimentos privados ineficientes ou inadequados", medida que, não obstante raramente fazer parte do programa de governo, tem sido tomada com freqüência, principalmente em situações de emergência nacional. Tendo mesmo acontecido ser o Governo obrigado a agir deste modo para evitar fracasso completo, como tem acontecido com muitas estradas de ferro;

k) "tomar a iniciativa", tendo em vista o desenvolvimento industrial e econômico do país, na falta de iniciativa privada e de capital privado disponível.<sup>56</sup>

Como se vê, "o assunto tem repercussão mundial" e constitui "um dos assuntos de maior preocupação do Estado Moderno"; tendo se realizado "em 1958, em Praga", um "colóquio internacional de juristas", para "estudar, à luz do direito comparado", a "empresa pública autônoma de caráter econômico", descrevendo ROGER PINTO, autor do relatório final, que, na oportunidade, pretendeu-se fixar um "conceito universal para esse tipo de em-

<sup>56</sup> Sherwood, Frank P., *Empresas Públicas*, p. 19/20.

presa", chegando-se à "conclusão" da "impossibilidade de" se fazer isto, face à "diversidade de padrões existentes".<sup>57</sup>

Diante da "opinião abalizada de COTRIM NETO" não é importante, ou "não será fundamental, no caso brasileiro, a atribuição de personalidade jurídica de direito privado à empresa pública", pois, conforme esclarece, está "de acordo com THEMISTOCLES CAVALCANTI", para quem "o importante será", corretamente, "estabelecer que seu funcionamento se opere em" rigorosos "termos de direito privado, acrescentando COTRIM: "inclusive para efeitos da responsabilidade econômica e patrimonial"; para confrontos litigiosos, sem privilégios de foro e prazos; para equilíbrio e "fair-play" na competição do mercado, sem os privilégios tributários."<sup>58</sup>

Considera, ainda, COTRIM NETO que, ao não se fazer como propõe, acima mencionado, será melhor fazer-se como na Itália, tendo em vista as vantagens assinaladas no Colóquio dos Administrativistas de 1958, realizado em Praga, ou seja, a "criação de empresas juridicamente autônomas, conquanto integradas na Administração do Estado", embora reconheça que isto, para nós, será uma regressão. Para este autor, "o regime jurídico nacional da empresa pública, como instituído pelo Decreto-lei n.º 200, de 1967, e legislação posterior, será o melhor de quantos se tem experimentado pelo mundo."<sup>59</sup>

"Na Itália", a disciplina das "Sociedades com participação do Estado ou das entidades públicas" consta dos "arts. 2.458 a 2.460", da Seção XII, do Capítulo V — Das Sociedades por ações, do Livro V — Do Trabalho, do "Código Civil Italiano, de 1939", que é um "Código Unificado de Direito Privado", abrangendo o Direito Civil e o Direito Comercial.

Verifica-se que na Itália as empresas públicas estão regidas pelas leis das Sociedades Anônimas, sendo de se mencionar que o "art. 2.458 do Código Civil Italiano", declara que "se o Estado ou as entidades públicas tiveram participação em uma sociedade por ações, poderá o ato constitutivo conferir-lhes a faculdade de nomear um ou vários administradores' os síndicos, os quais só pode-

<sup>57</sup> Cotrim Neto, ob. cit., p. 53.

<sup>58</sup> Cotrim Neto, ob. cit., p. 55/56.

<sup>59</sup> Cotrim Neto, ob. cit. p. 56 e 53;

rão ser demitidos pelas autoridades que os nomeou, tendo eles os mesmos direitos e obrigações dos membros remunerados pela assembléia. “Ao passo que o art. 2.459” prescreve que “as disposições do art. anterior” também “se aplicam no caso” em que “a lei ou o ato constitutivo atribui ao Estado ou à entidade pública”, mesmo em falta de participação acionária, “a nomeação de um ou de vários administradores” ou síndicos, a não ser que a lei disponha diversamente.

Ressalte-se que as “sociedades de interesse nacional” são destacadas na “Seção XIII, do referido Código”, e cujo “art. 2.461” determina “serem a elas também aplicadas as normas” do capítulo V — “Das Sociedades por Ações, no que for compatível com” as disposições das “leis especiais”, que estabelecem, para tais sociedades, uma “regulamentação particular” acerca da “gestão social”, das “transferências das ações”, do “direito de voto” e de “nomeação dos administradores”, dos síndicos e dos dirigentes.

Convém acentuar-se que “tanto na França como na Itália” não existe empresa pública da forma como nós a concebemos em nosso País, visto que “em nenhum país existe um estatuto para as empresas públicas”, como o “nosso Decreto-lei n.º 200/67”, que, para o COTRIM NETO, constitui um “verdadeiro estatuto para a empresa pública nacional.”<sup>60</sup>

“Na Itália”, como se viu pela transcrição da legislação acima as empresas correspondentes às nossas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas são regidas pela lei das Sociedades Anônimas, embora as de interesse nacional sejam reguladas em leis especiais, às disposições públicas se completam com disposições particulares pelo visto, “tendo elas personalidade particular”, como mesmo observa ZANOBINI.<sup>61</sup>

“Na França”, as empresas públicas, devem muito mais à ideia de diversidade do que à de unidade. Elas têm sido concebidas em duas épocas diferentes. Cada ideologia tem produzido um tipo particular de empresa pública. Existem sob diferentes formas jurídicas, têm caráter de serviço público e sofrem a influência do processo de intervenção do Estado e os privilégios que são conce-

<sup>60</sup> Cotrim Neto, A. B., Autarquias e Empresas Públicas, *Revista do Senado*, v. 38, p. 33/5.

<sup>61</sup> Zanobini, apud Cotrim Neto, ob cit., p. 35.

didos pelo Estado permitem mesmo dizer que a empresa pública tem o estatuto da lei que a criou. Os órgãos de direção, o regime financeiro, as regras de controle são particulares a cada empresa. “Os projetos de estatuto geral para as empresas públicas têm sido elaborados numerosas vezes, sem que se chegue a um resultado”, sendo este um de seus “aspectos negativos”. Enquanto que é um “aspecto positivo a empresa personalizada econômica funcionar sob a dependência do Estado”, pois que “seu objetivo é um benefício público de interesse geral”, de acordo com o qual a concessão de certos benefícios à empresa importa em beneficiar a própria nação, mesmo no caso do saldo da empresa apresentar um saldo negativo.<sup>62</sup>

Igualmente LAUBADÈRE, ao tratar das empresas públicas na França menciona que os esforços dispendidos no sentido de dotar a empresa pública de um estatuto não têm sido compensados, “pois não se conseguiu o resultado desejado”, de se “dotar a empresa pública de uma personalidade jurídica precisa”.<sup>63</sup>

A “atividade das sociedades de economia mista na França é controlada na França” por um “controlador do Estado” ou por um “comissário do governo”. As empresas de economia mista em que o Estado exerce uma atividade econômica ou onde o Estado tem trazido uma parte de seu capital também estão compreendidas no controle dos citados agentes, que têm seus deveres e atribuições consignados em Estatuto, pela Ordenança de 23-11-44.<sup>64</sup>

“Na Suíça”, o Código Civil, de 1911, foi unificado com o Código das Obrigações, de 1936, num só volume, constituindo um “Código de Direito Privado Unificado”. Dispõe, quanto ao nosso assunto, em seu “artigo 762” — Seção VII — “Participação das Corporações de Direito Público”, 3.ª Parte — Das Sociedades Comerciais e das Sociedades Cooperativas, no Livro V — Direito das Obrigações.

“Convém assinalar, quanto ao Código Civil Suíço”, que:

- 1) “nas empresas nas quais as corporações de Direito Público”, como os Cantões, Distritos e Municípios, “possuem

<sup>62</sup> Debbasch, Charles, *Droit Administratif*, p. 212 a 216.

<sup>63</sup> Laubadère, André de, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, p. 544.

<sup>64</sup> Waline, Marcel, *Précis de Droit Administratif*, p. 509.



interesse público, pode", à Corporação, "nos estatutos da Sociedade, ser concedido o direito de designar representantes na Administração e no órgão de fiscalização", mesmo quando não for ela acionista;

- 2) "em tais Sociedades, assim como em Sociedade de Economia Mista" nas quais a "Corporação de Direito Público é participante como acionista", cabe o "direito de destituição dos membros da administração e da fiscalização" designados por ela e somente a ela cabe este direito;
- 3) "os membros da Administração e do órgão fiscalizador designados por uma Corporação de Direito Público, têm os mesmos direitos e obrigações" como os escolhidos pela Assembléia Geral, estão, porém, como Conselheiros da Administração, livres da obrigação de designar ações;
- 4) "pelos membros delegados por uma Cooperação de Direito Público, responde a Corporação ante a Sociedade, os acionistas e os credores, com reserva da ação regressiva" de acordo com o direito da Confederação e dos Cantões.

Por outro lado, excluem-se da aplicação da lei as organizações de Direito Público, conforme estabelece o art. 763, na Seção VIII, seguinte, da forma como se segue: "Art. 763 (Exclusão da aplicação da lei às organizações de direito público)":

- 1) "As Sociedades" e organizações como bancos, empresas de seguros ou de eletricidade "que são fundadas por leis particulares dos Cantões" e administradas com a cooperação da autoridade pública, "não são aplicáveis", sempre que os Cantões assumam, pelos seus compromissos, responsabilidade subsidiária, as disposições sobre as sociedades anônimas, mesmo quando o capital, inteira ou parcialmente, for repartido em ações e levantado com participação de pessoas particulares.
- 2) "As Sociedades" e organizações que forem "fundadas antes de 1.º de janeiro de 1883 por lei particular do Cantão" e são "administradas com a cooperação da autoridade pública, não encontram aplicação as disposições sobre as sociedades anônimas" mesmo quando o Cantão não tenha assumido a responsabilidade pelos compromissos.

Com a "transcrição da legislação privada Suíça sobre Sociedades de Economia Mista (art. 762) e sobre "empresa pública" (art. 763), se pretendeu chamar a atenção para a regulamentação da matéria no Direito Brasileiro, isto é, a disciplina das normas de direito privado que lhes são aplicáveis.

"Como no Brasil somente a Sociedade de Economia Mista tem a forma obrigatória de Sociedade Anônima", posto que "a Empresa Pública pode revestir qualquer das formas admitidas em direito", pareceu-me bem oportuna a transcrição desta legislação, "para efeito de se estabelecer no Brasil uma legislação apropriada para tais empresas", talvez, sobre a forma de um Estatuto, como já foi objeto de cogitação Governamental, através da CODECAN; como por norma legal, abrangendo todas as situações em que a empresa possa estar envolvida, em suas relações públicas e privadas.

"É inegável que elas disponham de uma boa regulamentação, sob o aspecto do controle", como já se viu, mas sobre o aspecto privado, e global seria aconselhável uma disciplinação tanto quanto completa, a fim de que a sua eficácia e eficiência não ficassem prejudicadas.

PAULINO JACQUES, "faz ver a necessidade premente de ser elaborado um estatuto para as entidades da administração indireta" (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), a fim de que essas entidades fiquem disciplinadas "à luz da boa doutrina, expurgando-os do excessivo pragmatismo que os desnatura e afeta a própria economia nacional, como atrás notamos".<sup>65</sup>

Como se procurou demonstrar este "problema de estatuto para as empresas públicas" também ocorre na França, bem como em todo o mundo, como demonstram igualmente os Seminários de RANGUM e de PRAGA, já mencionados.

Neste sentido, citamos o seguinte trecho do "Seminário de RANGUM": "Enquanto não estiver nitidamente diferenciada dos demais setores da administração direta, sofrerá a empresa fortes pressões" para que se submeta aos regulamentos e processos-

<sup>65</sup> Jacques, Paulino, A Administração Indireta no Est. Bras., p. 49, Rev. Senado n.º 28.

padrão do serviço público". A paixão pela uniformidade é um dos característicos da administração burocrática." <sup>66</sup>

"Na Alemanha", além das formas associativas privadas em que o Estado participa, há as que são puramente estatais, que não estão incluídas no caso das associações meramente sociais. Tratam-se de associações com capacidade jurídica que desempenham uma função determinante dentro do sistema global da organização e direção da vida social do Estado. Compreende-se que com relação a elas não tem aplicação incondicional as normas fixas do Direito Civil, como, por exemplo, "nos casos dessas Pessoas Jurídicas, é mais importante, em primeiro lugar, a norma especial da qual decorre a sua origem como pessoa jurídica de direito privado". Dela depende se as prescrições do direito das sociedades lhes são aplicáveis e até que ponto devem sê-lo. <sup>67</sup>

A "importância desse assunto, de "regulamentação das empresas públicas é fundamental", visto que, "no caso do Brasil", elas tem se expandido enormemente e atingido até mesmo áreas além fronteiras, como no caso da binacional Itaipu.

"O desenvolvimento de nosso País e a responsabilidade que está assumindo de criar empresas governamentais além fronteiras", leva-nos a ver nessa atitude "um passo" sobremodo importante "para a integração latino-americana", o que impõe uma sistemática jurídica completa sobre todos os aspectos das empresas públicas.

É, pois, "a integração latino-americana", que se tem tentado sob várias formas, "a etapa mais avançada que se deve tentar através das empresas públicas", visto que elas podem representar, mediante acordos entre governos, realmente uma mútua assistência e colaboração. Além de ser um instrumento hábil para evitar a influência, algumas vezes, perigosa, das famosas empresas multinacionais.

Desta forma, acompanhamos FRANCO SOBRINHO que, "se a forma jurídica da sociedade no Brasil é essencial", todavia "não é o seu elemento mais importante ou fundamental". O Brasil, como outras nações também o fizeram, seguiu o caminho tradi-

<sup>66</sup> Sherwood, Frank P., op. cit., p. 58.

<sup>67</sup> Forsthoft, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 657/658.

cional da viabilidade; sabendo que "as chamadas técnicas de direito privado são as melhores adequadas a compatibilizar a ação pública administrativa com os interesses econômicos, quer internos, quer externos." <sup>68</sup>

"Finalmente", é importante assinalar a conveniência de se regulamentar, na Lei das Sociedades Anônimas, as Sociedades de Economia Mista, acrescentando-se as disposições que couberem quanto às empresas públicas, uma vez que atualmente se discute o Anteprojeto de Lei das Sociedades Anônimas.

"Que a iniciativa da binacional Itaipu, converta-se no futuro em empresas multinacionais capazes de propiciar o desenvolvimento da América Latina", mas sempre dentro de fins sociais e por meio de ação pública de entendimento entre as nações do hemisfério, em que prevaleça o interesse comum de melhoria das condições gerais das populações e desenvolvimento das nações.

Enfim, "que prevaleça, tanto quando possível um clima de cooperação e ajuda mútua", visando a fins elevados de "interesse social" e não puramente ao lucro com restrições para a maioria.

"Que exista, a par da iniciativa privada, completando-a, a ação pública", como prevê a nossa Constituição Federal, "através das empresas públicas de estrutura de direito privado", visando a "fins econômico-sociais".

<sup>68</sup> Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, *Empresas Púb. no Brasil — Ação Internacional*, p. 156.