

As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas no Direito Comparado

ARNOLD WALD

I — INTRODUÇÃO. A TESE E A ANTÍTESE

SE é reduzida a nossa literatura jurídica em matéria de direito administrativo, o que se explica pelo impulso que só recentemente receberam êstes estudos (1), podemos dizer que realmente muito pouco se tem escrito no Brasil sobre sociedades de economia mista e empresas públicas.

A partir de 1940, dois ensaios sintetizam o pensamento dos nossos juristas neste campo. O primeiro é de autoria de TRAJANO MIRANDA VALVERDE, tendo sido publicado na *Revista Forense* (2) e na *Revista de Direito Administrativo*. O segundo é constituído pelos três capítulos que THEMISTOCLES CAVALCANTI dedica ao assunto no IV volume do seu *Tratado de Direito Administrativo*. Ambos os estudos se preocupam mais com o ponto de vista do direito constituído do que com o prisma de *jure constituendo*. Contornam a questão da necessidade e da oportunidade da criação das companhias mistas para descreverem mais longa e minuciosamente as sociedades dêste gênero existentes em nosso direito positivo. São introduções à matéria feitas por dois eminentes mestres, o primeiro comercialista emérito e o

(1) Escreve o Professor SAN TIAGO DANTAS ao esboçar, em artigo publicado no *Correio da Manhã*, os *Aspectos gerais da evolução do direito privado brasileiro nos últimos cinqüenta anos*:

“E’ de se assinalar ainda, como característica da cultura jurídica contemporânea, a expansão dos estudos de direito administrativo que encontra antecedentes longínquos na grande obra do Visconde de Uruguai mas que sucede a uma fase de desinteresse e mediocridade interrompida por um ou outro estudo de valor de repercussão limitada. Distinguem-se aí as obras de Themístocles Cavalcanti, os estudos de Seabra Fagundes, Bilac Pinto, Carlos Medeiros Silva e a *Revista de Direito Administrativo*.”

No mesmo sentido se manifesta o Professor da Faculdade Católica de São Paulo, J. H. MEIRELLES TEIXEIRA no prefácio ao trabalho de A. NOGUEIRA DE SÁ, *Do contrôlo administrativo sobre as autarquias*, São Paulo, 1952, Edições Leia, p. 12.

(2) In *Revista Forense*, n.º 102, p. 417.

(3) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, — *Tratado de Direito Administrativo*, 2.ª ed., IV vol., “Freitas Bastos”, 1949, p. 334-363.

segundo um dos criadores do nosso direito administrativo moderno, que todavia não quiseram esgotar o assunto por estarem a êle se referindo *incidenter tantum* em tratados gerais que não se cingiam ao estudo das sociedades de economia mista. (4) Deixaram um campo vasto aberto para que as monografias se encarregassem de enveredar por estudos mais meticolosos e completos, partindo dos quadros gerais fixados nos tratados, desenvolvendo-os e cobrindo a realidade em tôda sua extensão e minudência. (5)

Parecia que a sociedade de economia mista já se integrara por completo em nosso sistema de vida, quando ouvimos, em 1952, a brilhante conferência pronunciada pelo Deputado BILAC PINTO no curso de direito público da Fundação Getúlio Vargas em que focalizava, numa síntese densa e com grande fôrça de argumentação “*O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*”.

A palestra do catedrático de direito administrativo da Faculdade Nacional de Direito, que teve larga repercussão mesmo fora dos meios estritamente jurídicos, (6) foi um grito de alarme lançando o anátema da ciência e da lógica sobre a sociedade de economia mista. Evocando as opiniões dos grandes mestres estrangeiros e o testemunho das obras mais recentes, assinalava o estéril contra-senso que representava êste tipo de companhia mostrando que o futuro acenava para as empresas públicas ainda completamente desconhecidas em nosso direito positivo.

O estudo do problema deslocou-se.

(4) O artigo de TRAJANO MIRANDA VALVERDE constitui como que um apêndice ao seu substancial livro sobre *Sociedades por ações*.

(5) Outra obra da época que se refere às companhias mistas é o livro de ERYMÁ CARNEIRO, *As autarquias e as sociedades de economia mista no Estado Novo*, edição do D.I.P., Rio de Janeiro, 1941.

(6) A conferência do Professor BILAC PINTO também foi realizada no Instituto da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, tendo sido publicada em diversos periódicos especializados como a *Revista de direito administrativo* e a *Revista Forense*, n.º 146 e outros de divulgação como o *Digesto Econômico*, n.º 98 de janeiro de 1953.

MIRANDA VALVERDE e THEMISTOCLES CAVALCANTI tinham aceitado a fórmula já existente e apenas procuraram definir-lhe o contôrno. Já BILAC PINTO discute e condena a forma técnica, afastando-se do positivismo jurídico para tecer considerações sobre a oportunidade e a conveniência da existência da sociedade de economia mista como processo de intervenção estatal.

Até 1950, o meio jurídico brasileiro aceitava a companhia mista apontando-lhe as vantagens e o nosso legislador, abandonando as discussões teóricas, utilizava-a como meio eficaz seja para a execução de certos serviços públicos, seja para incentivar a produção quando faltassem os necessários recursos às empresas privadas.

O artigo do professor BILAC PINTO, divulgando uma literatura estrangeira mais recente e evocando a experiência feita em diversos países nos últimos anos, veio abrir novamente um debate que parecia definitivamente encerrado. Recrudescu o movimento doutrinário e o interesse legislativo em matéria de sociedades de economia mista e de empresas públicas. (7)

É, aliás, interessante mencionar que MIRANDA VALVERDE e THEMISTOCLES CAVALCANTI citam uma bibliografia que data dos anos 1920-30 e corresponde à época em que surgiu e se desenvolveu a sociedade de economia mista, então considerada como magnífica solução do conflito entre individualistas e intervencionistas. Assim, as obras de LAPIE (*Les entreprises d'économie mixte*, Paris, 1925), ALEXANDRE BRET (*Une nouvelle formule d'organisation économique: la société d'économie mixte*, Paris 1925) e CHÉRON (*De l'actionariat des collectivités publiques, publiques*, Paris 1928) pertencem à primeira fase da reação doutrinária em que foi saudada entusiasticamente a economia mista como meio de apaziguar e dirimir as divergências de interesses entre o Estado e os particulares. Já BILAC PINTO, escrevendo mais recentemente, alude a obras posteriores, peculiares à época em que são publicadas. Efetivamente, após a tese, veio a antítese. A sociedade de economia mista não era e solução ideal. Criava novos problemas que não podiam ser desprezados. Como conciliar o interesse do Estado que alinea o bem comum e a satisfação das necessidades coletivas, com o *animus lucrandi* dos particulares egoisticamente apegados ao próprio sucesso e desejosos de obterem vantagens pessoais? E' o problema que vem definir em 1935, HENRI ZWAHLEN, professor da Faculdade de Direito de Lausanne, na sua obra já hoje clássica — *Des sociétés commerciales avec participa-*

tion de l'État. O livro de ZWAHLEN é um dos últimos trabalhos que THEMISTOCLES CAVALCANTI cita sem, aliás, dar muita atenção às objeções do mestre suíço. Ao contrário, BILAC PINTO parte da crítica contida no estudo do Professor de Lausanne para confirmá-la pelas obras de JOSÉ GIRON TENA (*Las sociedades de economia mista*, Madrid, 1942) e de MAURICE BYÉ (*Les nationalisations en France et à l'Étranger*, Paris, 1948).

Era natural que o catedrático da Faculdade Nacional de Direito e ilustre deputado mineiro, interpretando nova corrente de idéias que se constituiu na Europa nos anos de 1935-1948, divergisse dos seus predecessores, que trataram da matéria, e viesse a falar no *declínio das sociedades de economia mista* que de fato correspondeu a uma realidade transitória.

II — UMA AFIRMAÇÃO CONTRA OS FATOS. A SÍNTESE

De fato, para quem observa a vida econômica nacional, pode parecer ousada a afirmação do Professor BILAC PINTO quando fala no declínio das sociedades de economia mista. Estas parecem, ao contrário, ter chegado ao apogeu do seu desenvolvimento, estando em constante expansão.

Ao lado das sociedades criadas pelo Estado Novo às quais já tivemos ocasião de nos referir, (8) assistimos ao despontar contínuo de novas companhias em que figuram, como acionistas, o Estado, outras pessoas jurídicas de direito público, e particulares. Bastaria mencionar a *Petrobrás* e o *Banco do Nordeste* como recentes realizações neste domínio. Mas ainda é interessante lembrar que existe um projeto na Câmara Federal visando a entregar as nossas estradas de ferro a uma sociedade de economia mista. (9) Outrossim, os jornais nos comunicam a existência de uma sociedade mista em Minas para a exploração de frigoríficos — a *Frigoríficos Minas Gerais S.A.* (FRIMISA), enquanto, por outro lado, é sugerida a transformação em companhia mista da produtora cinematográfica "Vera Cruz". (10)

Não pretendemos fazer um relatório completo do que existe como sociedades de economia mista no Brasil. Limitamo-nos a apontar alguns fatos sintomáticos que, à primeira vista, parecem tornar irrisória a afirmação do deputado mineiro.

(8) Vide ARNOLD WALD — *As Sociedades de Economia Mista*, in *Revista do Serviço Público* já citada.

(9) Diário do Congresso de 6-V-1952. Haveria no caso transformação de uma autarquia em sociedade de economia mista. A respeito pronunciou interessante conferência, infelizmente inédita, o Professor SAN TIAGO DANFAS.

(10) O Professor THIERS MOREIRA, que ocupa a cátedra de direito administrativo da Faculdade Católica de Direito nos referiu a constituição de uma sociedade de economia mista na Amazônia em que eram acionistas a União, o Estado, os Municípios e particulares.

(7) Como indício sintomático do interesse surgido em torno do problema como repercussão da conferência do Deputado BILAC PINTO, podemos citar as teses apresentadas na III Semana de Estudos Jurídicos na Bahia pelo bacharelado AGNALDO MENDES BEZERRA, por ARNOLD WALD, publicada na *Revista do Serviço Público* de agosto de 1953, e por GILDO ESPÍNOLA BARBOSA, in *Ângulos*, "Revista da Faculdade de Direito da Bahia", setembro de 1953.

Na verdade, após a tese e a antítese, chegamos a síntese para a qual se inclina a doutrina numa terceira fase. (11)

Efetivamente, a sociedade de economia mista deixa de ser uma técnica empregada para a satisfação das necessidades públicas essenciais, para a realização dos serviços públicos, sendo substituída, neste campo, pela empresa pública. (12) Mas a companhia mista torna-se uma forma pela qual o Estado incentiva a produção em caso de insuficiência dos capitais particulares.

Enquanto a nossa doutrina ainda não atinou com essa verdade, o legislador pátrio já aplicou tal conclusão, com o adiantamento que os homens práticos têm sobre a especulação da doutrina. O nosso direito positivo já concebe a companhia mista não mais como meio de realizar serviços públicos, mas como processo de incentivo à produção.

A inércia do espírito humano dificilmente aceita inovações e, quando estas surgem, exige, para aceitá-las, que mantenham ao menos as antigas formas. GASTON MORIN, decano da Faculdade de Direito de Montpellier, dedicou algumas páginas à análise profunda deste fenômeno, revelando, num estilo cheio de vida e com acuidade e finura, como se processavam as mutações jurídicas. Os novos institutos surgem camuflados e dissimulados sob as formas antigas. Já TARDE, aliás, assinalava que a continuação da vigência do direito formal antigo esconde as transformações em que vai nascendo o direito material e vivo. Os primeiros vagões conservaram a forma das diligências e os automóveis não quiseram romper com o aspecto tradicional das carruagens antigas. (13) Assim, o contrato perdendo o seu valor econômico na Rússia soviética, passou a ter função psicológica. (14) Manteve-se a forma, a palavra que qualifica o instituto jurídico, o "rótulo da garrafa" como diria Paul Valéry, mas o conteúdo foi modificado, o fundo transformado. Dêste modo, a sociedade de economia mista de outrora, que realizava serviços públicos, foi substituída pela empresa pública, mas foi dada nova missão

à companhia mista já agora considerada como técnica de intervenção estatal para incentivar a produção.

III — A CRÍTICA FEITA ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. PROCEDÊNCIA OU IMPROCEDÊNCIA. A NOVA FUNÇÃO DA EMPRESA MISTA

Já tivemos o ensejo de mostrar como o Professor BILAC PINTO, firmando a sua opinião na lição de HENRI ZWAHLEN, ROGER KRAEPPPELIN, RAYMOND RACINE TENA, BATSON, JOHN THURSTON e MAURICE BYÉ, condenou a sociedade de economia mista por serem incompatíveis os interesses que nela se associam.

Efetivamente, escreve o eminente publicista brasileiro:

"Através dessas objeções emanadas de especialistas que, em diferentes países, acompanharam a evolução das empresas mistas, notamos a coincidência de uma arguição fundamental contra esse sistema: o conflito insolúvel entre o interesse particular e o interesse público." (15)

O argumento, todavia, nem sempre procede:

Acreditamos que possam existir sociedades de economia mista em que se conciliem interesses sociais e particulares.

Nas sociedades em que o Estado é majoritário, os acionistas particulares não têm voz ativa na administração social. O seu papel fica de fato reduzido ao de simples mutuantes, cujo dividendo corresponde ao preço de locação do capital investido, sendo pois uma espécie de juros variáveis de acordo com os benefícios realizados pela sociedade. Pode assim o Estado obter capitais associando os mutuantes aos riscos da empresa, sem se obrigar ao pagamento de juros que poderiam onerar desmesadamente a empresa se esta não rendesse lucros imediatos.

Nas sociedades em que o Estado é minoritário, a participação pública veio substituir vantajosamente o antigo sistema de subvenções. (16) Os poderes públicos operando para incentivar a produção nacional, especialmente nos países subdesenvolvidos que se caracterizam pela falta de capitais particulares vultosos, preferiram a técnica da sociedade de economia mista com participação estatal minoritária à subvenção já que, na empresa mista, o Estado tem maior controle e conhecimento direto das atividades sociais evitando assim que os fundos públicos sejam utilizados de modo diverso ou contrário à finalidade a que se destinavam.

(15) Artigo citado, in *Digesto Econômico*, janeiro de 1953, p. 38.

(16) Assim se manifestou EMILE JAMES em seu livro *Les formes d'entreprises* dizendo que a economia mista não é uma forma estatista "aplicando-se de preferência às empresas anteriormente vivendo sob o regime de subvenção". Vide a respeito THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *op. cit.*, IV vol. da 2.^a edição, 1949, p. 339, nota 8.

* (11) Vide o número dos *Archives de Philosophie du Droit* de 1952 dedicado a *La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique*, especialmente p. 79-122.

(12) BILAC PINTO — *op. cit.*; PAUL REUTER — *La société anonyme au service des collectivités publiques*; no mesmo sentido GASTON LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique* in *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, tomo II, p. 296-318.

(13) GASTON MORIN — *La Révolte du Droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Recueil Sirey, 1945, p. 2-6. No mesmo sentido IHERING — *Esprit du droit romain* — tomo IV, p. 235; TARDE — *Les transformations du droit* — 2.^a edição, p. 123 e HENRI BERGSON — *L'évolution créatrice* — 77.^a edição, Paris, Presses Universitaires de France, 1948, p. 139.

(14) RENÉ DAVID — *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé* — Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 325-337.

Neste caso, em vez de subvencionar sociedades particulares em que a fiscalização do emprego da subvenção será sempre difícil e aleatório, prefere o Estado moderno criar sociedades de economia mista em que êle figura como mero acionista devendo ser de preferência a sua participação minoritária para não entravar o dinamismo da iniciativa privada.

Já se alegou que uma sociedade que necessita de capitais públicos é destinada por definição a ser deficitária. Não se justifica esta afirmação, pois, há sociedades que para o seu desenvolvimento inicial precisam de capitais importantes e cujos lucros, no começo, são relativamente moderados de modo que não conseguem atrair grandes capitais particulares que têm fins mais imediatistas. Se uma sociedade dêste tipo exerce uma atividade útil para o sistema da produção, parece acertado o emprego no caso da técnica da companhia mista com participação estatal minoritária.

Assim, falou-se recentemente na transformação em sociedade de economia mista da Companhia Vera Cruz que esta afrontando dificuldades financeiras. E' compreensível que há interesse do Estado no funcionamento de empresas cinematográficas nacionais, inclusive por motivos de política econômica internacional e especialmente atendendo-se à falta de divisas estrangeiras de que sofremos.

Os poderes públicos, na sua missão de incentivar a produção nacional, não podem deixar perecer uma indústria nova e ainda inexistente no país. O meio de salvar a empresa seria a concessão de subvenções governamentais. Mas no caso de empréstimos feito pelo Estado à sociedade comercial, difícil seria saber se o dinheiro foi realmente empregado para consolidar a produção cinematográfica nacional, ou seja, se foi observada a verdadeira finalidade da subvenção. Parece, pois, preferível que o Estado se transforme em acionista minoritário tornando-se a sociedade uma empresa mista.

Pode não haver choque entre o interesse público e a avidez de lucro. Nas Companhias das Índias, o objetivo principal era o lucro, o benefício a ser realizado pelos comerciantes, o que não impediu que tais companhias fôsem da máxima utilidade para a política internacional dos Estados que as criaram. Os particulares visavam o fim econômico, os governos o objetivo político. Algumas vezes, conciliavam-se. (17)

Nem sempre há oposição entre aspirações estatais e intenções particulares.

BERNARD CHENOT, professor no Instituto de Estudos Políticos de Paris, no seu afamado livro

(17) Sobre a *East India Company* e as suas funções comerciais e políticas, pode ser consultado o livro de WOLFGANG HOFFMANN HARNISCH — *Lord Clive, o conquistador da Índia* — Edição da Livraria do "Globo", Porto Alegre, 1942.

Organisation économique de l'État mostra como é artificial a objeção levantada pelo professor BILAC PINTO, dizendo ser a economia mista uma ficção.

"Se a participação do Estado é muito fraca, escreve CHENOT, ela é acidental e não há interesse público em jogo. O Estado equipara-se aos outros acionistas e a sociedade funciona como qualquer empresa privada. O fato de ser o Estado acionista lhe dá algumas informações do que se passa na empresa e pode eventualmente preparar uma intervenção estatal mais direta na sociedade. Se a participação do Estado se torna importante, não há mais igualdade entre as partes. As coletividades administrativas gozam de privilégios que lhes permitem manter a sociedade dentro dos quadros do serviço público mesmo se os resultados comerciais da empresa com isso venham a sofrer. Neste caso, a economia mista não passa de um processo que permite a associação do Estado com os particulares para a realização de uma missão de interesse geral sem que aquê abandonasse as prerrogativas do poder." (18)

Apreciando o histórico da sociedade de economia mista, CHENOT aponta a decadência em que caiu logo após a última guerra mundial, mas revela que hoje esta sendo recebida com maior entusiasmo, havendo mesmo algumas empresas públicas que voltam à forma de sociedade de economia mista como tem acontecido com a Companhia Air France, por exemplo.

Concluindo, reconhece que não é a empresa mista um processo de realização dos serviços públicos. "Seu domínio eletivo, escreve, deve abranger os setores que o Estado pretende deixar à iniciativa privada, favorecendo, todavia, a atividade desta". E cita o exemplo das companhias criadas para a exploração e o desenvolvimento da França de Além-mar. (19)

Chegamos, pois, à seguinte tese: Se, na realização dos serviços públicos, as sociedades de economia mista devem ser substituídas pelas empresas públicas (*sociétés d'État, Government Corporations*) em que as pessoas de direito público são os únicos acionistas, ao contrário, a técnica da empresa mista de preferência com participação estatal minoritária é das mais fecundas para o incentivo da produção.

No tocante aos serviços públicos, tem razão BILAC PINTO quando, com BIELSA, diz que deve ser superada a sociedade de economia mista para que haja "prestação direta dos serviços públicos pelo Estado, pois, esta é a razão da sua existência, a justificação da sua criação".

Por outro lado, o novo destino das sociedades mistas, já pressentido por MIRANDA VALVER-

(18) BERNARD CHENOT — *Organisation économique de l'État* — Paris, Dalloz, 1951, p. 295-297.

(19) No mesmo sentido, GASTON LEDUC, no artigo *Les sociétés d'État, instruments de la mise en valeur de l'outre-mer* in *Archives de Philosophie du Droit*, n.º de 1952 já citado, p. 109.

DE e assinalado por CHENOT, é a sua transformação em técnica de auxílio à produção, substitutiva das subvenções, enquanto a empresa pública sucede à economia mista e, mais remotamente, às concessões, no campo da realização dos serviços públicos.

O que só agora os publicistas vêm descobrindo, já o compreendeu intuitivamente o nosso legislador e já encontramos no direito positivo brasileiro a nova função que há de caber no mundo hodierno às empresas mistas.

IV — AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E AS EMPRESAS PÚBLICAS NA FRANÇA

1. Transformações da técnica. Privatização e publicização. Conceito de direito comercial.

Os juristas franceses, ao tratarem da economia mista, gostam de apontar a comercialização do direito administrativo. GEORGES VEDEL, autor de afamado *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (20) lembra que “o Estado expropriou os capitalistas, não só das suas empresas, como também das suas receitas e das suas experiências”. HOUIN, professor da Faculdade de Direito de Rennes, começa o seu fecundo artigo publicado nos *Archives de Philosophie du Droit* sob o título *La gestion des entreprises publiques et les méthodes ou droit commercial* (21) notando que há povos vencidos cuja civilização e cujas leis se impõem ao vencedor em virtude do valor inerente que representam. Do mesmo modo, que os bárbaros militarmente preponderantes se inclinaram diante da cultura romana, o direito público em sua fase de expansão teve que adotar a técnica privatista.

JEAN RIVERO, que se tornou conhecido pelos seus estudos sobre as transformações sofridas pelo direito público após a última guerra mundial, afirmou que “o prestígio das instituições capitalistas sobrevive à condenação dos princípios que os inspirava”.

De fato, as empresas públicas passam a ser consideradas como comerciantes, submetidas às normas de direito comercial que se refletem na sua contabilidade, nos seus contratos, nas suas relações com o respectivo pessoal e com terceiros. (22)

Cria-se assim uma região neutra, uma zona cinzenta entre o direito público e o direito privado em que se desenvolvem estas figuras híbridas. Já ROUBIER, aliás, na sua *Théorie générale du droit*

(23), assinalava que “por mais importante que possa ser a distinção entre o direito privado e o direito público, devemos, todavia, admitir que existem certos ramos do direito que permanecem fora dessa classificação.”

Mas o latim dos bárbaros já não era mais aquele falado em Roma. O próprio fato da adaptação da técnica privatista ao direito público transformou o direito comercial dando-se-lhe nova função, que os comercialistas modernos tentam conceituar.

Assim é que JEAN ESCARRA afirma dever ser definido o direito comercial tendo-se menos em vista o móbil do comerciante do que a organização da empresa. Tanto RIPERT como ESCARRA repudiam a teoria do ato de comércio inventada pela doutrina do século XIX para considerar o direito comercial como direito profissional (24) ou direito das empresas (25), ou ainda, na palavra de JOSEPH HAMEL, direito dos negócios. (26)

Em sentido análogo, manifesta-se o nosso WALDEMAR FERREIRA, ao tratar das sociedades anônimas. “Qualquer que seja o seu objeto, escreve o eminente juriconsulto parisiense, a sociedade anônima é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio. Não é questão de objeto. É de forma”. (27)

Assim notamos três fenômenos distintos mas paralelos:

1) A publicização do direito privado apontada por todos os escritores modernos desde JOSERAND até SAVATIER e RIPERT;

2) A aplicação da técnica privatista ao direito público demonstrada por HOUIN, VEDEL e RIVERO;

3) A transformação do direito comercial por influência da adaptação que sofreu quando da sua aplicação no campo do direito público, ou

(23) PAUL ROUBIER — *Théorie générale du droit* — Paris, 1946.

(24) GEORGES RIPERT — *Traité élémentaire de droit commercial* — 2.^a edição, Paris, “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence”, 1951, p. 3 in fine.

(25) JEAN ESCARRA — *Cours de droit commercial*, 1952, n^{os} 41 e 91.

(26) JOSEPH HAMEL — *Droit civil et droit commercial en 1950*, in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert* — Paris, “Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence”, 1950, 2.^o vol. p. 261-271. Escreve o professor da Faculdade de Direito de Paris: “Et c’est ainsi que je vois l’avenir: un Droit commercial devenu Droit des affaires, qui accentuera son caractère objectif en devenant le Droit de tous ceux qui se trouvent mêlés à la vie des affaires, — un Droit civil qui restera imprégné de personnalité humaine et qui régnera sur tous les domaines — et ils sont immenses — qui se situent en dehors de la production économique.” (Hamel, loc. cit., p. 271 in fine).

(27) WALDEMAR MARTINS FERREIRA — *Instituições de direito comercial* — Rio de Janeiro, “Freitas Bastos”, 1951, 3.^a edição, 5.^o vol. p. 83 in fine.

(20) GEORGES VEDEL — *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* — Paris, Recueil Sirey, 1949.

(21) N.^o de 1952 dos *Archives*, já citado, p. 79.

(22) O projeto governamental que visava a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico pretendia que os empregados desta entidade tivessem suas situações regidas pela legislação trabalhista.

seja o aproveitamento pelo direito privado das experiências realizadas no domínio do direito público.

2. *Tipos de intervenção. As empresas públicas na França. Problemas criados.* (28)

Na França, encontramos três tipos de intervenção estatal nos quais o Estado procura se submeter às normas do direito comercial. São:

1. A sociedade de economia mista, quadro adotado para a organização da *Société Nationale des Chemins de Fer*, da Companhia *Air-France* e de 30 sociedades criadas para o desenvolvimento da França de Além-mar.

2. As sociedades comerciais em que o Estado é o único acionista, que funcionam como sociedades anônimas *sui generis* e constituem verdadeiras empresas públicas. Tal é o caso, entre outros, de quatro bancos e de 35 companhias de seguros que foram nacionalizados e de nove empresas criadas na França de Além-mar na conformidade da lei francesa de 30 de abril de 1946.

3. Os estabelecimentos públicos de caráter comercial e industrial constituídos sob a forma de sociedades e submetidos às leis e usos do comércio como o *Charbonnage de France*, a *Société Nationale des Entreprises de Presse* e o *Gaz et Electricité de France* assim como a *Régie Renault*.

Deixando de lado as sociedades de economia mista cujo mecanismo já é largamente conhecido, poderíamos sondar os problemas surgidos com o aparecimento da empresa pública.

São as seguintes as características da empresa pública:

- 1) Possuem a qualidade de comerciante.
- 2) São sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas.
- 3) Têm patrimônio autônomo.
- 4) Os litígios em que são partes pertencem à competência da jurisdição ordinária.
- 5) Os contratos firmados por estas empresas são submetidos ao direito privado.
- 6) Adotam a forma das sociedades comerciais comuns.
- 7) A propriedade, direção e administração das empresas públicas são exclusivamente governamentais.
- 8) Têm personalidade jurídica de direito privado.
- 9) As suas relações com o pessoal se regem não pelas normas de direito administrativo mas pelo direito trabalhista.

As empresas públicas adotaram a técnica das sociedades anônimas, mantendo os mesmos

órgãos: presidente, diretor-geral, conselho de administração e assembleia geral. Foram dotadas de personalidade moral para que lhe seja assegurada a autonomia financeira, limitando-se assim a responsabilidade estatal.

Mas, atrás das formas tradicionais que eram conservadas, criou-se uma realidade nova com traços peculiares.

Rompendo com a tradição clássica, admitiu o direito francês a *one man's company* e, aliás, já AMIAUD notava que "a pessoa do acionista se tornou tão pouco importante que a existência de sociedades anônimas sem acionistas não é impensável". (29)

Na sua conceituação moderna, a sociedade anônima apenas exige a presença de dois elementos: a empresa organizada e o patrimônio autônomo. Assim é que se tornou possível o enquadramento da empresa pública no campo das sociedades anônimas. Foram abandonados os requisitos subjetivos: *affectio societatis* e *animus lucrandi*. Passou-se a atender exclusivamente aos elementos objetivos. Com essa transformação, tornaram-se necessárias numerosas derrogações ao direito comum. Assim, por exemplo, não tinham mais razão de ser, nas empresas públicas, as numerosas normas destinadas à proteção dos acionistas já que no caso o acionista único — o Estado se confunde com o administrador da sociedade.

Não obstante, tenha estabelecido o art. 33 da lei francesa de nacionalização de 25 de abril de 1946, que as empresas públicas conservam a condição de sociedades comerciais, elas têm, em numerosos pontos, um *status* especial. Vejamos, pois, alguns casos concretos em que se ressaltam estas peculiaridades das empresas públicas.

a) Por diversas ocasiões, dá-se a intervenção ministerial. No caso de aumento de capital da empresa, deve ser ouvido o Ministro da Fazenda. Em certos estabelecimentos públicos de caráter comercial ou industrial cabe ao Ministro da Produção Nacional solucionar os conflitos que surgiram entre o presidente e o Conselho Administrativo da sociedade, assim acontecendo vg. na *Régie Renault*. (30)

b) A sociedade é responsável em relação aos terceiros e o seu ativo responde pelas dívidas por ela contraídas. Mas acontece frequentemente nas empresas públicas que o ativo comporte bens inalienáveis pertencentes à Nação — como o gás, a eletricidade, o carvão — e discute-se, neste caso, em que termos há de ser definida a responsabilidade da empresa pública, tendo sido levada a questão ao Conselho de Estado.

c) Enquanto as empresas públicas são submetidas à contabilidade comercial, uma decisão

(28) Podem ser consultados a respeito os artigos do n.º de 1952 des *Archives de Philosophie du Droit*, o de LAGARDE contido nos Estudos oferecidos a Georges Ripert, já citados, p. 296, assim como CHENOT, *op. cit.* XIII.

(29) A. AMIAUD — *L'évolution du droit des sociétés par action* in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle — Études offertes à Georges Ripert* — Paris, 1950, p. 295.

(30) Decreto francês de 7-III-1945.

da Côte Francesa de Cassação obrigou os estabelecimentos públicos com o caráter comercial ou industrial, que têm a forma de sociedade, a adotarem a contabilidade pública. A dificuldade consiste em delimitar os campos de aplicação respectivamente do direito comercial e do direito administrativo. Se no domínio dos contratos e da contabilidade, a tendência atual é no sentido de abandonar os princípios de direito público, estes continuam, todavia, a serem aplicados em matéria de concorrência pública e de seleção e admissão do pessoal.

A adoção da contabilidade pública faz perder aos estabelecimentos pertencentes ao Estado a necessária maleabilidade, a rapidez e a segurança nas suas transações, sendo estas as qualidades básicas e essenciais para as sociedades comerciais.

Discutiu-se muito a questão quando foi pedida a penhora dos bens da SNEP (*Société Nationale des Entreprises de Presse*) opondo-se a Côte de Paris à execução dos bens do estabelecimento público por constituírem bens públicos os seus pertences. Em sentido contrário, decidiram, todavia, os tribunais de Lyon e de Aix. (31)

Mas o dilema não encontra solução fácil. Ou há fiscalização e esta dificulta as operações comerciais que necessitam de iniciativa, decisões de momento e sigilo. Ou não há fiscalização e nada obsta a realização dessas transações, mas, por outro lado, a empresa não presta contas e no Brasil sabemos o sentido exato desta expressão.

O que parece mais aconselhável é a supressão dos controles *a priori* e o estabelecimento de um sistema de fiscalização *a posteriori*.

d) No tocante à administração, sabemos que os presidentes e diretores são nomeados e revogados por decreto. A assembleia geral perdeu a sua razão de ser. O diretor-geral ou administrador especial viu aumentarem os seus poderes. Como na vida política, também na sociedade anônima, assistimos ao fortalecimento do executivo. (32) Nos conselhos de administração, encontramos uma representação heterogênea, compreendendo técnicos e delegados do Estado, do pessoal e dos consumidores, havendo divergências de aspirações dos diversos grupos. Enquanto os repre-

sentantes dos consumidores pugnam pela baixa das tarifas, os mandatários do pessoal reivindicam aumento dos salários e os funcionários hesitam entre a defesa dos lucros que a sociedade poderia realizar e a realização dos serviços pelo preço de custo. A tendência atual parece ser no sentido de constituir conselho de administração apolíticos formados preponderantemente por técnicos.

e) Um controle multiforme, abrangendo os aspectos os mais diversos, pesa sobre as empresas públicas entravando a sua atividade. São, em primeiro lugar, os delegados ministeriais que funcionam junto às empresas e que são denominados censores ou fiscais do Estado, gozando da prerrogativa do veto. Em seguida, a empresa está subordinada ao Ministro da Fazenda, ao Parlamento e a certas comissões especiais para os fins de aumento de capital, empréstimos, tarifas, estatuto do pessoal, programas de trabalho etc. Outrossim, a assembleia geral foi mantida no seu papel de fiscal, atribuindo-se a sua função nas empresas públicas a outros órgãos como vg. o Conselho Nacional dos Seguros para as companhias especializadas neste ramo de atividade e a Comissão de Controle Bancário para os bancos. Ainda temos, enfim, os *commissaires aux comptes* nomeados ora pelo executivo, ora pelo judiciário.

Multiplicaram-se os controles externos que dificultam a realização de operações comerciais rápidas. As contas devem ser prestadas a diversos órgãos como a Comissão de verificação de contas das empresas públicas e as Comissões parlamentares de controle da Assembleia Nacional e do Conselho da República. (33) O excesso de controle tem sido condenado unânimemente pela doutrina. LAGARDE diz que quiseram remediar à má qualidade do motor fortalecendo os freios. (34) No mesmo sentido se manifestou HOUIN, assinalando que a fiscalização desmaziada paralisa a ação das empresas públicas. (35)

f) No domínio da responsabilidade civil, sérias dúvidas não deixaram de surgir. No caso de ato culposo praticado pelo administrador nomeado por decreto, poderá a empresa acionar o Estado obrigando-o a ressarcir o dano? Estamos aqui numa zona limítrofe entre o direito privado e o direito público em que já parece ser inaplicável a teoria geral da responsabilidade civil, que é substituída por um sistema de medidas disciplinares análogas, embora menos rígidas, àquelas que encontramos no sistema soviético em caso de inadimplemento contratual de uma empresa estatal em relação a outra.

g) No tocante à competência dos tribunais comerciais, a jurisprudência se inclina a reconhe-

(31) Côte de Cassação, 9-VII-1951, JCP, 1951. II. 6437, Gaz. Pal. 23 oct. 1951. No mesmo sentido: Paris, 22-XII-1948, S. 1949.2.89, nota Drago, JCP 1949. II 4729, nota Lavau e D.1949.235, nota Blaevoet. Em sentido contrário:

Aix, 30-11-1949, D. 1950. 69, JCP 1950.II.5245 bis, nota Lavau e Lyon, 13-VII-1948, JCP, 1950.II.5290.

(32) No tocante ao direito público, BIGNE DE VILLENEUVE — *La fin du principe de séparation des pouvoirs* — Paris, Sirey, 1934, passim, MIRKINE GUETZEVITCH — *Modernas tendencias del derecho constitucional* — Madrid, Reus, 1934, p. 187.213 — DUVERGER — *Les constitutions de la France* — Paris, "Presses Universitaires", 1950, p. 95, e *Les régimes politiques* — Paris, "Presses Universitaires", 1948, p. 71. Quanto às sociedades anônimas, vide RIPERT — *Les aspects juridiques du capitalisme* — 1946, p. 48 a 123; AMIAUD — *artigo citado*, p. 294 e HOUIN — *op. cit.* p. 82.

(33) Artigo 56 da lei francesa de 6-I-1948 e art. 70 da lei de 21-3-1947 modificados pela lei de 5-7-1947.

(34) LAGARDE — *op. cit.*, p. 313.

(35) HOUIN — *op. cit.*, p. 96.

cê-la nas causas em que são partes as empresas públicas.

h) Quanto à existência de fundo de comércio das empresas públicas, os julgados são divergentes e, por enquanto, é difícil chegar a uma conclusão nesta matéria.

i) A falência das empresas públicas é juridicamente possível, embora, de fato, seja sempre substituída por uma liquidação administrativa. O Estado é responsável, senão jurídica, ao menos moral e politicamente pelos atos praticados pela empresa. (36)

Em resumo, as empresas públicas são comerciantes submetidos em princípio às normas de contabilidade comercial, ficando os contratos que firmam sob a égide do direito privado. A diversidade das leis que regem as empresas públicas, criam, muitas vezes, exigências peculiares para cada sociedade. A França aguarda ansiosamente uma lei orgânica das empresas públicas. E' possível, todavia, que esta lei de padronização das empresas públicas nunca seja promulgada porque a uniformização no caso representaria uma rigidez em oposição à própria razão de existência das sociedades nacionais, que se pretendem condicionar à função que exercem e querem libertar-se do jugo do direito público. (37)

3. A experiência colonial francesa. Um novo sentido da empresa pública.

Foi nas experiências tentadas na França de Além-mar que melhor se configuraram as funções respectivamente da sociedade de economia mista e da empresa pública no mundo moderno.

GASTON LEDUC, professor na Faculdade de Direito de Paris, em interessante artigo publicado nos *Archives de Philosophie du Droit* de 1952, mostrou que a origem legislativa da empresa pública na França remonta à lei de 30 de abril de 1946, que constitui a carta fundamental do desenvolvimento planejado dos países de Além-mar da União Francesa.

A referida lei estabelecia no seu artigo 1.º que o Ministro da França de Além-mar ficava encarregado de apresentar um plano de desenvolvimento econômico e social a ser realizado no prazo de dez anos e destinado a transformar os territórios de civilização atrasada em países modernos em tudo se refira ao equipamento público e privado, devendo o plano abranger a produção, a transformação, a circulação e a utilização das riquezas, visando a atender às necessidades das comunidades indígenas, criar condições favoráveis ao progresso social e, na conformidade com o decidido no plano Monnet, concorrer para a exe-

cução dos programas de reconstituição e desenvolvimento da economia da União Francesa.

Para alcançar este fim, o art. 2.º da mesma lei permitiu a criação de empresas públicas (funcionando com os métodos adotados pelas sociedades comerciais e submetidas à fiscalização a posteriori da Inspeção das Colônias e do Ministério da Fazenda) e de sociedades de economia mista com participação majoritária do Estado, sendo criado um Fundo especial — o FIDES (Fundo de Investimentos para o desenvolvimento econômico e social dos territórios de Além-mar) — constituído por contribuições da metrópole e dos territórios interessados.

Original é, todavia, a nova concepção da empresa pública que surge na experiência colonial francesa. Se, na metrópole, a empresa pública vinha substituir a concessão ou a sociedade de economia mista na realização dos serviços públicos, já nos territórios associados de Além-mar surge tão-somente no caso de impossibilidade de ser criada uma sociedade de economia mista por carência completa de capitais particulares interessados. Nas colônias, a empresa pública é elemento subsidiário de incentivo à produção, caso não possa ser constituída uma sociedade de economia mista.

Foram criadas, até janeiro de 1952, nos quadros da lei de 1946, cerca de 30 sociedades de economia mista e 9 empresas públicas. As empresas públicas só se organizaram no caso de apatia completa dos capitais particulares.

“A sociedade de Estado (empresa pública), escreve LEDUC, foi concebida como um meio de paliar a carência completa de investimentos privados. Quando esta somente é parcial, nada se opõe à adoção da fórmula da economia mista.

Se fôr total a abstenção de capitais particulares, e as necessidades de valorização exigirem, todavia, certas realizações, delas devem encarregar-se as coletividades públicas (adotando o processo das empresas estatais)”. (38)

A diferença estabelecida no âmbito colonial, entre a sociedade de economia mista e a empresa pública não é mais ontológica, não depende do fim que a sociedade vai realizar. Fica apenas subordinada à existência ou inexistência de capitais privados a serem investidos na região. Assim, uma sociedade imobiliária terá em Guadalupe forma de empresa pública enquanto, na Ilha da Reunião, será organizada como sociedade de economia mista. Pergunta então o Professor LEDUC: Dever-se-á deduzir dessa divergência que os capitais particulares preferem o Oceano Índico às Antilhas? Do mesmo modo, são empresas públicas a instituição criada para facilitar a imigração para a Guiana e o Bureau de estudos para o desenvolvimento da produção agrícola dos territó-

(36) LAGARDE — p. 307 do artigo citado e HOUIN — *op. cit.* p. 105-106.

(37) No mesmo sentido vide HERBERT EMMERICH — *Government corporations and independent supervisory agencies in President's Committee on administrative management* — Washington, 1937, p. 299 e seguintes, e o comentário de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — *op. cit.* — tomo IV, 2.ª edição, 1949, p. 181.

(38) LEDUC — *Les Sociétés d'État, instruments de la mise en valeur de l'outremer* — in *Archives de Philosophie du Droit*, já citado, p. 109.

rios de Além-mar enquanto é sociedade de economia mista o *Bureau central d'études pour les équipements d'outre-mer*.

Em conclusão, vemos que :

1) a empresa pública deve executar os serviços públicos que exigem certa flexibilidade.

2) sociedade de economia mista tem função de incentivo à produção.

3) nos casos em que o Estado quiser contribuir para o desenvolvimento da produção e não puder contar como o auxílio de capitais particulares, por não ser rendoso o emprêgo do capital, recorrer-se-á às empresas públicas.

4. *O ressurgimento da economia mista.* (39)

O recente desenvolvimento da economia mista na França não se limitou ao domínio colonial. Afastado o processo da economia mista nos anos de 1944-1946 em proveito das nacionalizações, reaparece hoje seja na reorganização da marinha mercante, seja na exploração da televisão, seja, enfim, como forma de reintroduzir capitais particulares nas sociedades nacionalizadas.

O exemplo da companhia *Air-France* é sintomático. Empresa mista com participação minoritária do Estado até 1944, tornou-se sociedade nacional em 1945, para voltar ao regime de economia mista, já agora com participação estatal majoritária, em 1948.

Vemos, pois, que o exemplo francês destes últimos anos não proscreve a economia mista mas conserva-a, paralelamente com a empresa pública, dando a cada uma, função diversa na vida econômica nacional. (40)

(39) CHENOT — *op. cit.* — p. 290-291 e 412-416 e LAGARDE — *artigo citado*, p. 300.

(40) A conclusão da doutrina francesa se resume na seguinte idéia: a sociedade anônima longe de ser uma estrutura não passa de uma máscara que esconde a realidade representada pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista. Esquecendo a forma da sociedade comercial, fundamentada no *animus lucrandi*, o jurista contemporâneo deverá encontrar um novo estatuto para a empresa pública, inspirando-se na idéia da descentralização.

E' o que escreve GASTON LAGARDE, professor na Faculdade de Direito de Paris. "Si on ne se laisse pas hypnotiser par les mots *gestion commerciale*, un statut satisfaisant des entreprises publiques doit être trouvé assez vite, en partant de l'idée de déconcentration. La société anonyme peut leur servir de masque, non d'armature". (*art. cit.*, p. 318).

O mesmo pensamento é lembrado por R. HOUIN: "(L'entreprise publique) rappelle, ce qu'on avait un peu trop tendance à oublier, que la société anonyme n'est pas un cadre polyvalent, mais demeure liée à la recherche en commun des bénéfiques. Elle montre qu'il peut être dangereux d'utiliser ce cadre pour créer des sociétés sans actionnaires et des patrimoines d'affectation ou pour faire participer à la gestion des intérêts concurrents". (*art. citado*, p. 107).

A tendência atual é pois no sentido de um divórcio sempre maior entre a empresa pública e a sociedade anônima, passando a empresa estatal a se integrar no sistema administrativo, aproximando-se, na sua própria estrutura, das autarquias.

V — A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA (41)

Ao lado das repartições públicas, hierarquicamente organizadas e integradas no sistema administrativo, e das autarquias que representam uma forma de administração descentralizada, uma especialização de serviço por função ou ainda uma pessoa de direito público com capacidade de auto-administração, surgiram, desde 1930, nos Estados Unidos as empresas públicas denominadas *government corporations*. (42)

A primeira sociedade em que o governo americano teve participação foi o Banco dos Estados Unidos. Posteriormente adquiriu, em 1904, a *Panama Railroad Company*.

Mas foi durante a primeira guerra mundial que surgiram diversas empresas criadas pelo Congresso como a *War Finance Corporation*, a *Emergency Fleet Corporation*, a *United States Grain Corporation*, a *United States Housing Corporation*, o *United States Sugar Equalization Board* e a *United States Spruce Production Corporation*.

Para facilitar o crédito foram criados doze bancos pertencentes à União ou por ela controlados ela controlados de acordo com o *Federal Farm Loan Act*.

Em 1924, foi organizada a *Inland Waterways Corporation* que tinha como administrador o Secretário de Estado em exercício na pasta da Guerra.

Depois da crise de 1930, o *New Deal* veio dar papel de extrema importância às empresas públicas. Data dessa época a *Reconstruction Finance Corporation*.

Em 1936, existiam nos Estados Unidos cerca de noventa empresas públicas.

Com a guerra de 1939-1945, mais de vinte novas empresas públicas foram criadas: a *Metals Reserve Company*, a *Rubber Reserve Company*, a *Defense Plant Corporation*, a *War Damage Corporation* etc..

Existem também sociedades anônimas pertencentes aos Estados. E' o caso do *Port of New York Authority*, pertencente aos Estados de New York e New Jersey. Também são *states corporations* as Universidades de Michigan, Minnesota e Idaho e a *North Dakota Mill and Elevator Association*.

(41) Vide a respeito: LEONARD D. WHITE — *Introduction to the study of public administration* — 3rd edition, 1951, p. 119-12; OGG & RAY, *Introduction to American Government* — 9th edition, New York, 1948, p. 471-472, 608-610, 665-668 e 707-709; DAVID LILIENTHAL & ROBERT MARQUIS — *The conduct of business enterprises by the federal Government* — in *Harvard Law Review*, fevereiro de 1941, p. 550.

(42) Pouco se conhece no mundo anglo-saxão a sociedade de economia mista. Na Inglaterra, o *Overseas Resources Development Act* de 1947 criou duas empresas públicas: a *Overseas Food Corporation* e a *Colonial Development Corporation*.

Três razões militaram para a criação das empresas públicas nos Estados Unidos:

- 1) Facilitar o crédito nas épocas de crise : v.g. *Reconstruction Finance Corporation*.
- 2) Liquidar problemas de emergência ligados à segurança nacional, v.g. pesquisas sobre a bomba atômica, uso pacífico da energia atômica.
- 3) Dever o Estado exercer certas atividades comerciais que, pela sua extensão e pelo lucro remoto que não de dar, não poderiam ser feitas por particulares, como seria o caso da *Panama Railroad Company*, da *Inland Waterways Corporation* e da *Tennessee Valley Authority*.

Distinguem-se as *government corporations* das *mixed enterprises* (companhias mistas) por não haver nas primeiras o concurso de capitais particulares. "A análise das empresas públicas não nos revela um tipo simples e uniforme de estrutura. Elas variam no método de constituição, nas suas relações com a estrutura administrativa central, no grau de autonomia, na fonte dos seus capitais, e na sua organização interna. Não existe uma definição de empresa pública geralmente aceita". (43)

A superioridade das empresas públicas sobre os departamentos administrativos (repartições públicas) consiste na flexibilidade e na eficiência comercial das *corporations*. Os autores norte-americanos catalogam da seguinte maneira as vantagens que a empresa pública apresenta :

- 1) Autonomia financeira.
- 2) Direito de obter e fazer empréstimos.
- 3) Liberdade de reger-se pelos seus estatutos e de estabelecer normas próprias para regulamentar a situação dos seus funcionários, as compras da sociedade etc....
- 4) Possibilidade de ter um sistema próprio de contabilidade, de processar e ser processado, de transigir etc....
- 5) Descentralização regional e autonomia local.

As empresas públicas tiveram nos Estados Unidos, até 1935, as chamadas *três liberdades* que consistiam, respectivamente, em não prestar contas ao *Bureau of the Budget* e ao Congresso, na isenção das normas e processos do serviço civil (sistema de concurso e de promoção) e na isenção da regulamentação legal pública para compras e contratos (sistema da concorrência pública).

A doutrina, todavia, condenou as *government corporations*, quando não entrosadas num ministério, considerando que não havia coordenação entre as atividades da companhia estatal e a política geral do governo. A importância de um trabalho harmônico das diversas entidades estatais é assinalada pelos publicistas norte-americanos. Não basta, dizem eles, que a nomeação dos dire-

tores da empresa dependa do Presidente da República. É preciso integrar a sociedade num ministério ressaltando, todavia, a sua autonomia, nomeando, por exemplo, o secretário de Estado para o cargo de presidente da companhia. É um pouco o que fizemos no Brasil com a subordinação da Petrobrás ao Conselho Nacional do Petróleo. (44)

A tendência isolacionista das empresas públicas na América do Norte provocou uma profunda reação. Diversas leis, sendo a primeira de 1935 e a última de 1945, submeteram as contas das empresas estatais ao *Bureau of the Budget*. A seguir, as modificações do capital social ficaram sujeitas à aprovação do Congresso e as normas do serviço civil passaram a ser aplicadas às empresas públicas de acordo com o *Ramspeck Act*. Um plano de reorganização de 1939 subordinou todas as empresas públicas, salvo a *Tennessee Valley Authority* e a *Federal Deposit Insurance Corporation*, a secretarias de Estado. Enfim, com o *Government Corporation Control Act* de 1945, as empresas públicas perderam sua autonomia fiscal.

C. H. PRITCHETT, em artigo intitulado *O Paradoxo das empresas públicas*, escreve que a lei de 1945 é o último passo na luta de dez anos travada contra a autonomia das empresas públicas. Assim se completou o trabalho de eliminação dos traços característicos que fizeram das empresas públicas instrumento úteis para os grandes empreendimentos econômicos. A fiscalização imposta significa que, para o bem ou para o mal, a experiência americana das empresas públicas autônomas está substancialmente finda. (45)

Devemos anotar, todavia, que, se verdadeira a afirmação de PRITCHETT, não representa matéria pacífica nos próprios Estados Unidos. O próprio LEONARD WHITE dela diverge ao dizer que, no mundo de amanhã, tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista podem ser destinadas a ter um papel grandioso. (46)

(44) Escreve LEONARD WHITE: "The view that government corporations have so distinct and separate a function that coordination of policy is irrelevant will hardly bear examination. To depend upon personal relations with the President is inadequate especially as the number of corporations increases.... To place each of these corporations "within" one of the major departments of government, clearing on major policy with the secretary of the department while retaining a substantial degree of operating freedom, does create an organic relationship which ensures harmony of general program and responsiveness to the policy of the party in the power. Essential coordination of policy is thus guaranteed by the type of relationship exemplified in the *Inland Waterways Corporation*". (*op. e loc. cit.*).

(45) PRITCHETT — in *American Political Science Review* — 1946, p. 509.

(46) "Government corporations and mixed enterprises may be destined to play a significant role in the changing world of the future" (L. WHITE, *op. cit.*, p. 127).

(43) LEONARD WHITE — *op. cit.*, p. 119.

Vemos, pois, que a companhia mista não exclui a empresa pública como esta não impede a existência daquela.

As experiências francesas e americanas nos revelam, todavia, o aniquilamento progressivo da comercialização das empresas públicas e das sociedades de economia mista que desaparecem sob o peso da excessiva fiscalização estatal.

Já mostramos, aliás, a dificuldade inerente ao problema quando assinalamos que a livre iniciativa, a flexibilidade da empresa comercial, a rapidez das transações e a necessidade de sigilo não se coadunam com a fiscalização permanente dos poderes públicos, e com a aplicação dos princípios da contabilidade pública e do serviço civil.

VI — CONCLUSÕES. A DESAUTARQUIZAÇÃO DAS AUTARQUIAS

1) A experiência do direito comparado nos revela que a economia mista e a empresa pública são processos fecundos de intervenção estatal. Necessário é, todavia, distinguir entre as funções de ambas e a diferenciação há de ser feita, distribuindo-se a cada uma sua verdadeira missão. O advento da empresa pública não implica o declínio da economia mista. Ambas podem existir simultaneamente e, nos países subdesenvolvidos, em que faltam os capitais necessários para os grandes empreendimentos, (47) representam técnicas cujo emprêgo é indispensável para o desenvolvimento nacional. Já se disse que a economia mista era um matrimônio sem amor que não chegava a ser um casamento de razão. O mesmo poder-se-ia dizer da empresa pública em que se coordenaram normas tão diversas como as pertencentes ao direito público e ao direito privado. Mas, mesmo no casamento, o hábito cria vínculos novos e a experiência demonstra, contra os argumentos abstratos dos lógicos, que os cônjuges acabam vivendo harmoniosamente, encarregando-se o tempo de criar a *affectio conjugalis*.

2) A tendência atual do direito administrativo é dominada pelos princípios de padronização excessiva. Já se falou na *desautarquiização das autarquias*. Transformam-se as autarquias, as empresas públicas e as próprias sociedades de economia mista em simples repartições públicas, perdendo a sua iniciativa e o seu senso de responsabilidade própria sob o peso esgotante dos múltiplos contrôles. Já vimos que, tanto na França como nos Estados Unidos, as empresas públicas desaparecem devido à excessiva fiscalização, integrando-se nos ministérios e de sociedade comercial só conservando o nome.

Só há direito público, dizia DUGUIT, quando há limitação dos poderes do Estado. SPIEGEL adaptou a frase ao direito administrativo dizendo que o seu valor jurídico depende sempre das ga-

rantias que encontra para a sua realização. Da mesma maneira, quando estudamos os aspectos jurídicos da empresa pública ou da sociedade de economia mista, o problema essencial é o da limitação dos seus respectivos poderes, ou seja do controle exercido pelo poder central sobre a sociedade pertencente total ou parcialmente ao Estado.

E' indispensável estabelecer um justo equilíbrio entre a flexibilidade comercial de que essas sociedades necessitam e a fiscalização, a prestação de contas exigida pela Nação para que se saiba como estão sendo aplicados os fundos públicos. E' preciso conservar a justa medida entre a autonomia da sociedade e os controles imperativos.

BIELSA, ao prefaciá-la obra de HORACIO HEREDIA, *Contralor administrativo sobre los entes autarquicos*, mostrou a necessidade do controle, aplicando-se a sua frase não só às autarquias, como também as empresas públicas e às sociedades de economia mista. "Desaparecem tôdas as vantagens da descentralização, escreve o mestre platino, com o uso excessivo e inconveniente dê-se discricionarismo a que são tão propensos os corpos dirigentes dessas entidades, ao se converterem estas em uma "pequenas republiquetas" com a propensão a distribuir favores, a conceder altos vencimentos, a realizar atos de disposição financeira injustificados; em suma, a criar para si a sua própria lei. Pois bem, tudo isso não encontra senão um freio e um remédio: — o dúplice controle da legalidade e da conveniência".

A fiscalização é necessária e indispensável mas ela se pode coadunar com uma certa liberdade de iniciativa, permitindo que seja mantida a flexibilidade da empresa.

A autonomia da sociedade de economia mista e da empresa pública pode ser resguardada desde que haja uma compreensão profunda e geral dos deveres cívicos. E talvez o problema venha a ser sobremaneira uma questão moral. Frequentemente a verdadeira solução das discussões políticas e administrativas só pode ser encontrada no campo da moral. Necessário se torna uma renovação de nossa mentalidade, desenvolvendo-se o espírito público do nosso povo. Somente com essa reestruturação de base, poderemos manter o justo equilíbrio obrigatório para o desenvolvimento das empresas públicas e das sociedades de economia mista que se tornarão assim grandes meios para a expansão da economia nacional. (48)

Aqui mais uma vez parece que a razão está com o poeta francês, CHARLES PÉGUAY quando escrevia:

"La révolution sera morale ou ne sera pas!"

A transformação da técnica há de se apoiar numa reforma moral.

(47) Pode ser consultado a respeito o interessante artigo de ROBERTO PINTO DE SOUZA in *Digesto Económico*, n.º 98 de janeiro de 1953, p. 56-57.

(48) No mesmo sentido, o professor J. H. MEIRELLES TEIXEIRA in Prefácio da obra de A. NOGUEIRA DE SÁ — *Do controle administrativo sobre as autarquias* — São Paulo, 1952, p. 20.