

que "il privato col suo spirito d'iniziativa, col suo interesse diretto agli utili della gestione, ottiene spesso dall'impresa quei risultati che sarebbe vano pretendere dagli organi della pubblica amministrazione" (*Curso di Diritto Amministrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. 3.<sup>o</sup>, pág. 303). Vários outros autores, estrangeiros e nacionais, emitem análogos juízos. ERYMÁ CARNEIRO já observara que "ninguém mais contesta as vantagens da técnica das emprêsas privadas em comparação com o regime das repartições públicas", o que induziu o Estado moderno a adotá-la (*op. cit.*, págs. 78-79); ao passo que FRITZ FLEINER, na Alemanha, há cêrca de trinta anos, dava, dessa realidade, expressivo e autorizado testemunho:

"En todos aquellos casos en que el Estado y los Municipios administran sus servicios de carácter económico con las formalidades del Derecho privado, logran la libertad de acción anhelada y que difiere de la tradicional rutina administrativa".

.....  
 "El Derecho privado ha proporcionado a la Administración pública una amplitud inmensa".  
 (*Op. cit.*, ed. espanhola, pág. 103).

Pretender-se, pois, deslocar, transplantar tais *emprêsas mistas* do seu campo próprio — o do *direito privado* e, especialmente, o do *direito comercial* — para o campo do *direito público* significa, além de um êrro jurídico, um ilogismo; importa o contrassenso e o desserviço de anular precisamente os benefícios e vantagens determinantes e condicionadores da preferência estatal pela forma societária.

Observou, mui judiciosamente, PHILADELPHO AZEVEDO que, "se a orientação político-administrativa do Estado brasileiro tem sido hoje a de *descentralizar* serviços, não se pode presumir que onde menos se justificasse promovesse êle *movimento em sentido inverso*" (*op. cit.*, tomo VII, págs. 60-61).

\*  
 \* \*

### Reações, em teoria e na prática, contra as tentativas de publicização e burocratização das sociedades mistas e das emprêsas industriais do Estado

A constatação dêsses benefícios e vantagens não sòmente levou o Estado a criar, *intencionalmente*, visando ao gôzo dêles, emprêsas mistas, sob a forma de *sociedades anônimas* e, pois, com personalidade jurídica *de direito privado*, para a gestão de certos interêsses econômicos, principalmente no setor da produção industrial, como, ademais, aqui e alhures, inspirou e consolidou o convencimento doutrinário de que "*é da própria essência da instituição o conservar as suas características de ente de direito privado*", tal como salientou o já citado "*Relatório*" de 27 de agosto de 1943, redigido por LÚCIO BITENCOURT, invocando a autoridade de grandes mestres (PRESUTTI, ZANOBINI, CINO VITTA, AUBERT, GERBINO), para concluir que essas sociedades mistas são "*reguladas pelo direito privado*", "*CONVINDO QUE O CONTINUEM A SER*" (*sic*), ante o exato conceito formulado por JOHN THURSTON, no sentido de que "*os interêsses públicos são superiormente servidos quando se atribui a essas entidades caráter privado*":

"In the law of government proprietary corporations, the public interest is best served by regarding them as private" (Cit. *Government Proprietary Corporations*).  
 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, fasc. II, pág. 917).

OSCAR SARAIVA registou, como "fenômeno curioso", que

"as autarquias envelheceram precocemente entre nós", pois, "surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e contrôle as alcançaram, tornando, em muitos casos, sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado e fazendo

desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição”.

E acrescentou que tal fato

“veio dar origem à adoção de novas formas, livres dessas restrições: surgiram assim entre nós as *sociedades de economia mista*...”

(“*Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado*”, artigo doutrinário na *Revista Forense*, vol. 100, págs. 233 a 235).

Esse mesmo publicista, noutros trabalhos, e, como êle, diversos estudiosos do assunto, têm manifestado o justo receio de que influências análogas possam produzir, em relação às *sociedades de economia mista*, uma perniciosa desfiguração, a exemplo do que sucedeu com as nossas autarquias, — muitas das quais o são, hoje, apenas, *in nomine*.

Também, não há muito, o ilustre catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, Prof. LAFAYETTE PONDÉ, dêste modo se manifestava, no 1.º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, reunido em São Paulo, no ano de 1959:

“Seria *burocratizar* as sociedades de economia mista e diminuir a sua própria finalidade, se nós tivéssemos de forçá-las aos mesmos processos de controle das entidades autárquicas”.

.....  
“Desejo declarar ao plenário que excluiria as sociedades de economia mista do controle financeiro dos Tribunais de Contas, para que elas não percam sua função normal, nem deixem de atuar, amplamente, no campo do *direito privado*, com a mesma flexibilidade das sociedades anônimas”.

(*Anais do 1.º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil*, 1.º vol., págs. 189 e 195).

\*  
\* \*

Vale, neste passo, assinalar que, cientes e conscientes de tal *conveniência*, em vários países, mui especialmente na França, não somente as propriamente ditas *empresas mistas*, mas até as chamadas *empresas nacionalizadas* — erigidas à condição de “*établissements nationaux*”, — têm reagido, elas próprias, vivamente, contra tôdas as tentativas de *estatização*, *publicização* ou *burocratização* de seus serviços.

Muito importante é, a respeito, o testemunho de JEAN MEYNAUD. Êle nos diz que, “atualmente, o significado de *empresa pública* na França abrange principalmente três grandes formas de exploração: 1.ª) os *estabelecimentos públicos* de caráter industrial e comercial; 2.ª) as *sociedades nacionais* (Banco da França, Banco da Argélia e da Tunísia, estabelecimentos de crédito e sociedades de seguro nacionalizadas, etc.); e 3.ª) as *sociedades de economia mista*”. De referência, especialmente, às *empresas nacionalizadas*, assim expõe:

“A nacionalização criou tipos de organizações jurídicas diferentes: *sociedades nacionais*, de um lado, e *estabelecimentos públicos* de caráter industrial e comercial, de outro (“*Charbonnages de France et Houillères de Bassin*”, em número de nove, “*Electricité de France*”, “*Gaz de France*”, “*Régie Nationale des Usines Renault*”). Parece, no entanto, em última análise, que as diferenças de estrutura jurídica entre êstes dois tipos não são fundamentais. Quanto aos detalhes de organização, é verdade, variam consideravelmente não só de um tipo para outro, porém mesmo entre os diversos serviços correspondentes a um mesmo tipo. Tentaremos explicar, em poucas palavras, certos traços comuns ao conjunto dos serviços nacionalizados.

Em primeiro lugar, todos êsses órgãos têm personalidade moral e autonomia financeira. Além do mais, *numerosos esforços foram feitos para aproximar o máximo possível o seu funcionamento daquele das organizações particulares*. O assunto era facilmente concebível no que diz respeito às sociedades nacionais cuja estrutura antiga havia sido conservada, porém a tendência prevaleceu, igualmente, para

os novos estabelecimentos públicos. Assim é que, por exemplo, a lei de 17 de maio de 1946, relativa ao "Charbonnages" da França, afasta, expressamente, os princípios estabelecidos pelo decreto de 15 de dezembro de 1934 (já mencionado) sobre a contabilidade dos estabelecimentos públicos industriais e comerciais. Em princípio, pois, e dentro do maior número de casos, *a atividade de todos esses órgãos é feita de acordo com os métodos de administração particular, e, por conseguinte, seus direitos, obrigações e litígios têm origem no direito privado E SEU ESTATUTO FISCAL É IDÊNTICO AO ESTATUTO DOS NEGÓCIOS ORDINÁRIOS...*" (As maiúsculas e os grifos são nossos).

(Aspectos atuais da Empresa Pública na França, trad. em língua portuguesa, publ. do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, págs. 27 e 28).

E acrescenta, mais além, JEAN MEYNAUD:

"Finalmente, durante os últimos anos, os dirigentes das empresas públicas deram provas de *uma tendência natural de conduzir suas administrações em função do interesse particular das explorações por elas dirigidas*. Assim, foram levados a agir, em diversas ocasiões, como o fariam chefes de empresas particulares. *Essa tendência, sob muitos pontos de vista, é desejável, pois que provocou, particularmente, certa melhora notável nos métodos de trabalho das empresas nacionalizadas*". (Os grifos são nossos). (Op. cit., pág. 67).

GASTON LEDUC nos dá notícia dos temores e preocupações que intranquilizam, na França, as chamadas *sociedades de Estado*, ante a possibilidade do advento de uma regulamentação geral, a elas aplicável, capaz de burocratizá-las e prejudicá-las por excesso de formalismo e uniformidade naquilo em que, precisamente, o legislador desejara flexibilidade de funcionamento e diversidade de soluções. E prossegue:

"Quoi qu'il en soit, si l'on tente de discerner les préoccupations majeures issues de l'expérience aujourd'hui acquise, on constate que, d'une part, ces institutions se sont toujours efforcées de minimiser leur caractère public et d'agir, dans leurs relations d'affaires et dans leurs rapports avec les administrations publiques, tout comme le feraient des particuliers ordinaires. Elles ont, disent leurs statuts, qualité de commerçants et doivent être inscrites au registre du commerce. Il n'est pas prévu à leur profit d'avantages fiscaux particuliers, autres que ceux qui résultent de la nature même de leur constitution juridique. Leur patrimoine n'appartient certainement pas au domaine public. Les fonds qu'elles détiennent et qu'elles gèrent ne sont plus des deniers publics. Les litiges auxquels peut donner lieu l'exercice de leur activité sont de la compétence des juridictions ordinaires. Les rapports avec leur personnel ne relèvent que du droit privé".

"*Les Sociétés d'État et la mise en valeur de l'outre-mer*", no livro *La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'Entreprise Publique*, — *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, pág. 119).

Acentua, por sua vez, R. HOUIN que um dos cuidados dos autores das *nacionalizações*, naquele país, tem sido o de "*éviter l'étatisation des entreprises publiques*" ("*La Gestion des Entreprises Publiques et les méthodes de Droit Commercial*", na mesma obra acima citada, pág. 94).

Outros juristas especializados em tais estudos, como JACQUIGNON e VEDEL, assinalam a reação observada entre os dirigentes das empresas públicas nacionais de caráter industrial e comercial, na França, contra a *estatização* de tais organismos, que tendem, cada vez mais, a desprender-se das peias e amarras burocráticas, a ampliar sua esfera de autonomia e a ajustar-se ao regime, ao estatuto, aos métodos e às técnicas das congêneres empresas industriais e comerciais *privadas*. O primeiro dos aludidos autores, invocando e citando, aliás, o segundo, dá-nos o seguinte registo:

“D’une façon générale, on peut dire que la position adoptée par l’établissement national correspond à une prise de conscience très nette, au contact des faits, du principe suivant, énoncé par M. VEDEL: “On peut croire ou ne pas croire aux bienfaits de l’insertion active d’organismes publics dans la vie industrielle et commerciale. Mais dès l’instant où le législateur a voulu organiser cette insertion, ce serait un bien mauvaise méthode d’interprétation que de multiplier sans nécessité les distinctions entre les entreprises publiques de caractère industriel et commercial et les entreprises privées”. Tous les établissements nationaux, toutes les entreprises nationales ont fait connaître leur sentiment à ce sujet, par le truchement de leur Conseil d’administration, de leurs directeurs généraux ou de représentants qualifiés. Dès 1950, le Conseil de l’E.G.A. concluait son rapport de gestion de l’année 1949: “Une réglementation compliquée risque de détourner la nationalisation de son véritable objet, qui n’est pas l’étatisation. Établissement industriel et commercial, doté par la loi de l’autonomie financière, et de l’indépendance technique et commerciale, nous revendiquons nos responsabilités et nos risques”. Les entreprises intéressées ont toutes réagi, dans cet esprit, à la “rage du contrôle” qui s’est étendue sur elles, et aggravée en mai 1953”.

(LOUIS JACQUIGNON, *Le Régime des Biens des Entreprises Nationales*, Paris, 1956, tomo II, pág. 483).

MARCEL WALINE, considerando o acentuado caráter *comercial* ou *industrial* das *empresas nacionalizadas*, frisa, com razão, que

“de ce fait le régime juridique des services publics ne leur convient pas, même avec les corrections apportées par la jurisprudence...”  
(*Op. cit.*, pág. 295).

\*

\* \*

Exata é, pois, — não obstante a contestação de RUBENS GOMES DE SOUSA — a observação de WALTER T. ALVARES, sobre a sociedade de economia mista,

“de funcionar sob a égide do direito privado e de, expressamente, *DESEJAR SER UMA ENTIDADE PRIVADA*”.

(“*As Sociedades de Economia Mista*”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 38, págs. 26-27).

Na verdade — salvantes algumas *exceções* já anteriormente mencionadas (*exempli gratia*, as da Suíça e da Argentina), — essa tem sido a vocação predominante, vale dizer, a *regra geral* em tôda parte do mundo.

O que, no Brasil, parece, em certos casos, significar discrepância dessa regra, é mera decorrência de um motivo único e, por sinal, profundamente lamentável: — o *horror ao imposto*, o mau vêzo de pretender fugir ao cumprimento do dever tributário pela válvula da *imunidade recíproca*. Só e só.

Semelhante *retrocesso* implicaria, aliás, evidente desvirtuamento do fim objetivado, acarretando, inclusive, muitas vezes, a anulação das sobreditas vantagens, a exemplo do que já sucedera de referência às autarquias, consoante a observação a miúdo feita pelos estudiosos do assunto e a que já nos reportamos (1).

(1) Com justa razão aludiu ALIM PEDRO à “*progressiva desautarquização das autarquias*” e ao “*desvirtuamento do conceito de autarquia*”, tendo o fenômeno levado a afirmar-se “que as autarquias foram a mais efêmera das nossas criações jurídico-administrativas” (*sic*). E disse, mais:

“Com efeito, estamos chegando a um ponto em que as entidades paraestatais, cercadas em seus meios de ação mas ainda não equiparadas de todo aos demais órgãos do Estado, já deixaram de ser autarquias mas ainda não chegaram a ser repartições públicas e, nessa condição híbrida, vão lutando com uma série de desnecessários tropeços e tendendo para aquela improdutividade que caracteriza os organismos mal definidos ou mal estruturados”.

(*O Seguro Social — A Indústria Brasileira — O Instituto dos Industriários*, Rio de Janeiro, 1950, págs. 471 e 472).

Haja vista à advertência com que ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA encerra o seu substancioso estudo intitulado “*As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado*”, *in verbis*:

“Entretanto, à medida que tais sociedades se afastem das normas e da técnica das empresas privadas, despidendo-se de suas características de independência de ação e consequente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes, e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades.

Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repita com tais tipos de sociedade o que ocorreu com as entidades autárquicas...”

.....  
“As sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas evidentemente haverão que subsistir como instrumentos jurídicos a serviço do Estado moderno, no seu mister e empenho de atender aos interesses gerais da coletividade, mas isto realmente só será possível *na medida em que se mantiverem fiéis às suas características de empresa privada, de forma a não permitir sua transformação em simples órgãos da administração pública descentralizada*”.

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 60, pág. 15).

Do mesmo modo, o eminente Ministro e Professor JOÃO LYRA FILHO, criticando toda tentativa do Estado de “desfigurar a personalidade dos entes por êle próprio criados”, assim diz:

“Aquelas condições de independência financeira e liberdade de manejo, que deveriam equivaler à autonomia das instituições privadas, pelo menos, deixam de lubrificar o mecanismo impulsor das ações rápidas, flexíveis e proveitosas. Como escreveu OSCAR SARAIVA, “as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle tornaram a administração autárquica tão rígida quanto a do próprio Es-

tado e fizeram desaparecer as razões de conveniência de que se originaram”.

(*Despesa versus Receita*, págs. 15-16).

\*

\* \*

Juridicamente indefensável e, pois, a bem dizer, heresíaca é, *data venia*, a fórmula com que WALDEMAR FERREIRA pretende conciliar situações inconciliáveis, apontando como “peculiaridade” da natureza da *sociedade de economia mista concessionária de serviço público* ser ela “*entidade autárquica, ademais de sociedade anônima privada, quanto à sua estrutura orgânica*” (*op. cit.*, pág. 166).

Ora, não há sociedades de economia mista que já sejam, *por natureza*, “*concessionárias*” de serviço público. Se, como bem observa OROSIMBO NONATO em seu citado parecer, “*o Estado não cria a empresa mista como serviço público*”, e se, como assinala o Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA, no seu parecer em análise, “*a concessão de um serviço público tem o caráter contratual*” (*sic*) — o que também reconhece o próprio Prof. WALDEMAR FERREIRA (*op. cit.*, pág. 62), — não se pode admitir que o só fato da *criação* de uma sociedade de economia mista, seja qual fôr o seu fim, ainda que tenha por objeto a exploração de serviço público, constitua e configure, por si mesmo, *ab origine*, uma inata e presumida “*concessão*” de serviço público. Nenhuma sociedade de economia mista já nasce “*concessionária*” de serviço público. Só se *concede* algo a quem já existe; só se *contrata* com quem já tem personalidade, física ou jurídica. E as sociedades anônimas adquirem a personalidade jurídica mediante a inscrição de seus atos constitutivos no registro público do comércio (arts. 18 e 1.364 do Código Civil). Poderá outorgar-se a “*concessão*” *a posteriori*, mas através de um ato administrativo que a defina de modo certo e inequívoco. A “*concessão*” de serviço público (forma especial de delegação, inconfundível com a simples

*permissão*) não se presume, mas requer outorga explícita, por via de ato administrativo formal e expresso. Se êsse ato inexistente, não há que falar em “sociedade de economia mista concessionária de serviço público”. Se existe, a preexistente sociedade será *uma simples concessionária*, como o seria qualquer outra empresa particular. Por que critério discriminatório a “concessão” de serviço público imprimiria à sociedade anônima mista — e somente a ela — um caráter diferente do de qualquer outra concessionária? Porque haveria de transformá-la em “*entidade autárquica*” e, pois, em *pessoa pública*?

Se, por um lado, no estado atual do direito brasileiro, não se pode conceber a contradição, o absurdo de uma sociedade anônima de economia mista nascida com a natureza jurídica de autarquia, por outro lado, o fato de tornar-se “*concessionária*” de serviço público não lhe infunde tal natureza, pois a *concessão* não publiciza o ente concessionário.

Em nada importa, pois, o fato de vir a ser a sociedade anônima de economia mista *concessionária* de serviço público, ainda que houvesse sido criada especialmente para tal fim, até porque o Estado pode criar, deliberadamente, institutos de *direito privado* para a realização de serviços públicos ou de interesse público (GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 172; CIOFFI, *op. cit.*, pág. 105; MONACO e CANSACCHI, *op. cit.*, pág. 37), inclusive sob forma tipicamente comercial.

Haja vista à preleção de RANELLETTI:

“Le persone giuridiche private (e l'ipotesi si verifica sopra tutto per quelle della prima figura, cioè le *società commerciali*) non mutano la loro natura, se per *concessione* dello Stato assumono l'esercizio di un servizio pubblico, ad es., di ferrovie pubbliche, della navigazione fra il continente e le isole, ecc., e quindi la soddisfazione di *interessi pubblici*. Esse, infatti, non mutano per questo la loro destinazione, perchè il compimento di quei servizi e la soddisfazione conseguente degli interessi pubblici, cui quelli sono diretti, non costituiscono per esse la loro des-

tinazione, ma unicamente un mezzo per conseguire il loro scopo primo, quale, ad es., per una *società di commercio*, il lucro”.  
(*Op. cit.*, pág. 571).

Se, como já vimos, a *personalidade jurídica de direito público* é elemento indeclinável à caracterização do ente *autárquico*, e se, por outro lado, a *sociedade anônima* é, por natureza e até por força de mandamento legal, *pessoa jurídica de direito privado*, não há como se possa insinuar nos moldes de nosso sistema de direito vigente a anomalia, a figura teratológica de uma “*entidade autárquica*” orgânicamente estruturada em “*sociedade anônima*”, numa absurda conjunção de caracteres que colidem e se excluem, de coisas que “*hurlent de se trouver ensemble*”.

\*

\* \* \*

Tampouco oferece remédio ao *impasse* a invocação de pretenhos meios-têrmos e formas intermediárias, *exempli gratia*, o “*tertium genus*”, de ANDRÉA ARENA (*op. cit.*, pág. 16), e a “*empresa semi-pública*”, de GIRON TENA (*Las Sociedades de Economía Mista*, Madri, 1917, pág. 25), pois essas concepções correspondem a uma antiga e já hoje superada doutrina francesa, que o nosso direito — ainda, no particular, filiado ao direito italiano, — jamais assimilou, preferindo, no particular, o princípio *tertium non datur*, isto é, não se admite nuança ou meio-térmo entre o caráter *público* e o *privado* dos entes jurídicos (1).

(1) O insigne ministro OROSIMBO NONATO, em seu já mencionado parecer jurídico, de novembro de 1962, sobre o litígio entre *Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS* e *Serviços de Navegação da Amazônia - SNAPP*, feriu também êste aspecto do problema e refutou a teoria do “*tertium genus*”, — absolutamente inadmissível em nosso direito, como, aliás, na doutrina dominante em todos os sistemas jurídicos do mundo. *In verbis*:

“Em suma, a PETROBRÁS S.A. é sociedade de economia mista e esta é *pessoa jurídica de direito privado*, inexistin-

Dai haver o emérito LUIGI FERRARA, advertido de que essa “zona grigia dell’ibridismo” é absolutamente “esclusa da ogni più elementare nozione di tecnica giuridica moderna” (*Istituzioni di Diritto Privato*, Turim, 1939, pág. 206).

Doutrinam, a propósito, RICCARDO MONACO e GIORGIO CANSACCHI:

“Un tempo si era soliti assegnare a quest’ultima categoria di persone giuridiche un posto *intermedio* tra le persone giuridiche pubbliche e quelle private, definendole come stabilimenti di utilità pubblica. Ma la creazione di questo *tertium genus* è stata giustamente criticata dalla dottrina moderna: può verificarsi infatti che persone giuridiche private siano incaricate dell’esercizio di *servizi pubblici* e che per tale ragione siano sottoposte alla disciplina del diritto pubblico, ma questa circostanza non muta la loro natura, che è sempre *privata*, in quanto sono destinate direttamente alla soddisfazione di interessi di carattere egoistico”.  
(*Op. cit.*, 1.<sup>a</sup> parte, pág. 37).

Adverte, por sua vez, CINO VITTA:

“Ma bisogna pure decidersi a riconoscere che un ente o è privato o è pubblico: *tertium non datur*”.  
(*Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Turim, 1949, tomo I, pág. 143).

E, por igual, ARNALDO DE VALLES:

“Tra le persone giuridiche private e quelle pubbliche non v’è nel nostro diritto una categoria intermedia”.  
(*Op. cit.*, pág. 82).

---

do no campo do Direito, como observou, em parecer, João NEVES DA FONTOURA, “um tipo *intermediário* de pessoa jurídica, com posição legalmente definida na fronteira entre o *público* e o *privado*, com regime normativo próprio, equidistante da dependência governamental e da entidade particular. São de direito público ou são de direito privado; não há meio termo, nem terceira categoria”.

E também D’ALESSIO:

“Nel nostro diritto non esistono categorie intermedie fra le persone giuridiche pubbliche e le private”.  
(*Op. cit.*, vol. I, pág. 200).

E, ainda, SANTI ROMANO:

“In base a questi concetti è a ritenersi che una persona giuridica o è pubblica o è privata: non ci sono, nel diritto italiano, persone che abbiano una figura intermedia...”  
(*Op. cit.*, vol. I, pág. 90).

E, com êles, GRANITO, SPINELLI e ZINGALE:

“In passato nel diritto francese si è ritenuta esistente una categoria intermedia tra le persone giuridiche pubbliche e le persone giuridiche private” ... “ma nel nostro diritto non poteva e non può ravvisarsi la esistenza di tale categoria neutra. Gli enti sono *pubblici* o *privati*”.  
(F. GRANITO, L. SPINELLI e S. ZINGALE, *Guida allo Studio del Diritto Amministrativo*, Roma, 1951, página 31).

Haverá, de certo, casos e situações especiais em que o ente privado, sob certos aspectos, ou pela presença de determinados traços e características, muito se aproxime da categoria dos entes públicos, a ponto de ensejar possíveis dúvidas e perplexidades. Para MIELE o problema se resolve numa “*subespécie dos entes privados*” (*op. cit.*, vol. I, pág. 84). Na própria França — onde, já hoje, se considera obsoleta e ultrapassada aquela concepção de uma categoria de entes *intermediária* entre as pessoas jurídicas públicas e as privadas — prevalece o critério doutrinário de HAURIOU, segundo o qual “na dúvida, deve presumir-se o caráter *privado* do estabelecimento” (*Précis de Droit Administratif*, 11.<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, vol. I, pág. 237, nota 2; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, vol. I, pág. 165, nota 5).

A solução contrária, errôneamente preferida por certos intérpretes, tem merecido a crítica dos mais modernos e autorizados estudiosos, estrangeiros e nacionais. Entre nós, *exempli gratia*, a censura se acha admiravelmente refletida nesta página brilhante do Prof. ORLANDO GOMES:

“Na investigação da qualidade de certas pessoas jurídicas que constituem ou encarnam aquêles tipos que FERRARA denomina *figuras intermediárias ou fronteiriças*, o analista deve premunir-se contra a tendência, mui acentuada hodiernamente, para confundir com o interesse público todos os interesses que não são genuinamente privados, confusão essa que reflete a errônea e corriqueira indistinção entre as *normas de ordem pública* e as *regras de direito público*. A hipertrofia do conceito de interesse público conduz a uma posição extremada no problema da distinção entre as pessoas de direito público e de direito privado, que é inteiramente insustentável, porque reduziria a última categoria às sociedades de fins econômicos. Não é admissível, entretanto, que seja público todo interesse extra-patrimonial. Inúmeras associações, que são inequivocamente *pessoas jurídicas de direito privado*, constituem-se para a realização de fins que transcendem o âmbito dos interesses particulares egoísticos. Algumas há cuja finalidade interessa à coletividade, sem que por esta razão sejam pessoas de direito público. Outras existem cujos objetivos coincidem parcialmente com o exercício de funções de nítido interesse público. Tôdas elas permanecem na esfera do Direito Privado, pelo menos para os juristas que não padecem da sofreguidão estatizante.

Essa interpenetração dos interesses públicos e particulares, êsse crescente entrelaçamento determinado irresistivelmente por fatores sociais, dominantes neste momento histórico da civilização, favorece o aparecimento de novos tipos de entes coletivos, organizados com fins de *utilidade pública*, mas não inseridos, pelo menos por enquanto, na complexa ossatura administrativa do Estado.

No panorama multicolorido de tantos grupos sociais não é possível deixar de admitir que se con-

servam na esfera do direito privado inúmeros organismos que desempenham funções importantíssimas de interesse coletivo. Êsses organismos ainda não foram absorvidos pelo Estado. Se, no futuro, o serão, por enquanto se conservam à ilharga de sua órbita, ainda que já sofram a influência de sua força de atração”.

(“*Pessoas Jurídicas de Direito Público e de Direito Privado — Autarquias — S.E.N.A.C. e S.E.S.C.*”, parecer jurídico, na *Revista de Direito Administrativo*, vol 19, pág. 387).

A doutrina moderna também repele o critério da *dupla personalidade — pública e privada —* do mesmo ente (SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, vol. I, pág. 163).

Finalmente, não é, outrossim, admissível, absolutamente, em nenhum caso, a simultaneidade *alternativa* de competências ou de efeitos nos dois planos — o *público* e o *privado*, — isto é, não pode um só e mesmo ente jurídico considerar-se *privado* para uns e *público* para outros fins ou efeitos de direito (*exempli gratia*, julgar-se *privado* para auferir as facilidades, liberdades e vantagens técnico-econômicas das formas e métodos societários mercantis, e *público* para gozar das franquias fiscais inerentes à condição das pessoas públicas imunes ou isentas de impôstos), conforme justamente salienta GIUSEPPINO TREVES:

“...non potendo un ente essere pubblico per alcuni effetti, e privato per altri”.

(*Op. cit.*, pág. 91).

Como se vê, fechados todos os caminhos à canhestra argumentação de seus artífices, não há possibilidade de fórmula ou solução jurídica que legitime a tese da identificação, equiparação ou assemelhação das *sociedades anônimas de economia mista* — necessariamente *pessoas de direito privado* — aos entes *autárquicos* — necessariamente *pessoas de direito público* — para quaisquer fins ou efeitos, mui especialmente para



tornar-lhes *extensivo* o gozo de *privilégios fiscais*, que a Constituição brasileira, aliás, reservou, expressa, limitada e *exclusivamente*, às *pessoas maiores de direito público interno* nomeadamente indicadas como suas destinatárias: — *União, Estados, Distrito Federal e Municípios*.

Valha, afinal, como fêcho dêste capítulo, a lição modelar de OROSIMBO NONATO, inserta no parecer já citado:

.....  
"Ora, a sociedade de economia mista pertence aos quadros do direito privado, pôsto nela penetre, como observamos em outra oportunidade, certa atmosfera administrativa com a aplicação de regras de *ius speciale*. E acrescentamos: "Como reconhece EPAMINONDAS SPILIOPOULOS, *La Distinction entre Inst. Publique et les Inst. Privées*, 1959, pág. 35,

"certaines personnes privées sont particulièrement soumises à un régime special de droit administratif, soit parce que l'Administration a disposé à leur égard des pouvoirs speciaux de police, soit parce que ces personnes privées collaborent avec les personnes administratives dans un but d'intérêt général".

As relações, com que estreitas e íntimas, de colaboração com a Administração Pública não são poderosas a alterar a natureza da *pessoa de direito privado*, observando SPILIOPOULOS, *liv. cit.*, págs. 40-41:

"Tous ces personnes qui collaborent à la poursuite de l'oeuvre materielle de l'Administration restent des *personnes privées*. Le concessionnaire de travaux ou de services publiques, de même que l'établissement d'utilité public, et l'entreprise privée d'intérêt général, *ne perdent pas leur nature privée*. Ils ne possèdent aucun pouvoir de puissance publique".

E assim também o concluem, em magistério por êle invocado, ROLLAND, WALINE, MICHOU, DIEZ et DEBEYRE, LATOURNERIE, etc."

Depois de aludir à corrente minoritária dos defensores da "tese publicística", remata o insigne juriconsulto:

"A doutrina reserva acolhida melhor ... ao asserto de constituir a sociedade de economia mista (apesar da ação do Estado na sua constituição e no seu comando) *pessoa de direito privado, regida pelas normas de direito comum* (vêde AUBERT, *L'État Actionnaire*, pág. 191; ZANOBINI, *Corso di Dir. Amm.*, ed. de 1937, I, pág. 183). Ela não se integra na Administração Pública pròpriamente dita e seus atos não se classificam entre os atos administrativos, nem seu orçamento se subordina à competência especial do Tribunal de Contas. Os seus empregados não são funcionários públicos (RUBEN ROSA, *in Revista Jurídica*, 7, 37, pág. 29)".

\*  
\* \*

### Contraste desprimoroso e explicação necessária

Mas, se a *vontade estatal* manifestada através da *escolha* da forma de uma *sociedade anônima mista* (ao invés da *escolha* de uma forma de direito público) é a de criar uma *pessoa jurídica de direito privado*; se, em tôda parte, — até na França, sob o regime das *nacionalizações*, — ademais das *sociedades de economia mista*, as pròprias *sociedades nacionais* e ainda os chamados *estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial* realizam suas atividades "de acôrdo com os métodos de administração particular e, por conseguinte, seus direitos, obrigações e litígios, têm origem no *direito privado* e seu estatuto fiscal é idêntico ao estatuto dos *negócios ordinários*", como assinala JEAN MAYNAUD, salientando, mais, que "essa tendência, sob muitos pontos de vista, é *desejável*", pela

“melhora notável” (*sic*) que imprime aos métodos de trabalho; se as próprias emprêsas assim constituídas para a realização de fins de interesse público e até de relevante interesse nacional, nos setores da produção industrial e do comércio, elas mesmas, através de seus órgãos diretivos ou representativos, reagem contra as tentativas de estatização, insurgem-se contra os processos de publicização e de burocratização a que, por vêzes, se intenta submetê-las, como regista VEDEL, citado por JACQUIGNON, preferindo manter-se no campo do direito privado, sujeitas ao estatuto das pessoas privadas de caráter industrial e comercial; se, também entre nós, conformemente à índole e à tradição do nosso direito, as sociedades de economia mista “são reguladas pelo direito privado”, “CONVINDO QUE O CONTINUEM A SER”, como justamente sublinharam LÚCIO BITTENCOURT (relator) e os demais ilustres membros da Comissão signatária do citado Relatório de 27 de agosto de 1943, invocando a assertiva de THURSTON, de que “os interesses públicos são superiormente servidos quando se atribui a essas entidades o caráter privado”; — como se explica, então, o esforço com que, num movimento retrógrado, pôsto que inverso ao das correntes e tendências universais, se empenham certas emprêsas mistas brasileiras em gravitar nos rumos da publicização, diminuindo, senão mesmo anulando as vantagens determinantes da intenção descentralizadora? E como se compreende que êsse retrocesso encontre defensores e advogados entre juristas eminentes, conduzindo-os até ao absurdo de pretender atribuir a tais emprêsas o caráter de autarquias?...

Tudo se resume, em última análise, num objetivo único: o de não pagar impostos.

Não estaria em jôgo, por certo, uma razão de poupança, um critério de economia — indefensável, de resto, em matéria de tributação, — pois é sabida a prodigalidade dêsses entes nas fainas do empreguismo e da publicidade, como, ainda, no custeio de cousas suntuárias (1); e, além disso, mais onerosos

(1) São por demais notórios, por exemplo, a espantosa orgia salarial da Petrobrás e seus esbanjamentos e liberalidades até em objeti-

do que as obrigações fiscais, a que intentam furtar-se, são, provávelmente, os pareceres jurídicos que, para tal fim, encomendam e pagam, e a respectiva publicidade.

Tampouco teria influído a convicção de um direito, sabido, como é, que a Constituição, na alínea “a” do inciso V ao art. 31, reservou o privilégio da imunidade exclusivamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sendo certo, outrossim, que o gozo das simples isenções depende, necessariamente, de outorga legal, emanada dos próprios poderes tributantes.

A origem histórico-política e as razões psicológicas do estranho e lamentável fenômeno devem ser buscadas no fato de que, instituídas no plano administrativo federal as primeiras

vos estranhos aos serviços e atividades próprios da emprêsa, inclusive os denunciados desvios de dinheiros para fins políticos inconfessáveis. Graves acusações de prodigalidade e de corrupção lhe têm sido irrogadas, com escândalo público, pela imprensa e no Parlamento brasileiro (“O Estado de São Paulo”, n.º de 19-7-1963, pág. 3; “Jornal do Brasil”, n.º de 21-7-1963, pág. 3; “O Globo”, ns. de 25-4-1963, 1.ª página, de 4-7-1963, pág. 12, e de 27 e 28 de janeiro de 1964 — notícias e artigos editoriais, — etc.). Isto sem falar nas malversações de somas astronômicas, em negócios ilícitos e transações contrárias ao interesse público, de que, por fim, se acusaram, reciprocamente, o presidente e diretores da emprêsa, no recente e ruidoso “escândalo da Petrobrás”, motivador de inquéritos, administrativo e parlamentar.

Possuidora de recursos “muito superiores a 100 bilhões de cruzeiros”, seus mais de 37 mil empregados, além de faustosamente pagos (a ponto de perceber um simples cozinheiro mais de cento e sessenta mil cruzeiros e um motorista mais de quatrocentos mil cruzeiros!), gozam de vantagens e regalias excepcionabilíssimas, jamais desfrutadas antes por nenhuma outra classe de trabalhadores ou de servidores públicos no Brasil, inclusive pagamento de férias em dobro e participação nos lucros da emprêsa. Sua respectiva fôlha de pagamento já ultrapassou a cifra de 34 bilhões de cruzeiros por ano, isto sem considerar os 70% do aumento salarial concedido em 1963 (“O Globo”, de 15-11-1963 e de 28-1-1964).

Não há muito, escrevia conceituado colunista em trecho endereçado ao então presidente da emprêsa:

“Gostaria, assim, que o General respondesse se é ou não verdade que os funcionários da Petrobrás ganham o equivalente a 21 salários por ano, contando, entre outras coisas, 3 ou 4 gratificações e 30% de prêmio de periculosidade, o qual seria pago, inclusive, aos servidores administrativos lotados no Rio, que perceberiam como se estivessem perfurando no Amazonas”.

(“O Globo” de 13-11-1963, 4.ª página).

sociedades mistas, por iniciativa e sob a égide de um Govêrno de centralização de podêres e de vocação autoritária, foi a direção e superintendência das mesmas entregue a cidadãos — civis e militares — que, influenciados pela hipertrofia do conceito de *autoridade* e possuídos da falsa noção de *superioridade* do poder federal sôbre os podêres locais (estaduais e municipais) em todos os setores das relações políticas, administrativas e tributárias, consideravam uma *capitis diminutio*, uma *baixa de prestígio*, um *índice de fraqueza*, uma *quebra de autoridade*, dir-se-ia, quase uma *humilhação política*, permitir que as entidades por êles presididas — criadas por iniciativa do Govêrno central todo-poderoso, com participação financeira majoritária da União e visando, também, a fins de interesse público — se submetessem a pagar tributos aos Estados e Municípios!

Desde então, estimulados pelo mau exemplo das *autarquias* (1), invocando supostos direitos de imunidade e de isenção, sob os mais diversos e capciosos argumentos, manifestaram tais *entes privados* suas reações contra a ingerência dos fiscos locais, muitas vêzes em tons e têrmos cuja nota de azedume traía o ranço daquela mentalidade viciosa e deformada acêrca do significado cívico-político do impôsto e da legitimidade da ação impositiva dos podêres estaduais e municipais em suas respectivas esferas de competência, respeitadas e mantidas em tôdas as Constituições republicanas.

Assim se explica o fato de preferirem, à cordata satisfação de suas normais e razoáveis obrigações tributárias, o sobrelevante dispêndio de muitos milhões peridicamente empregados na obtenção de alentados pareceres jurídicos e sua respectiva publicidade, ademais dos percalços e desgastes de uma luta infundável e sem glória nas esferas administrativa e judiciária.

\*

\* \*

(1) LEOPOLDO BRAGA, *O problema da imunidade fiscal das Autarquias em face do Direito Positivo*, Rio de Janeiro, 1952.

### Análise de outros argumentos: Criação pelo Estado. Objetivo próprio do Estado

Por julgarem, talvez, inconvincente tôda aquela torturada acrobacia dialética em que se esforçam — com apoio inclusive nos *equivocos* de WALDEMAR FERREIRA — para engenhar uma absurda e impossível equiparação das sociedades de economia mista às autarquias, os ilustres Professôres RUBENS GOMES DE SOUSA e ALIOMAR BALEEIRO, em seus aludidos pareceres, recorrem, ainda, a outros argumentos, no afã de justificar, em proveito das mesmas, a escapatória ao dever tributário pela válvula da *imunidade* constitucionalmente estabelecida em resguardo às pessoas maiores de direito público.

O primeiro (Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA), defendendo interêsses da PETROBRÁS, invoca, como pretenso argumento decisivo em favor de sua tese *publicística*, o caráter de *monopólio* da exploração industrial petrolífera, para que foi ela criada, ao sustentar que...

“quando o Estado, atendendo às conveniências práticas do tipo de exploração a empreender, institui uma sociedade de economia mista para exercer uma atividade *monopolizada*, nessa sociedade se reúnem os dois elementos definidores da *personalidade pública*: criação pelo Estado e objetivo próprio do Estado na realização do interesse público”.

E aduz, a seguir:

“A colaboração do capital particular, ainda quando solicitada ou facultada em caráter voluntário, não é, a nosso ver, de molde a afetar esta conclusão, porque o fator decisivo é a natureza do interesse ao qual aquela colaboração é prestada, e a natureza pública dêsse interesse está definida pelo próprio ato instituidor do *monopólio*”.

(*Revista Forense*, vol. 181, pág. 81).

Antes de tudo, é de acentuar-se, *data venia*, que os dois indicados elementos — “criação pelo Estado” — e — “objetivo próprio do Estado” — não são, por si sós, suficientes e, muito menos, “decisivos”, para a caracterização ou definição da personalidade jurídica de direito público.

Quanto ao primeiro (“criação pelo Estado”), não é possível contestar-se que o Estado tanto pode instituir *entes públicos* (*verbi gratia*, as *autarquias*), como *entes privados* (de que são exemplos certas *fundações* e as próprias *sociedades de economia mista*). E tanto pode criar *entes públicos* para a gestão de interesses e negócios de natureza tradicionalmente *privada* (construções de casas, etc.), como pode criar *entes privados* para o exercício de funções e atividades de *interesse público*.

Com razão, sublinha TREVES que

“per soddisfare un dato interesse pubblico nel campo economico lo Stato può creare tanto enti pubblici che enti privati, seguendo ragioni di convenienza”.

E constata, outrossim,

“l'esistenza di persone giuridiche pubbliche che esplicano soltanto un'attività economica privata, e di persone giuridiche private che agiscono soltanto per un fine pubblico”.  
(*Op. cit.*, pág. 114).

Filiado à escola de RANELLETTI, escreve, a propósito, JOÃO LYRA FILHO:

“Ao Estado é legítimo racionalizar seus serviços e distribuí-los da forma que melhor atenda ao interesse público, assim como diversificar a natureza jurídica dos respectivos órgãos, quer para instituir *peçoas de direito público* ou quer para promover a

criação de *peçoas de direito privado* do gênero das *sociedades de economia mista*”.  
(*Regime de Contrôlo das Emprêsas Públicas*, página 140).

Ao argumento da “criação estatal” responde com mestria OROSIMBO NONATO em seu mencionado parecer jurídico, de novembro de 1962, sobre a Petrobrás:

“A sociedade de economia mista não nasce, como a autarquia, apenas do “fiat” do Estado, pois nela intervém, com ânimo de se associar, o particular acionista. É certo, porém, depender sua criação essencialmente do Estado. E, assim, com a restrição assinalada, não se nega êsse característico... Mas, o Estado (com a colaboração dos particulares) não cria a empresa mista como *serviço público* e, de outro lado, dá-lhe a natureza e a estrutura de *pessoa jurídica de direito privado*. O seu regime jurídico, conforme já se assinalou, difere *ex radice* daquele que disciplina o serviço público.

Como escreveu TITO PRATES DA FONSECA (*Autarquias Administrativas*, pág. 77), “nem tudo o que o Estado realiza na vida jurídica é de direito público. Este princípio é, hoje, incontroverso. Quando, portanto, não sai fora da órbita do direito privado, não torna, por isso, pessoa de direito público a instituição cujo conteúdo não é... um serviço público. Se se trata com fins que se concretizam em serviços públicos e não é um serviço público personalizado, só pode ser instituição de direito privado”.

Registe-se, aliás, que o próprio Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA reconhece a insuficiência do critério da *iniciativa estatal* quando, no final do n.º 15 de seu parecer, admite que “o Estado tanto pode instituir entidades autônomas para o desempenho de algumas das funções públicas que lhe são privativas, como para o exercício de atividades que, por sua natureza, sejam tipicamente privadas”.

No que respeita ao segundo invocado elemento (“objetivo próprio do Estado”), já se demonstrou, neste estudo, que é lícito

ao Poder Público delegar ou conceder a particulares o exercício de funções, atribuições, faculdades ou serviços inerentes aos *fins estatais* propriamente ditos; do mesmo modo que nada obsta ao paralelo desempenho dêles por parte de instituições de natureza privada, tais como as instituições de educação e de assistência social, que, apesar de criadas com *fim público*, para a prestação de serviço público ou de público interesse, conservam a personalidade jurídica de direito privado (LEOPOLDO BRAGA, *Do Conceito Jurídico de "Instituições de Educação e de Assistência Social"*, Rio de Janeiro, 1960).

O aspecto concernente ao caráter *monopolístico* da atividade da empresa será examinado a seu tempo, em capítulo posterior.

\*  
\* \*

### Exame e crítica do argumento da "delegação" de funções estatais

Neste ponto equivoca-se, ainda, o douto mestre de Legislação Tributária na Universidade de São Paulo, ao sustentar que, enquanto a "concessão" de um serviço público tem o caráter *contratual* e pressupõe a *personalidade privada* do concessionário, a "delegação" de funções estatais "tem o caráter de um comando legislativo e *imprime ao ente delegado a personalidade pública*" (*sic*).

A-parte a circunstância de que a "concessão", ela mesma, é uma forma ou modalidade de "delegação", vale, de logo, acentuar que nem toda "delegação" de encargo ou função estatal a entes estranhos ao serviço público propriamente dito tem o caráter de um "comando legislativo", pois a assunção e o exercício de tais encargos ou funções tanto podem ter o cunho da obrigatoriedade como o da facultatividade, segundo dependam, ou não, do assentimento do delegatário (THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. III, pág. 31).

Não é, *data venia*, exato que a "delegação" de funções estatais imprima, necessariamente, ao ente delegado a *personalidade pública*.

Com razão registra SILVA PACHECO que

"o Governo (Poder Executivo) pode *delegar* funções que lhe competem a *empresas privadas*, ou atuar através de órgãos dependentes, tais como as autarquias".

(JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Execução Fiscal*, Rio de Janeiro, 1960, pág. 39).

E tais *empresas privadas* nem por isso adquirem a personalidade de direito público, mas, ao revés, continuam *pessoas privadas* e *sujeitas ao regime tributário comum*, como testifica SÁ FILHO, com apoio em PONTES DE MIRANDA:

"As empresas que realizam serviços públicos *não deixam de ser pessoas de direito privado* (BERTHELEMY, BIELSA, FLEINER) e *estão sujeitas ao regime tributário comum*. Os serviços, mesmo de interesse público, que não pertençam ao Estado, ficam submetidos à jurisdição comum e aos impostos gerais (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1937*, págs. 617 a 618)".

(*Estudos de Direito Fiscal*, pág. 58).

JOÃO LYRA FILHO, como membro preeminente do 1.<sup>o</sup> Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, realizado, em 1959, na Capital de São Paulo, ali declarou, com geral aplauso da ilustre assembléia:

"Quanto às sociedades de economia mista, não há dúvida que *são sociedades de direito privado*, embora muitas vezes incumbidas da prestação de serviço público; por serem entidades de direito privado é que não se podem submeter ao mesmo regime de fiscalização preconizado para as autarquias".

(*Anais do 1.<sup>o</sup> Congresso de Tribunais de Contas do Brasil*, São Paulo, 1959, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 191).

HELLY LOPES MEIRELES diz, com justeza:

“É sabido que os poderes públicos *delegados* não transmudam o ente privado em órgão público; habilitam-nos, tão-somente, a exercitá-los em nome do delegante”.

(“*Autarquias e Entidades Paraestatais*”, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 68, págs. 32-33).

SEABRA FAGUNDES, distinguindo, nitidamente, entre “os *concessionários* de serviços públicos” e os “órgãos com *delegação* para funções determinadas e eventuais” (*sic*), mostra, ao claro, que estes últimos podem ser *entes privados*, cuja personalidade não se transmuda nem se modifica com o exercício dos poderes delegados.

Depois de ensinar que o Estado também pratica atos administrativos “através das entidades autárquicas e das *pessoas privadas no exercício de funções delegadas do Poder Público*”, esclarece S. S. que, ademais da chamada *descentralização por serviço*, “consistente na instituição de um órgão relativamente autônomo tendo o encargo de certo serviço”, há dois outros tipos de descentralização, quais sejam: a *descentralização por colaboração* e a *descentralização em regime de cooperação*. E explica:

“A primeira se dá quando *entes privados* são convocados a exercer, autônomoamente, certas funções a eles *delegadas* pelo Poder Público. Tem lugar nas concessões de serviços públicos, nas empreitadas de obras públicas, na *outorga*, a *certas instituições*, de setores de atividade pertinentes ao Estado (como é o caso de serviços profiláticos confiados à Fundação Rockefeller), na *cooperação*, a título consultivo, de sindicatos e associações comerciais quanto a medidas do interesse dos grupos profissionais ou do comércio.

A segunda ocorre quando Estado e particular se unem para o desempenho comum de certo encargo (quase sempre a realização de vultoso empreendimento de interesse nacional concernente ao comércio

ou à indústria) pelo emprêgo de esforços e capitais de ambos. São exemplos típicos do exercício desse regime de *cooperação simultânea* as *sociedades de economia mista*” (1).

Acrescenta, outrossim, de referência ao primeiro dos aludidos tipos:

“Neste caso estão certas entidades, como a Fundação Rockefeller. Esta, quando chamada, em certas oportunidades, a realizar a profilaxia da febre amarela e da malária, *atuava como pessoa privada* exercendo, *por delegação*, funções estatais de defesa da saúde pública” (2).

(1) OSCAR SARAIVA, embora admita a objeção de que “a *concessão* de serviços públicos é um simples processo de administração *delegada*”, considera como *dois aspectos* distintos, o da *administração concedida* (na qual o concessionário de serviço, agindo com respeito às regras contratuais de seu contrato, trabalha por si mesmo e dentro de seus interesses, como simples arrendatário da coisa pública) e o da *administração delegada* (em cujo exercício o delegatário age como verdadeiro *mandatário* do Estado, administrando como é próprio o faria, “visando os mesmos fins e dentro das mesmas diretrizes”).

Para enquadrar, porém, as *sociedades de economia mista*, estabelece uma diversa e especial categoria, nestes termos:

“Entre esses dois aspectos da administração mediata — a administração *concedida* e a administração *delegada*, — devemos assinalar *uma categoria intermédia*, a da administração através das sociedades chamadas de *economia mista*, já existente entre nós, como o Banco do Brasil, mas que hoje toma vulto e se acentua”.

“Essas sociedades, a não ser por sua criação *ex vi legis* e por certos *favores* de ordem fiscal, *se aproximam antes das organizações particulares*, de cuja personalidade jurídica, a meu ver, *se revestem*: os seus fins são *lucrativos* e nelas a participação do Estado não é, na realidade, essencial, sendo que, com a simples transferência de seu capital, sua intervenção poderá cessar sem que com isso desapareça a sociedade”. (*Op. cit.*, págs. 3 a 4).

(2) PONTES DE MIRANDA, exemplificando, no particular, já ensinara:

“Se a União concede ou *DELEGA* a uma empresa o serviço de saúde de uma zona, não há, ainda aí, *imunidade*, pois que falta o elemento da *subjetividade*”. (O destaque é nosso). (*Comentários à Constituição de 10 de Novembro de 1937*, tomo I, pág. 624).

Mais ainda:

“Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e de *pessoas naturais ou jurídicas*, no desempenho de serviços públicos em virtude de *delegação* ou contrato exclusivo...”

“Os sindicatos, associações *privadas*, exercem, contudo, às vezes, *funções delegadas*. É o que sucede, por exemplo, quando interferem no serviço de estiva dos portos, organizando o rodízio dos trabalhadores (*Consolidação das Leis do Trabalho*, art. 266; Tribunal Federal de Recursos, em 4-1-52, rec. de mandado de segurança n.º 772, in *Revista Forense*, vol. 148, págs. 200-202)”

(*Op. cit.*, págs. 44, 46, 48 e 49, texto e notas).

Reiterando tais ensinamentos no verbete “*Administração*”, também de sua autoria, inserto no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, diz, ali, SEABRA FAGUNDES, já de referência à concessão de serviços públicos, já de referência à delegação de funções estatais a *pessoas privadas* — ambas as formas compreendidas na chamada *descentralização por colaboração*:

“As entidades que assim colaboram não se integram no organismo da administração pública. *Guardam o seu caráter de pessoas privadas, como tais agindo. Nem os poderes que o Estado lhes delega para o desempenho do serviço ... as converte em órgãos do Poder Público*”- (1).

(*Op. cit.*, vol. 2.º, pág. 331).

Nada autoriza, pois, em realidade, a afirmar-se que — ao revés do que sucede na “*concessão*” de serviço público —

(1) Com respeito aos “*encargos públicos*” exercidos “por pessoas estranhas ao quadro dos funcionários”, registra THEMISTOCLES CAVALCANTI:

“Encargo, ensina ZANOBINI, é a designação de *um particular* para o exercício de uma função que não pertence por direito a determinada pessoa, por força do cargo, mas a quem fôr designado de acordo com a lei. De modo geral, é a atribuição dada a *um estranho* ao serviço para exercer uma função pública”.

(*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, pág. 30).

a “*delegação*” de funções estatais “*imprime ao ente delegado a personalidade pública*”, para daí concluir, como pretende o festejado professor paulista — a nosso ver, *data venia*, sem a mínima dose de razão jurídica, — que “a sociedade de economia mista *delegatária* de funções estatais (como o exercício de um monopólio) configura uma *pessoa jurídica de Direito Público*” (*sic*) (*Revista Forense*, cit. vol. 181, pág. 83).

Vale exemplificar, neste passo, com o Banco do Brasil S. A., que, não obstante o incontestável exercício de funções estatais, por *delegação* do Poder Público federal, nem por isto se transformou em pessoa jurídica de direito público, mas conserva o seu caráter de *pessoa jurídica de direito privado*, conformemente à peculiar natureza de sociedade anônima de economia mista, que lhe é reconhecida, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência pacífica dos tribunais brasileiros, — ainda aquela que, liberalmente, o beneficia com certas isenções concernentes aos encargos públicos delegados a êsse importante instituto de crédito (1).

Melhor testemunho não poderia ser buscado para documentar o asserto — em flagrante contradita ao argumento do professor paulista — do que o do seu colega baiano Prof. ALIOMAR BALEEIRO, *in verbis*:

(1) A Procuradoria Geral da Justiça do Distrito Federal, em parecer proferido na Apelação n.º 6.382, sustentou, com absoluto acerto, que

“a entender-se que, por uma simples *delegação*, a União pudesse libertar qualquer empresa de tributabilidade, se contrariariam os princípios constitucionais de discriminação das fontes de receita”.

E, no julgamento do caso, a Quarta Câmara do antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em harmonia com essa opinião, decidiu e proclamou, por unanimidade, que

“qualquer lei da União que pretendesse isentar de tributo, por parte dos Estados e dos Municípios, uma empresa, ainda que de *economia mista*, mas enquanto exercesse serviços de natureza privada, invadiria a órbita constitucional de tributação fora do controle da União”.

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. X, págs. 162 e 164).

“Outras vèzes, o exercício *delegado* de funções públicas está casado a explorações privadas comerciais, como no caso do Banco do Brasil, que integra o nosso sistema de banco central — atividade pública — e, ao mesmo tempo, é estabelecimento de crédito comercial, como qualquer banqueiro privado”.

(*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 1.<sup>a</sup> ed., 1951, pág. 94).

Ora, se a *delegação* de função pública não infunde personalidade de direito público ao delegatário, e não pode uma pessoa jurídica ser, ao mesmo tempo, *pública e privada*, ou, alternativamente, *privada* para certos efeitos e *pública* para outros, forçoso será concluir-se pela exclusiva permanência da personalidade jurídica *de direito privado*, seja qual fôr o grau de interêsse público inerente às suas atividades.

\*

\* \*

Isto pôsto, examinemos, agora, outro importante aspecto do problema:

Sendo, como é, inquestionavelmente certo que o Estado pode *delegar* o exercício de funções estatais ou serviços públicos a pessoas *de direito privado*, ninguém contestará que possa fazê-lo a uma sociedade de economia mista, — e disso é típico exemplo o caso do Banco do Brasil.

Mas, — pergunta-se — uma emprêsa de fins *necessariamente lucrativos* — pôsto que instituída e estruturada, por lei, em moldes de *sociedade anônima de economia mista*, para o exercício de atividades industriais e comerciais, — pela só razão da *iniciativa estatal* e do *interêsse público* que com o seu negócio se relacione, constituirá, ela própria, em si mesma, na sua compleição, na sua organicidade, uma ingênita “*delegação*” de *serviço público*?...

Absolutamente, não. A tôda evidência, a *delegação* pressupõe *outorga*, e de *funções de natureza estatal*, de *atribuições*

*próprias do Poder Público, inerentes à normal competência administrativa, necessárias ao exercício da ação governamental*, características, portanto, do autêntico *serviço público*; e ninguém, de ânimo isento, dirá que sejam dessa espécie as atividades de *fim lucrativo* exercidas nos setores *industrial e comercial*.

Pela negativa responde, também, com acêrto, o Prof. THEMISTOCLES CAVALCANTI, como defluiu claramente dêste breve comentário:

“O Decreto-lei n.º 6.016 excluiu expressamente da imunidade fiscal as *sociedades de economia mista* em cujo capital o govêrno participe”.

.....  
“o princípio decorre da natureza puramente *privada, comercial*, dessas sociedades, que **NÃO PODEM SER CONSIDERADAS COMO SERVIÇOS PÚBLICOS, NEM DELEGAÇÕES DO ESTADO**”.

(*Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, página 502).

\*

\* \*

Finalmente, ainda que se admitisse, por absurdo, configurarem tais emprêsas mistas genuínas “*delegações*” de *serviços públicos* (o que já se demonstrou não ser exato), mesmo assim, nenhum direito teriam elas a participar do gôzo do privilégio da imunidade tributária recíproca, por isso que se não enquadrariam, de qualquer modo e por nenhum título, na regra do art. 31, inciso V, alínea “a”, da Constituição Federal.

Veja-se o que, a respeito, professa o eminente mestre FRANCISCO CAMPOS:

“O rigor da Constituição, em matéria de imunidade tributária, vai ao ponto de não excluir da tributação os próprios serviços públicos, quando exercidos me-



diante *DELEGAÇÃO*" (o destaque é nosso) "ou *concessão*".

.....  
"A isenção só pode ser concedida pelo poder a cuja competência a Constituição imputa o lançamento do impôsto. A êste princípio, que resulta, aliás, da discriminação constitucional da matéria tributária, a Constituição abre uma única exceção: — Quando a União institui, em lei especial, a isenção relativamente aos serviços federais *CONCEDIDOS*. Neste caso, e *sòmente neste caso*, a União é admitida a isentar de tributos estaduais e municipais. Fora dês-te caso, a União não pode criar qualquer imunidade à tributação estadual ou municipal".

(Parecer jurídico no processo n.º 5.0003.084/49-SGI, referente à Confederação Brasileira de Desportos. — Nota n.º 1, às págs. 416-417 do livro *Coletânea de Decretos-leis, Leis e Decretos Federais, Leis, Decretos e Disposições Regulamentares do Distrito Federal*, edição oficial da P. D. F., Rio de Janeiro, 1952).

Haja vista, outrossim, para a não menos autorizada opinião de PHILADELPHO AZEVEDO:

"Mas, a transferência do *serviço público* não envolve, a meu ver, rigorosamente, a *intributabilidade* inerente, máxime quando feita a favor, não de organização paraestatal, mas de *sociedade de economia mista*, onde existem também interêsses particulares e onde se praticam operações bancárias comuns, em regime de livre concorrência; não é razoável admitir, pois, *extensão*, a ponto de se transformar em absorção da parte privada, ainda que a pretexto de indivisibilidade".

(*Op. cit.*, vol. VI, pág. 296).

O argumento em análise é, pois, como se vê, improcedente e inoperante, por todos os seus aspectos.

\*  
\* \*

## Exame e crítica do argumento das pretensas "atribuições de poder público" ("Jus Imperii")

Em refôrço e complementação aos elementos já aqui analisados, acrescenta o ilustre mestre paulistano — no empenho de emprestar o caráter de pessoa pública à Petrobrás — um terceiro elemento, a seu ver decorrente da própria natureza das realizações supostamente *delegadas*, qual seja o da "atribuição, em grau maior ou menor, de prerrogativas inerentes ao poder público", isto é, "o exercício, pela entidade autônoma, de uma parcela de poder ou de uma função estatal delegadas" (*sic*).

Ora, já vimos, páginas atrás, com o testemunho de eminentes juriconsultos, que o só fato de ser "uma função estatal delegada" não determina, necessariamente, a transformação da natureza jurídica da pessoa *delegatária*, não na converte de pessoa privada em entidade pública. Assim, por exemplo, consoante a invocada observação do Prof. JOÃO LYRA FILHO, as sociedades de economia mista, mesmo quando "incumbidas da prestação de serviço público", "são sociedades de direito privado" e, "por serem sociedades de direito privado, é que não podem ser submetidas ao mesmo regime de fiscalização preconizado para as autarquias" (citação feita à pág. 239).

Já vimos, igualmente, através da lição de SEABRA FAGUNDES, que, algumas vêzes, o exercício, por instituições privadas (e até por pessoas naturais), de serviços ou funções estatais delegadas, implica a prática de "atos de autoridade", mas, "nem os poderes que o Estado lhes delega para o desempenho do serviço as converte em órgãos do Poder Público" (citação feita à pág. 242).

Assim, também, ao examinarmos os diversos critérios adotados ou propostos, em doutrina, para a identificação do caráter público ou privado das pessoas jurídicas, tivemos o ensejo de mostrar que, como outros, aquêle mesmo do "*ius imperii*" (*competência de direito público, exercício de direitos e atribuições de autoridade pública*) não se considera suficiente e,

muito menos, decisivo para caracterizar como *públicas* as pessoas jurídicas, consoante o parecer de abalizados mestres, — *ex. gr.*, ZANOBINI, SANTI ROMANO, D'ALESSIO, LENTINI, ALESSI, GASPARRI, UGO FORTI, DE VALLES, LANDI e POTENZA, MIELE, FRAGOLA, ODA, LAUBADÈRE, etc..

Entre nós, THEMISTOCLES CAVALCANTI é dos que pensam que o “exercício do poder de *imperium*”, por si só, não caracteriza a personalidade jurídica de direito público, ainda que aliado a alguma forma de participação na atividade do Estado, naquilo que êle tem de essencial; pois, a seu ver,

“não basta o exercício de alguns dêsses atributos para considerar como tal uma associação; é ainda indispensável uma integração mais ou menos completa no aparelho do Estado e um laço de subordinação variável com a natureza da instituição”.

(*Princípios Gerais de Direito Público*, Rio de Janeiro, 1958, pág. 312).

No opinar de ZANZUCCHI, “o elemento *poder de império* (“*potestà d'impero*”), de fora parte a possibilidade de ser outorgado — ainda que, por concessão especial e temporária — também a *pessoas jurídicas privadas*, é meramente *consequência*” (*op. cit.*, pág. 13).

UMBERTO FRAGOLA, em sua crítica ao critério do *ius imperii* (“*potere d'imperio*”) assinala a existência de *entes privados* que, de certo modo, o possuem e exercitam. Diz êle:

“...si è giustamente osservato che neppure questo elemento è decisivo non soltanto perchè vi sono enti pubblici, come le opere pie, che non sono fornite di impero, ma anche perchè vi sono enti privati i quali, nei confronti dei loro dipendenti, esercitano un potere disciplinare che è una forma, sia pure più blanda, del potere d'imperio spettante allo Stato ed agli enti pubblici”.

(*Op. cit.*, pág. 99).

ANDRÉ DE LAUBADÈRE manifesta análogo entendimento *in verbis*:

“Cependant ce critère” (“*privilège de puissance publique*”) n'est pas sans fissure car nous savons qu'une tendance du droit administratif récent est d'étendre l'emploi de ces prérogatives pour en faire parfois bénéficié des entreprises privées d'intérêt général”.

Após citar exemplos ilustrativos do assunto, faz remissão a outra página do mesmo livro, onde, com vários novos exemplos, menciona “certaines prérogatives de droit public dont l'entreprise d'intérêt général va bénéficier parce que, sans elles, elle risquerait d'être paralysée”; e acrescenta:

“Cette mise au service d'entreprises privées des prérogatives de droit public est explicable et justifiable: on a vu en effet que ce qui fonde ces prérogatives dans le service public, c'est l'intérêt général que celui-ci représente; les prérogatives sont moins au service de l'entreprise publique qu'à celui de l'intérêt général qu'elle assure. Cet intérêt général se retrouvant précisément inclus dans certaines entreprises privées, les prérogatives de droit public n'y présentent rien de choquant; elles sont en réalité mises au service d'intérêt général à travers l'entreprise privée qui poursuit sa réalisation”.

(*Manuel de Droit Administratif*, Paris, 1947, páginas 210 e 36 a 37).

LOUIS ROLLAND, por seu turno, confirma amplamente tais observações, como adiante se vê:

“Toutes les entreprises privées d'intérêt général ne sont pas du même type. Certaines ont une importance telle que les gouvernants interviennent parfois très profondément à leur endroit” ... “Les gouvernants interviennent souvent lors de leur fondation soit pour permettre leur ouverture, soit même pour décider de leur création. Les lois et règlements

les investissent de *prérogatives appartenant habituellement aux personnes morales de droit public pour la gestion des services publics* (possibilidade d'expropriar, por exemplo). Certains textes aménagent des relations financières entre elles et des personnes morales de droit public. Parfois celles-ci participent aux profits pécuniaires de l'entreprise, parfois elles interviennent pour accorder à l'entreprise un secours financier sous forme de subvention ou de garantie d'intérêts. Les entreprises sont souvent soumises à un *contrôle* de l'État ou des personnes morales de droit public..."

.....  
"Ces entreprises ne sont cependant pas des services publics, même au sens large du terme. Ce sont des entreprises privées soumises au droit privé en principe. L'application qui leur est faite en certains cas de règles spéciales constitue une *exception* qui ne doit point être étendue".

(*Précis de Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris, 1947, n.º 29 bis, págs. 22-23).

MARCEL WALINE, estudando o regime jurídico das *emprêsas privadas de interesse público* ("entreprises privées d'intérêt public"), entre as quais inclui e menciona...

"entreprises dites *d'économie mixte*, et caractérisées par la collaboration des capitaux privés et publics, en même temps que des hommes d'affaires et des fonctionnaires".

alude ao fato de que, em virtude mesmo do seu caráter "*de interesse público*" (1), o Estado, não raro, lhes concede, em grau maior ou menor, especial proteção, que pode manifestar-se, inclusive, pela submissão de suas atividades ao regime dos trabalhos públicos, bem assim pela atribuição, à pessoa jurídica, de faculdades e prerrogativas inerentes ao gozo e exercício do *ius imperii*: criação de servidões legais, prática de atos

(1) Explicita WALINE a existência de vários graus no *interesse público* ligado à natureza, aos fins e atividades dessas *emprêsas privadas*, entre elas, nomeadamente, os que concernem à valorização das riquezas naturais do país e à preservação da defesa nacional.

de autoridade pública (poder de polícia), poder de expropriação, poder de emitir papel-moeda, etc.. *In verbis*:

"La protection de l'État se manifeste par: l'affectation d'immeubles, de biens, garantie par la loi; la soumission des travaux au régime des travaux publics; la création de servitudes légales de protection (*par ex.* périmètre de protection autour de sources minerales); le pouvoir de forcer les résistances des tiers en utilisant la puissance publique de l'État, par exemple le pouvoir d'expropriar; l'octroi de *prérogatives régaliennes* comme l'émission de papier-monnaie, etc..." (1).

Todavia, ainda quando venham a achar-se investidas dessas podêres, atribuições e "*prérogatives régaliennes*" (*sic*), não se arrogam tais entidades à condição de pessoas públicas, mas, ao revés, *conservam o seu peculiar caráter de pessoas jurídicas de direito privado*, — atesta-o o mesmo eminente professor da Faculdade de Direito de Paris:

"Ce caractère privé, que garde l'entreprise simplement d'intérêt public, est absolument fondamental pour la distinguer du service public. L'entreprise reste sous le régime du droit civil ou du droit commercial. Les personnes qui la gèrent restent des *personnes privées*".  
(*Op. cit.*, pág. 285).

YORODZU ODA, sábio professor da Universidade Imperial de Kyôto e antigo Juiz da Côrte Permanente de Justiça Internacional dá-nos, finalmente, o seu veredicto científico sôbre o palpitante problema, ao sustentar que a tese do *ius imperii* como signo distintivo da personalidade de direito público é "*uma doutrina falsa*":

"Nous devons ici mentionner *une doctrine fausse*, mais très répandue, concernant la conception juri-

(1) O mesmo autor exemplifica inclusive com o Banco de França, que é, segundo diz, uma *sociedade de comércio* dotada, na verdade, de um regime *sui generis*.

dique des groupements publics. Cette doctrine les considère comme des sujets de *puissance publique* et admet qu'à ce titre ils se distinguent particulièrement des personnes morales privées. Mais de ce que les groupements publics sont, comme il a été dit, des sujets du pouvoir administratif, il n'en faut nullement conclure qu'ils possèdent nécessairement la *puissance publique*, car le pouvoir administratif n'entraîne pas toujours l'exercice d'une puissance quelconque; au contraire, il agit très souvent sur un pied d'égalité avec les individus en ce qui concerne les services publics, et surtout les entreprises ou les exploitations d'une nature tout à fait économique. Les groupements locaux sont généralement investis d'une certaine puissance et peuvent jusqu'à un certain point contraindre les particuliers à faire ou à ne pas faire; mais quant aux autres groupements publics, ou bien ils sont doués d'une faible autorité, ou bien ils n'en possèdent point, comme c'est le cas dans une fondation publique. En somme, la jouissance du *droit de puissance* n'est aucunement la condition essentielle d'existence d'un groupement public. Par contre, il y a un grand nombre de cas dans lesquels *un individu* ou *une collectivité privée* est investi, soit nécessairement, soit éventuellement, de plus ou moins de *puissance*: par exemple, le commandant d'un navire marchand possède le droit de police sur l'équipage et les voyageurs; la compagnie de chemin de fer est investie d'une partie du droit de police et plus spécialement de la police des communications; et particulièrement la Compagnie du chemin de fer sud-mandchourien jouit d'un privilège très large en matière d'administration publique dans la Mandchourie du Sud. Dès lors, la jouissance du *droit de puissance* n'est nullement la condition indispensable d'une personne morale publique et ne peut pas servir de *critère* pour la distinguer d'une personne morale privée".  
(*Op. cit.*, págs. 26-27).

Será preciso algo mais para convencer?...

\*

\* \*

### Inanidade do argumento fundado no "regime de monopólio"

Inconsistente, por igual, é a invocação do regime de *monopólio* da exploração industrial ou comercial, ainda que de relevante interesse público (1).

Ressalvadas as restrições constitucionalmente estabelecidas, nada impede, realmente, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios confiem a delegados ou concessionários privativos o exercício de suas atribuições e faculdades, por conveniências de natureza econômica ou técnica, ou por outras quaisquer razões de interesse administrativo. E, se atividades e tarefas próprias do Estado podem ser por êste delegadas e concedidas a particulares *preexistentes*, nada obsta a que o sejam, também, a entidades de direito privado por êle mesmo criadas para tal fim.

O fato de se tratar de uma atividade *monopolística* (ou *monopolizada*) não infunde, por si só, personalidade jurídica de *direito público*, quer à preexistente entidade de *direito privado* a que seja delegado ou concedido o seu exercício, quer à que, *em moldes de direito privado*, seja, porventura, instituída para o mesmo fim.

Observou-o, com acêrto incontestado, THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS:

"O fato de o Estado conferir ao IRB *monopólio* de serviços de sua exclusiva competência — o resseguro — não lhe deforma a natureza jurídica, como

(1) GIUSEPPINO TREVES assinala nos monopólios fiscais o *fim econômico* (*interesse lucrativo*), qualquer que seja o grau do interesse público que os tenha determinado:

"Lo scopo di ottenere un profitto per l'erario è lo scopo prevalente, se non addirittura l'unico, dei monopoli fiscali..."  
"Il fine principale rimane quello di realizzare una maggiore utilità sociale, ma esso non esclude, talvolta, calcoli di vantaggio economico, anche se non sempre si realizzino".  
(*Op. cit.*, pág. 52).

sucede, também, com a PETROBRÁS, sociedade de economia mista a que a Lei n.º 2.044, de 3 de outubro de 1953, em seu art. 2.º, outorgou o *monopólio* do petróleo”.

(*Op. cit.*, pág. 68).

Consoante já vimos em citação anterior, JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, no seu artigo doutrinário “*Os Poderes das Autarquias*”, qualifica como “serviços públicos *aparentes*, porque, na realidade, são de ordem particular”,...

“todos aquêles que correspondem à intervenção do Estado no domínio econômico, quer organizando *empresas* em concorrência com as organizações particulares, quer **MONOPOLIZANDO DETERMINADA INDÚSTRIA OU ATIVIDADE**”.

Quando o emérito PONTES DE MIRANDA, em seu comentário ao art. 146 da Constituição, menciona “o Estado e as *empresas* que servem ao exercício do monopólio estatal” (*Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., tomo V, pág. 489), emprega, aí a palavra “*empresas*” com precisão técnico-jurídica, no seu sentido próprio e específico de *entidades privadas de fim econômico*, destinadas à exploração industrial ou comercial em determinados setores da produção (1).

São expressões de FRITZ FLEINER:

“Sin embargo, la ley puede permitir a las autoridades administrativas que concedan a un *particular*

(1) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA definiu a *empresa* como sendo

“a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com *esperança de realizar lucros*, correndo os riscos por conta do *empresário*, isto é, daquele que reúne, ordena e dirige êsses elementos sob a sua responsabilidade”. (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 2.ª ed., vol. I, pág. 538).

el ejercicio de una actividad *monopolizada*, sea compitiendo con la Administración pública o sustituyéndola. Pero esto es solamente admisible cuando existen garantías de que también por la *explotación privada* ... se alcanza el fin público”.

(*Instituciones de Derecho Administrativo*, págs. 278-279).

Em seu já citado parecer jurídico de novembro de 1962, escreve OROSIMBO NONATO, refutando a idéia de que o exercício de atividade *monopolística* delegada pelo Estado induza à personalidade jurídica de direito público:

“No que tange às sociedades de economia mista, dizem MIGUEL LINS e CÉLIO LOUREIRO, *Teoria e Prática do Direito Tributário*, págs. 430-431, *ainda que investidas das qualidades monopolísticas* (nossos os grifos) consagradas pelo art. 146 da Constituição, descabe reconhecer-lhes qualquer imunidade, justamente em face do objeto nitidamente *econômico* das respectivas atividades. E, em nota, dão a ementa de acórdão unânime do douto Tribunal de São Paulo, de 23 de setembro de 1953, *in verbis*:

“A simples outorga de *monopólio* do comércio de qualquer artigo a uma sociedade de economia mista não implica ... execução, por esta, de serviço público federal que acarrete a isenção tributária constitucional” (1).

(1) Em Acórdão de 22 de julho de 1960, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, decidindo contrariamente à pretensão da Petrobrás ao gozo da imunidade tributária com base no art. 31, n.º V, letra *a*, da Constituição, sob a invocação de seu caráter de “*executora*”, por delegação, do *monopólio estatal* do petróleo”, assim disse:

“Ora, quer se tenha a exploração petrolífera na conta de serviço público, quer na de particular, o dispositivo constitucional citado não autoriza a isenção tributária pretendida pela agravante. Se o serviço é de natureza pública, e está sendo executado mediante concessão ou delegação pela agravante, tal isenção não existe, desde que “não estabelecida pelo poder competente”, “nem instituída pela União em lei especial”. Se, ao contrário, a exploração petrolífera é... serviço de caráter particular ou privado, *mo-*

Aliás, autores há que mencionam, *expressamente*, como *imponíveis* as explorações ou organizações estatais de fins econômicos *constitutivas de monopólio*.

Assim, por exemplo, ANDREOZZI, ao prelecionar sobre o tema da imunidade tributária do Estado, especifica:

“Se supondrá la exención cuando se trate de entes u organismos *típicamente administrativos*; pero no cuando se trate de entes u organismos cuya actividad no tenga *exclusivamente* aquella finalidad.

Así, por ejemplo, una repartición pública descentralizada está exenta, por la propia índole de sus funciones; pero no aquellas que *constituyan un MONOPOLIO, cumplan funciones de carácter económico* u otras no esenciales del Estado”. (Os destaques são nossos).

(MANUEL ANDREOZZI, *Derecho Tributario Argentino*, Buenos Aires, 1951, tomo I, págs. 213 a 214).

\*

\* \*

*nopolizado* excepcionalmente pelo Poder Público, tendo em vista a segurança e os altos interesses nacionais, ainda aqui não há que cogitar da imunidade tributária, que só beneficia os serviços públicos, assim mesmo quando explorados *diretamente* pela pessoa jurídica da mesma natureza a que competir a respectiva execução”.

Igualmente explícito e incisivo, na matéria, é o Acórdão de 23 de setembro de 1953, do Tribunal de Justiça de São Paulo (Tribunal Pleno), no Mandado de Segurança n.º 63.849, impetrado pelo Banco de Crédito da Amazônia S. A. contra a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (relator o Des. PERCIVAL DE OLIVEIRA). Esse aresto — pelo qual se conheceu do pedido, por maioria, e se denegou a segurança, por unanimidade, — está refletido na seguinte ementa:

“1.251 — EMENTA: — A simples outorga de *monopólio* do comércio de qualquer artigo a uma sociedade de economia mista não implica na execução, por esta, de serviço público federal que acarrete a isenção tributária constitucional”. (Revista dos Tribunais — São Paulo, — vol. 218, pág. 366; O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência, Rio de Janeiro, edição da Casa de Ruy Barbosa, tomo I, pág. 540; MIGUEL LINS e CÉLIO LOUREIRO, *Teoria e Prática do Direito Tributário*, 1.ª ed., 1961, pág. 431).

Em nosso ordenamento jurídico — bem assim na maioria dos estrangeiros — sobreleva, entre os índices idôneos à identificação das *pessoas de direito público*, o de não terem suas gestões e atividades o *caráter comercial*, certo, como é, que no conceito jurídico-econômico de *atividade mercantil*, ou *comercial*, se acha natural e necessariamente implícito o *fim lucrativo*, excludente do caráter *público* às pessoas jurídicas (CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, 2.ª ed., vol. I, pág. 472; DE PLÁCIDO E SILVA, *Noções Práticas de Direito Comercial*, pág. 4). Sem embargo de certas especulações teóricas sobre o assunto, é concepção ainda hoje dominante na doutrina universal a de ser o *fim comercial* manifestamente incompatível com o caráter social desinteressado e paternalista do *serviço público*, o qual, e só êle, isento de interesse egoístico, deve constituir a institucional finalidade e a vocação exclusiva dos *entes públicos*.

Expressiva é, a respeito, a observação de CIOFFI:

“Attiene ugualmente alla natura degli enti pubblici il generale divieto per essi di assumere la qualità di *commercianti*, perchè il *lucro* non è funzione di Stato...”

“Perchè persona giuridica pubblica esista occorre che si tratti di un ente, il quale attenda ad un servizio pubblico.

Tutte le persone morali di diritto amministrativo hanno questa nota, che le distingue dalle società commerciali o civili e cioè di non essere create per provvedere ed interessi privati”.

(ALFREDO CIOFFI, *op. cit.*, págs. 183 e 184).

No mesmo sentido se externa BERTHÉLEMY quando sustenta que

“um caráter é comum a tôdas as pessoas morais de direito administrativo: elas não são criadas tendo em vista interesses privados”.

(*Droit Administratif*, págs. 34-35).

Assim, pois, para que se possa caracterizar como *pessoa pública*, não basta seja o ente criado por *iniciativa estatal*, tenha, de certo modo, um *fim público*, desempenhe atividades de relevante *interêsse público* ou realize, mesmo, um *serviço público*; cumpre, ademais, que “*tôda a sua atividade*” (e não apenas *uma parte* dela) tenha caráter estritamente *funcional*, seja dirigida e exercitada no sentido e em função do *fim público*, isto é, que o *serviço público* seja a razão fundamental exclusiva e o escopo imediato de sua criação, existência e funcionamento, — excluído, pois, todo e qualquer interêsse egoístico e, como tal, o *fim de lucro*, que é próprio das atividades privadas de cunho *mercantil* (SANTI ROMANO, *op. cit.*, vol. I, págs. 86, 87, 89, 91 e 97; ZANZUCCHI, *op. cit.*, pág. 12; RANELLETTI, *op. cit.*, págs. 567, 568 569 e 570 a 572, etc.).

Conquanto o problema da conciliação das qualidades de *ente público* e de *comerciante*, como registra ALESSI, já tenha constituído objeto de debate entre os estudiosos, — havendo, em oposição à corrente majoritária, formada pelos autores que sustentam a *incompatibilidade* delas (CIOFFI, SCIALOJA, MARGHERI, RANELLETTI, VIVANTE, INGROSSO, BRUNETTI, BERTHÉLEMY, etc.), uma minoria de cultores do direito comercial que admite a concomitância das ditas qualidades (BOLAFFIO, VIDARI, ABELLO, BRUSCHETTINI, PIPIA), — certo é que a noção de “*sociedade comercial pública*”, configurada pela conjugação da forma de sociedade comercial com a personalidade de direito público (ARENA, *Le Società Commerciali Pubbliche*, Milão, 1942) não teve, até hoje, penetração nem receptibilidade na doutrina brasileira; além do que, no plano do direito positivo, encontra obstáculo intransponível na regra do art. 16, n.º II, do Código Civil, consoante a qual “*são pessoas jurídicas de direito privado*”... “*as sociedades mercantis*”.

O caráter *monopolístico* da exploração não modifica os termos do problema.

Finalmente, é de salientar-se que, mesmo entre os poucos autores que admitem a compatibilidade da *personalidade de*

*direito público* com a natureza *comercial* de certas entidades, nenhum dêles vai ao ponto de pretender atribuir-lhes direitos de *imunidade* ou *isenção* tributária, mas, ao revés, o princípio prevalectente na unanimidade da doutrina é o da *tributabilidade* de todos os organismos administrativos em cujas atividades se ostente a marca do *espírito empresarial*, inclusas nessa regra as emprêsas estatais produtoras de réditos (LELLO GANGEMI, *Elementi di Scienza delle Finanze*, 4.ª ed., Nápoles, 1948, vol. I, pág. 413), ou sejam, de um modo geral, tôdas as explorações industriais ou comerciais públicas (GASTON JÈZE, *Cours de Finances Publiques — 1933-1934 —*, Paris, 1934, págs. 92 a 93; LAUFENBURGER, *Traité d'Économie et de Législation Financières*, Paris, 1950, págs. 171-172; TANGORRA, *Trattato di Scienza della Finanza*, Milão, 1915, vol. I, pág. 804; TROTABAS, *op. cit.*, págs. 269-270; CHALANDON, *L'Imposition des Collectivités et des Établissements Publics*, R.S.L.F., 1933, págs. 162 e segts.; GIANNINI, *Il Rapporto Giuridico d'Imposta*, Milão, 1937, págs. 112-113; PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Finanziario — Diritto Tributario*, Pádua, 1937, pág. 47; INGROSSO, *Istituzioni di Diritto Finanziario*, 1935, tomo I, pág. 16; TESSORO, *Principii di Diritto Tributario*, Bari, 1938, págs. 126-127; HENSEL, *Diritto Tributario*, trad. italiana por DINO JARACH, Milão, 1956, págs. 92 a 94; CAPLÁN, *Finanzas Públicas*, Buenos Aires, 1955, págs. 86-87; BLUMENSTEIN, *Schweizerisches Steurrecht*, Tübingen, Mohr, 1926, pág. 66; GROS, *L'Activité Commerciale et Industrielle des Communes et le Fisc*, in *Révue de Science et de Législation Financière*, 1936, págs. 137 e segts.; ZAVALA, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, 2.ª ed., México, 1951, págs. 63 e 136-137; DINO JARACH, *El Hecho Imponible*, Buenos Aires, 1943, pág. 153; DELBEZ, *Éléments de Finances Publiques*, Paris, 1955, pág. 159; MALÉZIEUX, *Finances Publiques*, Paris, 1949, pág. 208; SÁ FILHO, *Estudos de Direito Fiscal*, pág. 23; etc.).

\*

\* \*