

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO DE 1973 — ANO X — NÚMERO 38

# AUTARQUIAS E EMPRESAS PÚBLICAS

A. B. COTRIM NETO

Professor na Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio de Janeiro  
Membro da Academia Nacional de Direito

1. Características sociológicas do intervencionismo no Estado Antigo, no Estado de Direito e no contemporâneo Estado Social de Direito.
2. O interesse universal pelo estudo dos expedientes da chamada Administração Indireta.
3. Problemas resultantes da colocação de entidades da Administração Indireta no Direito Privado.
4. Conceito brasileiro atual de "autarquia" — entidade puramente administrativa.
5. Trajano de Miranda Valverde divulgou a "sociedade de economia mista" no Brasil; Bilac Pinto divulgou a "empresa pública".
6. A sociedade de economia mista alterna em preferência e descrédito.
7. O que se entender por empresa pública.
8. Literatura jurídica brasileira sobre a matéria.
9. Seu estudo, em face das instituições da Itália.
10. e 11. *Idem*, da França.
12. *Idem*, da República Federal da Alemanha.
13. Elogio do tipo de empresa pública implantado no Brasil.
14. 15 e 16. Defeitos a corrigir na empresa pública brasileira.

1. O estado fático da liberdade, no caso do homem primitivo, transforma-se numa situação juridicamente reconhecida, quando se passa a admitir que o homem suporte uma certa e limitada sujeição. Entretanto, quando o indivíduo começou a sentir opressão nas medidas de que resultavam tal sujeição, isso originaria historicamente o reconhecimento de alguns direitos à liberdade. Ter-se-á de admitir, não obstante, através de

reflexões mais detalhadas, que, aqui, ainda não se trata de **direitos individuais** mas, somente do reconhecimento de algumas espécies particulares de **liberdade individual**, a qual — por sua própria natureza — terá de ser entendida como unitária e característica da posição do indivíduo que se acha liberto da determinação de sua conduta por parte do Estado. E deste entendimento sobre a posição da personalidade é que teria de surgir, posteriormente, a exigência de supressão de todas as disposições estatais lesivas da liberdade individual.

Esta foi a dinâmica do processo que resultou na formação dos chamados **direitos fundamentais**, segundo o ponto de vista expressado, há cerca de três quartos de século, por GEORG JELLINEK, na sua clássica "Teoria Geral do Estado" e lembrado pelo Professor KARL HEINRICH FRIAUF, de Colônia, num excelente estudo recentemente publicado pela revista "Deutsches Verwaltungsblatt" (fascículo 18, de setembro de 1971, pág. 674 e segs.) sob o título "Zur Rolle der Grundrechte im Interventions und Leistungsstaat".

Ocorre, todavia, que essa concepção dos direitos fundamentais, apresentada sobre o que outros juristas alemães, como FRITZ FLEINER, chamariam de "status negativus", por significar pura e simplesmente a impugnação de qualquer atividade do Estado no que fosse pertinente ao comportamento do indivíduo, era típico do pensamento liberal dominante no século XIX, mas será inadmissível em nossos dias.

Não obstante, segundo o mesmo Professor FRIAUF, uma das características essenciais do moderno Estado Prestacionista de Serviço ("Leistungsstaat") resulta da escolha dos meios que esta entidade utiliza para cumprir sua função de sujeito devotado ao bem-estar social. No período histórico anterior, quando fato excepcional impunha ao Estado intervir em qualquer setor do processo social, ele o fazia mediante uma diminuição de garantias de liberdade, através de uma intervenção de soberania em forma de normatividade coativa. Essa forma de intervenção direta, essa expedição de comandos imperativos, paulatinamente foi sendo superada e o seu lugar passou a ser ocupado pelo que o Professor de Colônia chama de "instrumentos de direção global" ("Instrumente der Globalsteuerung") os quais não intervêm no sentido tradicional, isto é, "não determinam aquilo que é objetivado e não proíbem aquilo que se visa a suprimir".

Certamente que ainda remanescem, contemporaneamente, algumas formas de intervenção que foram características do período inicial do ataque ao Estado liberal. É que foi muito rápida a transição do Liberalismo para o Intervencionismo, do Estado de Direito para o "Estado Social de Direito", denominação que os juristas alemães recém-criaram e inscreveram na "Lei Fundamental" da República Federal da Alemanha, de 1949, para identificar a novel estrutura funcionalista do Estado. Todavia, o que hoje ficou notório, no comportamento do Estado, segundo ainda KARL HEINRICH FRIAUF, foi a ampliação de sua função material, mediante a extensão — um "aumento de conteúdo" — da atividade estatal, no sentido da Administração prestadora de serviços ("Leistungsverwaltung"),

a qual se estendeu do campo da previdência social até a intervenção no plano econômico.

Em outros termos, e agora usamos do pensamento de um dos mais conspícuos administrativistas germânicos da coevidade, o Prof. ERNST FORSTHOFF, de Heidelberg, o que caracteriza o Estado contemporâneo, e o que sobretudo o distingue do Estado burguês ou liberal de Direito, é que sua Administração tem especiais relações com a ordem social: enquanto no segundo caso o Estado apenas defrontava a ordem social que, por princípio, estava imune de suas interferências, em nossos dias o Estado age num processo de “intervenção conformadora” (“gestaltende Eingriff”) para modificar a totalidade ou parte considerável da ordem pública, isto é, procede de modo que sua ação ultrapassa o âmbito da intervenção concreta (in “Lehrbuch des Verwaltungsrechts”, 9a. ed., C.H. Beck’sche, Munique—Berlim, 1966, pág. 60).

Conforme o Professor FORSTHOFF, a função **conformadora** do Estado deste limiar do século XXI se manifesta de duas maneiras: pela conformação estatal da ordem social ou pela participação ativa do próprio Estado, ou de outro sujeito da Administração Pública, nas funções da vida social, convertendo-se o Estado em produtor, comerciante ou transportador de bens (in ob. cit., pág. 69).

Ocorre porém — e aqui é onde surge a problemática jurídica — que as maneiras de agir do Estado contemporâneo são multifárias: contudo, grande parte dos serviços da Administração estatal não mais pode ser classificada, sem violência, na categoria do direito público que lhe era tradicional, pois hoje o Estado faz muito uso de formas privatísticas, para a sua ação como sujeito de prestações. É certo que — e continuamos na trilha de FORSTHOFF (ob. cit., págs. 476/477) — a utilização de formas privatísticas resultou da permutabilidade nas relações jurídicas entre o Estado e a vida social, especialmente em matéria econômica.

2. São múltiplas, com efeito, as instituições de que o Estado se utiliza em seus expedientes de Administração Indireta, isto é, de Administração que exorbita dos padrões clássicos, da chamada Administração Direta. E muitas delas advenientes do Direito Privado.

Em obra publicada nos fins de 1966 e editada pela Livraria Freitas Bastos, “Direito Administrativo da Autarquia” — à qual demos o subtítulo de “Um estudo sobre os expedientes da Administração Indireta no Estado Contemporâneo” — tivemos ensejo de, longamente, desenvolver a apreciação jurídica do enorme elenco de entidades que se acham integradas na constelação dos órgãos componentes do sistema da estabilidade. Nos mais recentes anos, outros estudos têm aparecido, a propósito de **autarquias**, de **fundações públicas**, de **sociedades de economia mista** ou de **empresas governamentais**, trazendo o timbre de eminentes juristas como — entre outros — BANDEIRA DE MELLO, o moço (CELSO ANTONIO), MANUEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, HOMERO SENNA-CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO e CARVALHO BRITTO DAVIS: enfim, no Brasil, uma densa literatura jurídico-administrativa tem surgido, a propósito de aspectos parciais do tema — Administração Indireta.

Mas o interesse pela matéria não se circunscreve ao Brasil, tanto que em França — onde o Direito Administrativo é lecionado em três anos de um curso de bacharelado que é de 4 anos — dedica-se o terceiro ano desse Direito Administrativo, exclusivamente, ao estudo da Administração Indireta, com um aprofundamento de que se pode ter idéia na leitura do III volume do livro de curso do Professor ANDRÉ DE LAUBADÈRE ("Traité Elementaire de Droit Administratif". O citado vol. III tem quase 800 páginas e é dedicado aos "Grands Services Publics et Enterprises Nationales"; editora L.G.D.J., de Paris, 1966).

Na Alemanha Ocidental, na República Federal, também se faz sério estudo da Administração Indireta, tanto que o Professor HANS WOLFF, da Universidade de Muenster, em seu livro de curso de Direito Administrativo, aprecia os variados aspectos da matéria em todos os 3 volumes que tem a obra e, no volume III — quando estuda a "Administração Prestadora de Serviços" ("Leistungsverwaltung") — dedica-lhe a metade do livro (cfr. "Verwaltungsrecht", ed. C.H. Beck'sche, Munique, 1967).

Temos de convir, porém, não ser fácil o estudo sistemático de quanto caiba neste tema.

3. Efetivamente, é difícilíssima a sistematização do estudo das entidades empregadoras ou criadas pelo Estado contemporâneo para sua complementação funcional, sobretudo quando algumas delas foram instituídas em regime jurídico privado. E semelhante estudo é sobretudo difícil, porque a utilização até de instituições civilistas implicou em agravamento da velha dificuldade de conceituação do Direito Administrativo, que FORSTHOFF já teve ensejo de registrar assim: "A escassa medida em que o moderno Direito Administrativo pode considerar-se um sistema de alguma unidade e estrutura coerente, também se deduz da circunstância de que o referido Direito já não tem fronteiras claras, suscetíveis de serem determinadas. Concordamos em que as fronteiras do Direito Administrativo em nenhum tempo foram completamente improblemáticas; nesse problema esteve implicada a velha e dificultosa questão dos limites ou fronteiras entre Direito Privado e Direito Público. Porém, a mistura de Direito Administrativo e Direito Civil, dentro dos mais importantes setores da moderna Administração, isto é sem dúvida algo novo e extremamente significativo para a valoração do Direito Administrativo atual" (In "Sociedad Industrial y Administración Pública", trad. esp. da Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, págs. 91/92).

Atendo-nos simplesmente ao que se verifica no Brasil, observemos as mais destacadas espécies de entidades ancilares do Estado: **autarquia**, a **empresa pública** e a **sociedade de economia mista**. E observemos, ainda, a **fundação instituída pelo Estado, para atender a fins públicos**, que a Emenda Constitucional nº 1 excluiu de referência como entidade de Administração Indireta, mas que, nem por isso, deixará de ser entidade semi-estatal. Nesse quadro tão limitado, nós deparamos com uma única entidade de direito público, consoante nosso direito legislativo e doutrina, que é a **autarquia**; a **sociedade de economia mista**, que no

Brasil sistematicamente reveste a forma de sociedade anônima, agora, até por imposição de lei, tem a natureza de pessoa jurídica de Direito Comercial. No que concerne à **empresa pública**, à qual o art. 27 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, assegurou condições de funcionamento (como às sociedades de economia mista) idênticas às atribuídas às empresas do setor privado, essa peculiar entidade ainda não teve defnicinada sua classificação jurídica, em que pese o disposto no artigo 5º, II, do Decreto-Lei nº 200, de 1967 (com a redação modificada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969); e a **fundação instituída pelo Estado para atender a fins públicos**, apesar do repúdio doutrinário que a isso, entre outros, nós e o Professor MIGUEL REALE, expressamos em trabalhos escritos, tem sido considerada entidade regida pelo Direito Civil, embora colocada sob a supervisão e o controle do Estado, **ex vi** do preceituado no artigo 2º do Decreto-Lei nº 900, já citado.

4. A exata colocação jurídica das instituições depende menos de um enunciado legal que de sua própria natureza. E isso será tanto mais certo quanto mais complexa for a natureza da instituição ou entidade que o diploma normativo tiver em mira.

Em nosso “Direito Administrativo da Autarquia” já tivemos ensejo de apresentar, com o desenvolvimento que a obra comportava, o nosso conceito de “autarquia”, no sentido lato como no sentido estrito, identificando-a como um tipo de entidade administrativa personalizada, portanto autônoma; mas também tivemos ensejo de apresentar os casos em que outras entidades — de natureza originariamente não autárquica — podem deslizar para o **status** de autarquia, como freqüentemente ocorreu entre nós (caso da Fundação Leão XIII, no Estado da Guanabara, **ad exemplum**).

Todavia, malgrado estas ocorrências excepcionais, depois que se editou o Decreto-Lei nº 200, de 1967, e que se desencadeou a reforma administrativa por ele objetivada, o problema da identificação da autarquia tende a resolver-se. Mas quando se expediu o referido decreto-lei, como o Decreto-Lei nº 900, de 1969, e farta legislação secundária para aquela reforma administrativa, e mercê de tais diplomas foi tipificada a empresa pública no Brasil, a **vexata quaestio** da classificação de uma entidade de Administração Indireta se transferiu para este tipo de empresa, com a sirga de inumeráveis controvérsias jurídicas.

Em nosso entendimento, a razão dessa transferência de controvérsia resultou da existência de certa semelhança de características entre a autarquia e a empresa pública, quando não do fato de ser muito impreciso o próprio conceito de “empresa pública”.

Não se faz necessário, aqui, desenvolver muito extensamente a conceituação de “autarquia”, tanto já se escreveu sobre o tema. Em sentido amplo, tomado inclusive das origens helênicas do vocábulo, autarquia significa **governo autônomo**; destarte, tudo quanto corresponda a uma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, criada pelo Estado para perseguição de fins públicos, poderá receber a classificação de autarquia **lato sensu**.

Contudo, por serem muito variadas as formas de que se revestem as pessoas jurídicas ancilares criadas pelo Estado, fez-se mister a redução do conceito de autarquia, para que ele se adequasse a um tipo particular de instituição pública. Foi um autor italiano, o Professor SANTI ROMANO, que exerceu a cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Roma, nas primeiras décadas deste século, o verdadeiro criador do conceito jurídico que viria a ser consagrado em seu país, e, afinal, passaria ao Brasil — embora com nuances peculiares — e à América espanhola. Eis como, em seu “Corso di Diritto Amministrativo” (págs. 86/87, da 3ª ed. CEDAM, Pádua, 1932), o mestre italiano definia a entidade de que nos ocupamos: “A autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público; mais concretamente é a capacidade de governar, por si, os próprios interesses, embora estes sejam concernentes também ao Estado. Ela se distingue da capacidade ordinária que toda pessoa normalmente tem de gerir por si os próprios negócios, exatamente porque aqui se trata de interesses aos quais não é estranha uma pessoa superior, o Estado, a quem poderia ela ser confiada, em abstrato, excluindo a autarquia. Tais atributos correspondem a sujeitos auxiliares do Estado, não a todos, mas somente aos que exercitam funções públicas, no interesse próprio que seja igualmente público, dado ser a autarquia uma capacidade de direito público; conseqüentemente, esses atributos não se deferem aos que exercem funções públicas na qualidade de privados, sem um interesse próprio, como no caso dos que a tanto são obrigados ou dos que o desempenham pelo lucro, o que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade comercial assume a gestão de uma função pública”.

O trabalho de construção doutrinária realizado pelo administrativista italiano, e continuado pelos que lhe seguiram a escola na América Latina — no Brasil a partir de 1935, quando o saudoso Professor TITO PRATES DA FONSECA publicou excelente monografia sob o título “Autarquias Administrativas” (ed. Saraiva, S.P.) — muito contribuiria para que entre nós se pudesse ter chegado a uma formulação de conceito de Autarquia bastante válido (por que não se dizer quase perfeito?), como se fez no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, artigo 5º e inciso I, *in verbis*: “Para os fins deste decreto-lei, considera-se: 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”.

A autoria da redação deste preceito legal é do antigo Ministro da Justiça do Presidente CASTELLO BRANCO, o Dr. CARLOS MEDEIROS SILVA, um dos principais responsáveis pelas vigentes instituições jurídicas da área do Direito Administrativo no Brasil contemporâneo: a única restrição que ousamos fazer, a quanto nessa redação se contém, é no pertinente à omissão de referência à natureza da personalidade jurídica da autarquia. MEDEIROS SILVA explica o fato com a observação de já se haver tornado inquestionável, em nosso País, o entendimento de que

a autarquia será sempre entidade administrativa e, como tal, dotada de personalidade jurídica de direito público.

Sem dúvida que, em termos de pensamento **atual**, tem razão o eminente jurista; e ainda tem razão porque, mercê do recém-editado conceito legal de “autarquia” — que, agora, só poderá ser entidade de fins administrativos — não padecemos o risco de ter, no Brasil, atividade econômica mal exercida por autarquia, como era o caso da “Companhia Nacional de Navegação Costeira — Autarquia Federal” e do “Lloyd Brasileiro — Patrimônio Federal”, entre outras, até poucos anos faz. No caso dessas autarquias econômicas, havia quem sustentasse, e nós éramos um deles, que sua personalidade jurídica se revestia de natureza privada (1).

Mas entendemos que, ao menos por medida quase pedagógica — e as leis por vezes têm esse papel — não seria **despiciendo** —, se enunciasse a natureza pública da personalidade autárquica.

Como quer que seja, porém, o aperfeiçoamento de nossas instituições administrativas, sobretudo depois dos grandes esforços reformadores, em seguida à Revolução de 1964, e que ainda prosseguem, já chegou ao ponto de atribuir às autarquias brasileiras a sua estrutura e natureza lógicas, quiçá ideais.

Mas, e as empresas públicas?

5. Do mesmo modo que TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE — em “exposição de motivos” com que apresentou seu anteprojeto de uma futura Lei de Sociedades por Ações — lançou sobre a **sociedade de economia mista** o interesse dos juristas e de um Governo em período de reformas, no ano de 1939 (cfr. nosso “Direito Administrativo das Autarquias”, cit., pág. 69), de tal forma que ela imediatamente seria adotada em todos os quadrantes do Brasil, BILAC PINTO seria o pregoeiro da **empresa pública** entre nós. Com efeito, a conferência que o eminente jurista proferiu em 1952, na Fundação Getúlio Vargas, sob o título “O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas”, teve amplíssima repercussão (v. seu texto in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 32, e “Revista Forense”, vol. 146); e não será talvez despropositado citá-la como inspiradora da iniciativa — outra vez — de CARLOS MEDEIROS SILVA, que fez incluir no artigo 5º de Decreto-Lei nº 200, de 1967, um conceito de empresa pública, vazado assim: “Empresa Pública (é) a entidade dotada de personalidade jurídica

1. Tivemos ensejo de apresentar nosso pensamento às páginas 283/284 de “Direito Administrativo da Autarquia”. Na mesma ordem de idéias escreveu LEOPOLDO BRAGA, autor do verbete “Empresas Públicas”, no “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro” (ed. Borsoli, Rio, vol. XX, pág. 168).

Hoje, porém, graças à iniciativa de CARLOS MEDEIROS SILVA — na redação do art. 5º, I, do Decreto-Lei n.º 200/67, como na contribuição dada ao anteprojeto da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 170 — o Estado só poderá aplicar-se no campo econômico através da sociedade de economia mista ou da empresa pública, nunca mediante autarquia, instituição que ficou, reitere-se, reservada à área da Administração Pública. E isto é o que está certo, para não ocorrer a confusão observada por ANDRÉ LAUBADERE em seu país, onde paralelamente à autarquia administrativa (que lá se diz “établissement public”), a qual é “essencialmente uma pessoa jurídica de direito público”, “fundamentalmente um organismo administrativo”, criaram-se autarquias industriais ou comerciais, que, conquanto estabelecimentos de direito público, ficaram subordinadas às regras do direito privado... Tal situação, comentou LAUBADERE, “a jeté un trouble dans la théorie générale de l'établissement public qu'elle a en quelque sorte fait éclater” (in “Traité Élémentaire de Droit Administratif”, tomo III, pág. 562, n.º 937).

de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito". Aliás, MEDEIROS SILVA, que foi um dos principais elaboradores dos anteprojetos que originaram a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também incluiria, no título referente à "ordem econômica e social" de ambos os diplomas (artigos 163 e 170, respectivamente), menção à "empresa pública" e à "sociedade de economia mista", concomitantemente, para expressar as características particulares de cada uma dessas entidades.

Posteriormente, em 1969, através do Decreto-Lei nº 900, foi ligeiramente alterada a definição legal de empresa pública, a qual passou a ter esta redação: "Empresa Pública (é) 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". Esta alteração, contida no artigo 1º do Decreto-Lei nº 900 completa-se com o disposto no artigo 5º, seguinte, pelo qual também podem participar da formação de empresa pública outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades de Administração Indireta (2).

E as empresas públicas passaram a proliferar no sistema administrativo brasileiro, como haviam proliferado as sociedades de economia mista, depois que MIRANDA VALVERDE divulgou a instituição entre nós.

O curioso, entretanto, é que BILAC PINTO apresentou à consideração de nossos administrativistas uma instituição perfeitamente interessante, digamos eficiente, para o aperfeiçoamento do sistema administrativo; mas sua conferência de 1952 debuxava um quadro irreal do panorama universal, no pertinente ao "declínio" das sociedades de economia mista, como no relacionado com o "advento" das empresas públicas, entendidas, estas, as empresas formadas exclusivamente de capital público e dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado.

2. Como se verifica do confronto da redação do art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200, tal como se encontrava no texto primitivo, de 1967, com a redação nova decorrente do Decreto-Lei nº 900, de 1969, houve um aperfeiçoamento. De fato, no texto de 1967 a empresa pública — ademais de encerrar outros elementos — era a entidade criada pela União "para desempenhar atividades de natureza empresarial"; no texto de 1969 se modificou a cláusula apontada, que ficou assim: "para a exploração de atividade econômica".

Em trabalho que publicou na "Revista de Direito Administrativo", vol. 91, de 1968, sob o título "A Empresa Pública no Direito Brasileiro", THEMISTOCLES CAVALCANTI havia feito crítica a esse tópico do art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200, confrontando-o com outro do art. 5º, III. Como vimos, no art. 5º, II, se definia a empresa pública; já no inciso III, desse mesmo artigo, definia-se a sociedade de economia mista: enquanto que no inciso II se dizia que a empresa pública seria criada para o desempenho de atividades "de natureza empresarial", no inciso III se dizia que a sociedade de economia mista exerceria atividade "de natureza mercantil". Ora, escrevia THEMISTOCLES, aliás invocando um pensamento de EVARISTO DE MORAES FILHO, semelhante distinção seria equivocada, porquanto o conceito de empresa é genérico e abrangente, também e necessariamente, a atividade mercantil (pág. 6 do citado vol. 91 da RDA).

Com nova redação trazida a esses preceitos pelo Decreto-Lei nº 900, tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista se destinam à "exploração de atividade econômica", distinguindo-se as suas entidades, apenas, pela origem dos respectivos capitais.

6. Não se pode, realmente, sustentar que as sociedades de economia mista estejam no desfavor dos responsáveis pela composição das administrações modernas. A leitura das mais recentes obras de Direito Administrativo que nos chegam de toda parte só fazem dar-nos conta da multiplicação crescente de toda espécie de forma empresarial lançada pelo Estado, para a perseguição de fins socialmente úteis. E as sociedades de economia mista continuam a ser abundantemente utilizadas, tal como se verifica no Brasil, em que pese à freqüente instituição de empresas públicas.

Como teve ensejo de observar LAUBADÈRE, a história do emprego da economia mista é uma alteração sistemática de preferência e de descrédito ("d'engouement et de discrédit"): logo em seguida à última guerra mundial, a economia mista conheceu um evidente descrédito, principalmente pelos preconceitos que se criaram contra os interesses de lucro do capital privado que se associava ao Estado. E na França, sobretudo, onde a Constituição da IV República, em seu preâmbulo, declarava que todo monopólio de fato ou serviço público nacional devia tornar-se propriedade nacional, tal proclama parecia excluir, desse setor, a economia mista. Por demais, a onda de nacionalizações, que se seguiu à guerra, implicava em eliminação sistemática de presença do capital privado nas empresas apropriadas pelo Estado.

Todavia, acrescenta o Professor LAUBADÈRE, imediatamente a economia mista voltou a ter crédito, como se houvesse sido "redescoberta", a ponto de empresas que tinham relegado a colaboração do capital privado, como a "Air France", voltarem a retomá-la, retornando à condição de sociedade de economia mista. E, a propósito, o eminente mestre da Faculdade de Direito de Paris cita um elenco de novas organizações às quais o Governo deu a forma de empresa de capital público-privado (no "Traité Élémentaire" citado, págs. 570/571).

Nessas condições, ainda é cedo para se proclamar o declínio das entidades mistas, pelo menos em países que sempre as utilizaram com freqüência, o que não é, precisamente, o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, por exemplo.

7. Sobre a chamada "empresa pública", muito se teria de escrever e falar.

Em primeiro lugar, se há de dizer que a expressão "empresa pública" não irradia idéia definida ou definitiva. Para exemplificarmos a asserção, e sem irmos longe, basta-nos a consulta do livro organizado pelo Professor FRANK SHERWOOD, da Universidade da Califórnia ("Readings on Public Enterprises"), cuja tradução foi editada em 1964 pela Fundação Getúlio Vargas, sob o título "Empresas Públicas — Textos Seleccionados": nesta obra, como igualmente, na que resume os estudos do Seminário convocado para Rangum, em 1954, pela ONU, para o estudo das empresas públicas do Sudeste Asiático ("Some Problems in the Organization and Administration of Public Enterprises in the Industrial Field"), da qual igualmente existe tradução publicada pela Fundação Getúlio Var-

gas, em 1962, com o título "Seminário sobre Organização e Administração de Serviços Industriais do Estado", o que se verifica é que, na denominação genérica de "empresa pública", se condensa a apreciação de inumerável quantidade de formas empresariais, clássicas ou **sui generis**, quer dizer engendradas, de que o Estado se utiliza (até mesmo se estuda a economia mista, ao agasalho da expressão em tela, "empresa pública").

Em segundo lugar, nenhum país — ao que seja de nosso conhecimento — até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, **stricto sensu**, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluído o Brasil, que com o Decreto-Lei nº 200, complementado e modificado em parte pelo Decreto-Lei nº 900, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituiriam entre nós: e o conceito legal, a par de elementos legais extravagantes mas pertinentes à Administração Indireta, valem como um estatuto para a empresa pública nacional.

Entretanto, apesar de bastante satisfatório, nosso estatuto da empresa pública apresenta insuficiências ou deficiências que reclamam aperfeiçoamento. Sucede, porém, que não nos podemos amparar da experiência forânea a qual, nesta matéria eventualmente terá de nos tomar lições, apesar de nós mesmos ainda termos que deixar o tempo e a experiência da novel instituição transcorrer, para a corrigir e completar a obra de construção jurídica.

Ilustrando o afirmado supra, a propósito da carência de elementos informativos, a colher no exterior, sobre um estatuto da "empresa pública" — da empresa pública como concebida em nosso País — vejamos o que se verifica na Itália, na França e na Alemanha, donde, há mais de um século, alternativa ou concomitantemente, tem vindo o elemento nutriz do direito brasileiro.

8. Antes, porém, de fazê-lo, devemos informar que já está surgindo, no Brasil, razoável literatura jurídica sobre a empresa pública. As nossas revistas técnicas, dentre as quais se há de destacar a "Revista de Direito Administrativo", freqüentemente publicam artigos que trazem a autoria de administrativistas respeitáveis, como ALFREDO ALMEIDA PAIVA, CAIO TÁCITO, TEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO — este último, por sinal, acaba de publicar (1972), em edição da "Revista dos Tribunais", um livro a propósito de "Fundações e Empresas Públicas". Todavia, nota-se que, freqüentemente, os escritores — ao referirem à empresa pública estruturada na forma do que nós diremos **empresa pública em sentido estrito** — quando fazem excursos pelo direito comparado não se apercebem da universal confusão de nomenclatura por nós acima apontada: aliás, mesmo os documentos emitidos em conferências internacionais englobam — vimo-lo antes — as mais variadas entidades, até as autarquias, na expressão **empresa pública**.

E nessa desatenção incidiu o próprio autor do desenvolvido estudo "Fundações e Empresas Públicas", sobretudo quando escreveu: "Assim,

na Itália, como na França, sobretudo depois da última Grande Guerra, é a **empresa pública autônoma** dentro da atividade econômica do Estado, uma realidade do fenômeno jurídico-administrativo” (pág. 114).

9. Contudo, pelo que deduzimos das pesquisas realizadas na bibliografia do direito administrativo da Itália, aí não existe nenhuma empresa pública do estilo implantado no Brasil, isto é, com aquelas características externas indicadas por BILAC PINTO em sua famosa conferência: 1ª) que tenham a forma jurídica das empresas comerciais comuns ou qualquer outra, específica; 2ª) propriedade e direção exclusivamente estatais; 3ª) personalidade jurídica de direito privado; e, nós acrescentaríamos uma 4ª característica — a finalidade econômica, embora especializada.

Tal como ocorre — e o veremos logo — na França e na Alemanha, o regime jurídico de Administração indireta na Itália é dos mais complexos e sem uniformidade que se possa imaginar. O estudo da matéria chega a deixar perplexo a quem nela penetra.

Tomando-se como fonte principal o verdadeiro **tratado** que se encerra nos seis alentados tomos do “Corso do Diritto Amministrativo”, de GUIDO ZANOBINI (8ª ed., Giufré, Milão, 1958/1959), nós observamos que, ademais das autarquias — às quais o autor identifica com a entidade pública estatal, malgrado sua personalidade particular — o antigo mestre da Faculdade de Roma alinha na administração indireta os “institutos públicos” e os “negócios públicos” (traduzimos “azienda” por **negócio**, em falta de outro mais adequado vocábulo, no vernáculo): os institutos públicos “são unidades consistentes na reunião de vários elementos materiais e pessoais, aplicados na execução de atividades e serviços de caráter prevalentemente técnicos”; os negócios públicos “são massas patrimoniais destinadas à execução de serviços de caráter prevalentemente industrial, como o ferroviário, o postal, o telegráfico e semelhantes. Estes organismos apresentam uma autonomia financeira e administrativa maior de que a atribuída aos institutos públicos: têm seu próprio balanço, receitas e despesas separadas, um pessoal próprio, que só indiretamente faz parte do pessoal do Estado. Tal autonomia, porém, não chega a atribuir aos **negócios** uma personalidade própria; eles também não são mais que aspectos e partes da personalidade jurídica única do Estado” (ob. cit., vol. I, págs. 136 e 137, respectivamente).

Ainda prosseguindo com ZANOBINI, no sistema de estatalidade italiana inexistem outras entidades que os **institutos públicos** e os **negócios públicos**, sem contar a “**autarquia**”, por circunstâncias acima explicadas, todas as quais orbitam no direito público, pelo que se subordinam a um controle mais ou menos acentuado, segundo o grau de autonomia que hajam recebido. Mas na Itália existe também o regime do chamado “azionariato dello Stato”, pelo qual o Estado como qualquer ente público pode tornar-se adquirente de uma parte das ações de empresas privadas: aqui, todavia — exprime o mestre da Faculdade de Roma — surgem situações de “tutt'altra natura”, pois se a contribuição acionária dos acionistas públicos, **ex vi** do artigo 2.458 do Código Civil, lhes atribui o direito de nomear dirigentes e conselheiros fiscais (“amministratori o sindaci”) para tais empresas, estas continuarão, não obstante, a desfrutar da con-

dição de pessoas jurídicas privadas. Não obstante, “pode acontecer que o Estado se atribua a totalidade das ações”, aditou ZANOBINI em seu Curso (vol. V, pág. 421): em tal caso, tem ele o domínio absoluto da sociedade e, “não obstante a diversa aparência jurídica, esta desenvolve sua atividade em posição análoga àquela de um negócio (“azienda”) estatal”.

É, aliás, nesse regime jurídico impreciso que funcionam, por exemplo, os serviços ferroviários da Itália; estes não são organizados com personalidade jurídica própria, constituindo mero órgão da administração estatal, e, ainda que tenham uma fisionomia particular e uma disciplina particular (isto é, “autonomia de gestão”), as mais recentes leis a eles referem como “Azienda autônoma das ferrovias do Estado” (A. e ob. cits., pág. 369, do mesmo vol. V). No que concerne aos serviços de correios e de telecomunicações, eles são organizados como “Azienda autonoma”, modelada pela que existe para as ferrovias do Estado (A., ob. e vol. cits., pág. 395): “A Administração não tem personalidade jurídica, sua atividade é atividade do Estado, seu balanço é apresentado para aprovação do Parlamento, seu pessoal é pessoal estatal, ainda que submetido a um regime disciplinar particular e característico” (*id.*, *ib.*); nem as relações com os utentes desses serviços estão compreendidas no esquema contratual do direito privado, e o que eles pagam “e deveria ser considerado simplesmente como um preço, se fosse exclusivamente privada a relação jurídica, ao contrário, deve ser considerado uma taxa ou um preço público, visto que tal relação se considera de natureza pública” (ainda vol. V, págs. 366 e 396).

Igualmente não diverge do estilo jurídico acima apontado a gestão de outras atividades estatais, máxime aquelas pertinentes aos bens patrimoniais como aos monopólios fiscais (sal, tabaco, loteria, quinino): nalguns casos são instituídas “organizações patrimoniais dos bens do Estado” (“Azienda patrimoniali del dominio dello Stato”), que têm caráter de empresa industrial, organizadas segundo os princípios da empresa privada, mas reunidas numa estrutura administrativa presidida pelo Ministro das Finanças (*id.*, *ib.*, págs. 413/414).

No que concerne às grandes instituições bancárias oficiais — como o Banco da Itália, que já teve característica de instituto privado de crédito, os Bancos da Sicília, de Nápoles, e o Banco Nacional do Trabalho, que tinham a forma jurídica de fundações, e, ainda, as Caixas Econômicas — “depois de alguma incerteza da jurisprudência e da doutrina, o seu caráter de entidades públicas é hoje pacificamente reconhecido” (A. e ob. cits., vol. III, págs. 240/241, vol. V, págs. 416/417).

De como se pode concluir ante o exposto, a estrutura da administração italiana é muito restritamente descentralizada, indo pouco além das autarquias — na Itália até as províncias são meros entes autárquicos, da natureza que se classificam de “territoriais” — das “aziendas” dotadas de maior ou menor autonomia, e, afinal, de sociedades de economia mista. Assim, não há que se falar, com referência à administração italiana, nas empresas públicas, ao menos do tipo que já agora existe em nosso

País; por isso foi que o Professor FRANCESCO VITO, da Universidade Católica de Milão, a propósito do "Controle da Empresa Pública", teve que usar de certos artifícios para poder incluir o elenco de entidades administrativas de aplicação econômica, da Itália, no quadro do empresariado público, ao escrever: "Se tomarmos o termo **empresa**, não no sentido técnico, tal como é usado pelos economistas, mas no sentido genérico de **atividade**, pode-se então começar a incluir entre as empresas públicas as atividades econômicas regidas diretamente pela administração pública" (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 60, pág. 417).

Portanto, entidade de natureza privada e fim público, do tipo que se deve classificar de empresa pública em sentido estrito, esta não se pode encontrar na Itália.

10. De início podemos dizer que — também na França — e tal qual se verifica na Itália — não existe empresa pública, da espécie que vimos analisando; e quem nô-lo informa, com toda a sua extraordinária autoridade, é o Professor ANDRÉ DE LAUBADÈRE, ao escrever assim: "Os novos desenvolvimentos do setor público industrial, depois da última guerra, suscitaram um problema jurídico relevante: a adoção de certas estruturas novas e de um espírito novo para a gestão das novas grandes empresas nacionais (sic), levaram à indagação de se não seria conveniente reservar um lugar à parte, no seio do setor público industrial, àquilo que se chamou — depois do Inventário Schumann — de **empresa pública**. Esta constituirá uma categoria jurídica autônoma, distinta do serviço público industrial ou comercial tradicionais? (in vol. III, pág. 543, do "Tr. Elem."). E, prosseguia o autor em suas considerações, na página seguinte: "A esta questão delicada e discutida parece que hoje convém responder com a observação de que, efetivamente, houve esforços para dotar a empresa pública de uma realidade jurídica, mas que esses esforços não tiveram a consequência de fazer dela uma verdadeira categoria específica e autônoma".

No largo estudo a que se aplicou, das instituições administrativas ou assemelhadas que em seu país funcionam descentralizadamente, LAUBADÈRE teve ensejo de historiar "as tentativas de estatuto da empresa pública" (pág. 547, do vol. III), em termos que, malgrado sua extensão, merecem transcrição, destarte: "*O desenvolvimento das atividades públicas* de caráter industrial e comercial conduziram à indagação de se não conviria dotá-las de um estatuto escrito. Mas nenhum foi elaborado, embora, no que concerne aos **serviços públicos industriais e comerciais**, exista, quando não um verdadeiro estatuto, pelo menos alguns textos gerais. Para as **sociedades de economia mista**, a ausência de texto geral constitui uma das características de seu regime. Mas é, sobretudo, para as **empresas públicas** que a questão de um estatuto tem sido muito discutida, desde os dias iniciais das nacionalizações (no imediato pós-guerra). Deve ser esclarecido, como aliás resulta claro do texto reproduzido, que LAUBADÈRE, ao falar na **empresa pública** refere-se, precisamente, àquela de conceito estrito.

E o professor da Faculdade de Direito de Paris continua: "As vantagens de um estatuto geral das empresas públicas, além das que são comuns a toda codificação, seriam as de permitir o esclarecimento de pon-

tos obscuros ou controvertidos (regime dos bens, submissão aos processos de execução etc.) e também de reduzir, por uma certa harmonização, o caráter assaz dispar dos regimes das diversas empresas nacionais (...). Após as nacionalizações, a tendência favorável à adoção de um estatuto inicialmente prevaleceu. O Parlamento, por várias vezes, convidou o Governo a elaborar um projeto de estatuto. Efetivamente, um projeto de lei contendo um estatuto das empresas públicas foi apresentado em 1948, e, conquanto nunca houvesse sido votado, nem mesmo discutido, ele despertou um grande interesse (...). Esse projeto buscava conciliar a exigência de harmonização, que se encontrava em suas origens e a exigência de flexibilidade: entretanto, ele renunciava a uniformizar, pura e simplesmente, pois distinguia dois regimes jurídicos, respectivamente aplicáveis a duas categorias de empresas qualificadas — com mais prudência verbal que imaginação — em **categoria A** e **categoria B**. A categoria **A** teria compreendido, em princípio, as empresas que explorassem um serviço público de interesse geral e dispusessem de um monopólio ou quase monopólio; a categoria **B** compreenderia as empresas submetidas à concorrência. Se, conforme tal projeto, todas as empresas tivessem tido a qualidade de comerciante e tivessem sido, por seu funcionamento, assemelhadas, na medida do possível, às empresas privadas, a identificação das empresas públicas com o **status** das entidades privadas teria sido bem mais completa, nos casos da segunda categoria, inclusive sujeitando-as, eventualmente, à falência ou liquidação judiciária" (*id. ib.*).

Não prosperou, todavia, o projeto de lei a que vimos referindo; e, conquanto por vezes os órgãos parlamentares tenham manifestado interesse no aperfeiçoamento do direito positivo, em relação à matéria, nenhuma inclinação atual existe em favor da elaboração de um estatuto específico.

11. A situação atual, em França, não comporta qualquer elemento que permita identificar a expressão "empresa pública" com certa categoria jurídica una e homogênea; os textos legislativos ou regulamentares são praticamente inexistentes, a propósito, donde surgirem freqüentes incidentes, sobretudo com referência à natureza dos bens das empresas econômicas do Estado, e à sua disponibilidade sem as restrições que padece tudo quanto diz respeito à "domanialité", isto é, aos bens do domínio estatal afetados à Administração Direta (ainda são de LAUBADÉRE estas observações).

Não discrepam de tais registros os que são feitos por outros autores, como o Professor MARCEL WALINE, sobre a inexistência de um regime jurídico que bem organize a empresa pública de sentido estrito: em França, o que existe, realmente, são variadíssimas espécies de empresas do Estado, que umas vezes são geridas como autarquias ("établissements publics", tais como os serviços de eletricidade, de gás e de carvão), outras como sociedades de comércio ou, ainda, algumas que a lei organizou, mas o legislador — "prudentemente", diz WALINE — se absteve de qualificar, deixando o cuidado aos juristas e aos tribunais (é o discutidíssimo caso da "Régie Renault"). Destarte, conclui o eminente autor de "Droit

Administratif" (8ª ed., Sirey, pág. 642), "o estatuto atual das empresas nacionalizadas é perfeitamente anárquico e incoerente, e a votação de um projeto de lei que unificasse esse estatuto seria particularmente indicado". Por sua vez, o Professor JEAN RIVERO, que com os citados LAUBADÉRE e WALINE forma o admirável grupo docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Paris, também se exprime no mesmo diapasão, quando escreve ser *de extrema complexidade a matéria dos estabelecimentos públicos* (o equivalente francês da autarquia, como vimos antes) e das empresas públicas, complexidade explicada pela necessidade com que se defrontou, o Governo, de adaptar processos antigos às situações novas surgidas com o desenvolvimento das atividades do Estado; e acrescentou — "mas o legislador e a autoridade regulamentadora agravaram tal complexidade, quando distribuíram etiquetas jurídicas, aos organismos por eles criados, sem nenhum cuidado com seu conteúdo, impondo-se uma clarificação que reservasse aos estabelecimentos públicos do tipo clássico, em geral submetidos ao direito administrativo, e apenas a estes, a qualificação de **estabelecimento público**, a qual assim reencontraria sua coerência; quanto à categoria das **empresas públicas**, a mesma deveria ter desenvolvida sua autonomia e esclarecida a posição de comerciante público" (in "**Droit Administratif**", 3ª ed. Dalloz, pág. 418).

Enquanto não chega o desejado estatuto, o quadro das empresas de propriedade estatal, em França, é o mais tumultuário que se imagine: além da empresa organizada em "régie", que pode ser direta, ou industrial ou comercial, existem as fundações, as sociedades de economia mista, e todo um complexo sistema de entidades que, por vezes, recebem a classificação de "empresa pública", outras vezes de "sociedade nacional", ambas as expressões de absoluto e impreciso sentido, tanto que, agora a propósito da segunda, CHENOT escreveu que a expressão "sociedade nacional" é uma bandeira que cobre as mercadorias mais diversas" (apud LAUBADÉRE, ob. cit., vol. III, pág. 544).

Deve ser reconhecido, entretanto, que alguns empreendimentos econômicos do Estado francês esboçam a forma de empresa pública **stricto sensu**: são as chamadas "sociedades do Estado", que todavia não existem na metrópole, mas nos departamentos e territórios do ultramar, segundo informa, ainda LAUBADÉRE (ob. e vol. citados, pág. 567). Por outro lado, igualmente, já estão surgindo algumas sociedades de economia mista, que agrupam capitais oriundos apenas de pessoas jurídicas de direito público, razão pela qual — como ocorre no Brasil — devem ser alinhadas entre as empresas públicas propriamente ditas, "uma forma de federalismo administrativo", como LAUBADÉRE as qualifica (pág. 571).

De qualquer modo, semelhantes entidades surgem quase ocasionalmente, sem uma estrutura e um regime jurídico pré-ordenados, consoante observam os autores franceses.

12. Na construção das instituições que mais de perto dizem respeito ao aperfeiçoamento da Administração Pública, e da estrutura do Estado, nenhum país excede à Alemanha, nos últimos duzentos anos.

Com efeito, desde que FREDERICO, o Grande, em meados do século XVIII, deu consistência ao Estado prussianobrandenbúrguês e se transformou naquilo que o Professor ERNST RUDOLF HUBER, da Universidade de Goettingen, mencionou como “o primeiro servidor do Estado”, iniciou-se o processo de implantação do mais eficiente aparelho administrativo que o mundo já conheceu. Quase cem anos depois, no período bismarquiano, foram ainda os alemães que deram partida à elaboração do pensamento jurídico-econômico o qual defluiria na moderna concepção do Estado social de Direito, depois de haverem sido, nas primeiras décadas da mesma centúria XIX, os formuladores das teorias da personalização jurídica do Estado e os teorizadores principais da idéia do Estado de Direito.

No quadro dessa contribuição para o assentamento das bases do Estado Social de Direito, que é servido por uma Administração sempre presente no processo social, é indispensável salientar o nome de LORENZ VON STEIN, cuja monumental obra — escrita em 8 volumes, entre os anos de 1865 e 1868 — intitulada “Teoria da Administração”, encerra a formulação dos conceitos fundamentais da moderna dogmática do Direito Administrativo.

Não vem a pêlo desenvolver-se, aqui, a apresentação das idéias centrais do extraordinário autor de “*Verwaltungslehre*”, bastando-nos tomar-lhe a fórmula sintética que o supracitado Professor HUBER colocou assim: enquanto o Estado de Direito burguês tinha como meta quase exclusiva a **proteção da vida, da liberdade e da propriedade do indivíduo**, o Estado Social, no ideário de STEIN, deveria objetivar a **segurança social, o indivíduo, o pleno emprego e a melhoria das condições do trabalhador** (“*Existenzeicherheit, Vollbeschäftigung und Erhaltung der Arbeitskraft*”: **apud HUBER, in “Nationalstaat und Verfassungsstaat”, ed Kohlhammer, Stuttgart, 1965, págs. 258, 267, **et passim.**)**

Com tais motivações doutrinárias ademais fecundadas da generosidade ideológica daqueles intelectuais do grupo dos “socialistas de cátedra”, que até BISMARCK prestigiava, é perfeitamente compreensível ter-se tornado a Alemanha a primeira das nações ocidentais a desenvolver o estilo administrativo ao qual, como vimos, mais tarde FORSTHOFF chamaria de “conformador”. Por isso ou na progressão para tal, foi que — fato aliás destacado por BILAC PINTO em sua famosa conferência de 1952 — a Alemanha também seria a primeira das nações modernas a incorporar a economia mista ao sistema administrativo.

Mas a pátria de STEIN padeceu — nos dias mais recentes — o trágico impacto da **débacle** a que foi levada pela ação de uma ditadura totalitária, circunstância que, nos momentos históricos subseqüentes, não poderia deixar de produzir efeitos contraditórios.

Assim, não se há de estranhar que a contribuição germânica para o aperfeiçoamento das estruturas da Administração Pública contemporânea, embora ainda ponderável, esteja de certo modo timorata.

No que concerne ao problema da organização dessa instituição a que nosso BILAC PINTO classificaria de “moderna empresa pública”, tem sido, efetivamente, tímida, a contribuição dos alemães. Eles têm, fora de dúvida, organizado algo que se assemelha a esse expediente empresarial dinâmico, para estruturar a sua Administração Indireta — Administração estatal “mediata” (*mittelbare Staatsverwaltung*), como a chamam; todavia, se têm mostrado inseguros na elaboração de um estilo de empresa pública juridicamente bem ordenado. Talvez seja que lhes obste o passo aquela preocupação de POPITZ, citada por FORSTHOFF, de que a polícracia das unidades administrativas dotadas de capacidade jurídica, eventualmente, as transforme num botim de partidarismo desregrado e incapaz de decisões objetivas.

Destarte, compreende-se porque o fundamental da Administração Indireta, na Alemanha contemporânea — na República Federal da Alemanha, bem entendido, visto como a outra parte do país, conhecida como República Democrática, segue os modelos administrativos da área totalitária-socialista do leste europeu — esteja assentado em **corporações, institutos e fundações** de Direito Público, implantados com caráter de estabelecimentos públicos com formas jurídicas e regime de pessoal estruturado nos estilos clássicos da Administração Pública centralizada (FORSTHOFF, in “Lehrbuch . . .”, cit., págs. 475 e segs.).

Os nossos estudiosos do Direito Administrativo, em particular aqueles que se preocupam com o estudo no Direito Comparado, da empresa pública **stricto sensu**, não se apercebem de que — e tal já destacamos precedentemente — a similitude de nomenclatura nem sempre conduz à identificação de instituições similares. E é o que ocorre quando se estuda a empresa pública alemã. Para os autores germânicos de nossos dias a empresa é chamada de “pública quando mantida pela Administração”, o que aparece de três maneiras: quando ela é empresa econômica e não tem personalidade diversa do Estado (“Regiebetrieb”); quando ela tem capacidade jurídica particular mas se acha dependente de um sujeito administrativo da qualidade de entidade pública **mater** (“rechtsfähige öffentliche Anstalt”) e, ainda, quando é sociedade e está dotada de capacidade jurídica de Direito Privado (“rechtesfähige Gesellschaft der Privatsechts”). Entretanto, devem ser distinguidas as empresas públicas autônomas e as não-autônomas. Se, numa sociedade juridicamente capaz, estão reunidos capital privado e capital da Administração, e esta participa da direção dos negócios, então a empresa é chamada de economia mista (FORSTHOFF, ob. cit., pág. 480).

Seria fastidioso apresentarmos, nesta oportunidade, todas as formas de que se revestem as empresas “públicas” da Alemanha Federal, tão variadas são as composições jurídicas utilizadas em sua estruturação; o Professor HANS WOLFF, de Muenster, em seu magnífico Curso de Direito Administrativo (“Verwaltungsrecht”, que já citamos supra), ocupa-se da matéria em todos os volumes da alentada obra, fazendo-o com largo desenvolvimento.

Baste-nos, porém, dizer que uma empresa econômica da dimensão da "Ferrovias Federal Alemã", na forma de sua lei orgânica, emitida em 1951, está organizada como um "patrimônio especial da Federação, juridicamente incapaz" ("nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes": v. "Taschenbuch der Eisenbahn-Gesetze", 4ª ed, Hestra, de Darmstadt, 1971, pág. 71); o Banco Federal Alemão, conquanto dotado de personalidade jurídica, juridicamente **sui juris** ("vollrechtsfähige"), é mera autarquia, vale dizer "instituto" ("Anstalt") (v. WOLFF, ob. cit., vol. II, pág. 306); o Correio Federal, por sua vez, constitui mero órgão **desconcentrado**, dependente da Administração Direta (v. WOLFF, ob. cit., ainda vol. II, pág. 304).

Nessas condições, acreditamos poder afirmar que a chamada **sociedade estatal de um só membro**, organizada ao estilo da empresa privada, ainda não foi utilizada nos expedientes da Administração Indireta, na Alemanha Federal; conquanto seja freqüente o recurso da economia mista, é evidente que neste país se está preferindo o emprego da desconcentração administrativa ou de formas nas quais se identifica a autarquia, mesmo para a execução das atividades econômicas lucrativas, do interesse do Estado.

Todavia, merece ser explicado que muitos problemas de surgimento possível em outros lugares — e seria o caso de citar o Brasil — com as formas empresariais adotados na Alemanha, lá não ocorrem, sobretudo pela sua peculiar organização judiciária. Por demais, conforme salientou FORSTHOFF, a legislação alemã proporcionou à Administração Pública tantos meios eficientes para a dinamização até de seus órgãos diretos ou desconcentrados que, com eles, podem ser cumpridos, amplamente, os fins administrativos, os interesses sociais e o bem público, visados na criação das empresas públicas.

**13.** Poderíamos prosseguir em nosso excuro pelo Direito Comparado, na indagação dos estilos adotados alhures, para a organização das empresas públicas, **in genere**. Mas, sem dúvida, iríamos encontrar poucos exemplos de entidades do tipo que se instituiu no Brasil, de empresas públicas formadas apenas com o capital de fontes estatais, às quais se atribuíram características de empresa privada, inclusive a personalidade jurídica. Talvez por isso, em 1958, durante um "Colóquio" de juristas mesmo de países socialistas, que se reuniu em Praga (v. Relatório da lavra do Professor francês ROGER PINTO, pub. na R. D. A., vol. 57, págs. . . . 483/498), tinha-se reconhecido não ser de interesse a limitação do conceito de empresa pública: "O Colóquio reconheceu não ser impermeável sua fronteira. As empresas sob administração do Estado se beneficiam, às vezes (por exemplo, na Itália), de independência maior perante o Estado que a empresa juridicamente autônoma. O problema da insolvência da empresa pública e suas conseqüências surge em todos os sistemas jurídicos estudados pelo Colóquio. Em parte alguma, porém, aparece resolvido pela aplicação dos processos de direito privado, em caso de falência".

Do que se poderia observar — chegássemos até lá — nos países anglo-saxônios, e o registro agora é de TEMISTOCLES CAVALCANTI, isso pouco interessaria, tão peculiares são as suas instituições jurídicas, a

ponto de este eminente publicista ter destacado que aí nem é nítida a diferença entre o público e o privado (in "A Empresa Pública no Direito Brasileiro", R.D.A., vol. 91, pág. 3).

Somos de opinião, contudo, que foi bastante feliz a construção jurídica do tipo de empresa pública, implantado entre nós pelo Decreto-Lei nº 200, de 1967. Isso, bem entendido, considerada a realidade brasileira, o nosso sistema jurídico e a prisca tradição de ineficiência que antes maculava a Administração Pública de nosso País.

Todavia, havemos de reconhecer que ainda se impõem medidas aperfeiçoadoras da entidade em causa, pois muitos defeitos vêm sendo observados no seu funcionamento diuturno. E o referido trabalho de TEMISTOCLES CAVALCANTI já contém um bom elenco de tais falhas.

14. Segundo nosso entendimento, duas máculas fundamentais prejudicam o bom funcionamento de nossa empresa pública: a primeira delas é pertinente à falta de uniformidade no seu tratamento jurídico, pois a própria Constituição emendada em 1969 prevê as hipóteses de empresa **monopolista** e de empresa **não-monopolista** (artigo 170, §§ 2º e 3º, respectivamente). No caso da empresa pública monopolizadora de atividade econômica (e não estamos pensando na PETROBRAS, que é sociedade de economia mista), ela poderá desfrutar de privilégios, entre os quais — e a Constituição o admite implicitamente, no citado parágrafo 3º do artigo 170 — o da imunidade tributária; apenas deixará de se beneficiar de tal imunidade a empresa pública exploradora de atividade não monopolizada.

Entretanto, enxergamos o calcanhar de Aquiles da empresa pública brasileira no privilégio de foro federal (Constituição da República, artigo 125, inciso I): em país onde a divisão territorial apresenta disparidades imensas, onde existem Estados-membros com as dimensões globais dos integrantes do Mercado Comum Europeu, obrigar um indivíduo a procurar a capital de certo Estado, na qual tem sede o Juiz Federal, para defender um direito contra certa empresa pública, é, sem dúvida, um evidente contra-senso.

Acresce considerar que a Constituição de 1969 previu, ainda, a instauração de um foro especial para dirimir os litígios decorrentes de relações de trabalho, que surjam entre os empregados de empresas públicas federais, inclusive, e seus "servidores". Ora, desde que, na conformidade do § 2º do artigo 170 da Carta Federal, as relações de trabalho entre empregados e empregadores (quando empresas do tipo estudado) se regerão pelo Direito do Trabalho, seria bem mais lógico que a matéria fosse entregue à bem aparelhada Justiça Federal, criada para as controvérsias estribadas nesse Direito. Bem mais lógico e, sem dúvida, evitaria o congestionamento da Justiça Federal, que virá um dia, por força da multiplicação de nossas empresas públicas.

15. Na sua admirável crítica da empresa pública, tal como organizada no Brasil, TEMISTOCLES CAVALCANTI teve oportunidade de abordar um tema que — respigadamente — já tivemos ensejo de mencionar, na parte comparatista precedente: queremos nos referir à questão da responsabilidade do Estado, como sócio único de uma empresa do tipo comercial.

Esta responsabilidade será limitada, ou ilimitada; e, de qualquer modo, será uma responsabilidade financeira de natureza jurídica pública?

Questão conexa com a suscitada por CAVALCANTI é a que se refere à natureza do patrimônio da empresa pública: terá ele os privilégios regalgados dos bens públicos, entre os quais não são de menor relevo os que se referem à impenhorabilidade?

Enquanto não forem, de modo incontrovertível e através de norma jurídica idônea, resolvidos esses dois problemas, a idéia de fazer ingressar a empresa pública no giro comercial ou industrial, como se fora um **comerciante público** — para usarmos de expressão criada pelo Professor VEDEL — será absolutamente irrealizável. Quem irá concretizar operações mercantis ou bancárias vultosas, que engajem a responsabilidade patrimonial de uma empresa pública, sem ter a certeza de um garante firme e compulsoriamente obrigável? No entanto — já proclamava BILAC PINTO em 1952 — tal possibilidade de mobilização creditícia, sem os embaraços dos processos da contabilidade pública e das remoras ordinárias em tudo quanto envolve responsabilidade do Estado, ou de suas entidades públicas ancilares, isso constitui uma das vantagens que recomendam a criação de uma empresa pública de regime jurídico e econômico privados.

**16.** Se problemas como os que vimos apontando não forem resolvidos, a idéia excelente da empresa pública do tipo brasileiro, da empresa pública em sentido estrito, estará condenada ao insucesso e regrediremos ao sistema anterior, das sociedades de economia mista que desbordam da legitimidade jurídica, porque organizadas como meras sociedades anônimas aparentes (foi o caso da NOVACAP e da Rede Ferroviária Federal, e é o caso de certas sociedades de economia mista do nosso Estado da Guanabara, onde, para uma massa esmagadoramente dominante de capital público, acrescentam-se uns poucos, uma meia dúzia, de modestíssimos acionistas privados, só para compor o **quorum** mínimo dos sete acionistas da S.A.)

Não é importante, no caso brasileiro, a atribuição de personalidade jurídica de direito privado à empresa pública: muito bem exprimiu TEMIS-TOCLES CAVALCANTI que o importante será corretamente estabelecer que seu funcionamento se opere em rigorosos termos de direito privado. E nós acrescentaremos: inclusive para efeitos de 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.

A não ser assim, será melhor fazer-se como na Itália — com as vantagens assinaladas no Colóquio dos Administrativistas realizado em Praga — isto é, será melhor a criação de empresas juridicamente autônomas, conquanto integradas na Administração do Estado.

Mas isso, repetimos, nos parece uma regressão.