

DOCTRINA

Novas formas da delegação administrativa do Estado

As Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas

OSCAR SARAIVA

Consultor Jurídico do M.T.I.C.

I

1. A crise do Estado não tem sido apenas uma crise política. Não são unicamente os aspectos básicos ou estruturais do Estado que preocupam os governantes e os povos, na hora de transição que as proximidades da paz acentuam. A crise é também, e talvez mais marcadamente, administrativa. A hipertrofia do Estado contemporâneo e a multiplicidade de seus encargos sociais e econômicos, encontram-no desaparelhado de meios adequados de ação. Daí porque as décadas que se seguiram à primeira guerra mundial assistiram aos esforços titânicos de povos em busca de formas ou processos capazes de possibilitar o exercício mais completo das funções estatais, esforços êsses cujos excessos degeneraram no totalitarismo perturbador da paz mundial. E os problemas da guerra atual, bem como os que surgirão na organização de após-guerra exigiram e exigirão ainda maiores esforços e novas experiências.

2. De outro lado os povos, especialmente aqueles cujas tradições de liberalismo os acostumaram a um mínimo de intervencionismo do Estado, reclamam contra o excesso de administração: *Too much administration!* tem sido o grito de campanha dos opositores do governo de Roosevelt, nos Estados Unidos, e na Grã-Bretanha já se chegou a formar uma liga para combater a ampliação das atividades administrativas do Estado.

3. Êsses fenômenos de ordem política e social não poderiam deixar de repercutir intensamente no *Direito Administrativo* e na *Ciência da Administração*, e assim, dia a dia, vemos o aparecimento de novas formas de organização administrativa, de novos métodos de administração, formas e métodos que algumas vezes desaparecem tão

rapidamente quanto surgiram, para dar lugar a outros processos que nem sempre têm maior longevidade que os precedentes. Nessa instabilidade um fenômeno surge claro, entretanto, generalizando-se progressivamente: o da delegação que o Estado vem fazendo de suas funções administrativas. Cada vez mais a administração delegada se acentua, tendendo o Estado a se conservar no círculo mais estreito de suas formas tradicionais, no âmbito de suas velhas atribuições de defesa, polícia e justiça, delegando os encargos sociais ou econômicos a entidades de maior utilidade funcional às quais comete o exercício das funções a que deve necessariamente atender.

4. O fenômeno da delegação tem sido amplamente estudado no tocante às *autarquias*, e a tal forma de administração já tivemos ensejo de nos referir em vários estudos publicados no *Boletim do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio* (n. 12, agosto de 1935) — “Personalidade jurídica dos entes autárquicos”; (n. 76, dezembro de 1940) — “As autarquias no Direito Público Brasileiro”, e em opúsculo intitulado “Racionalização da administração delegada” (D.A.S.P., 1942). Não será pois necessário repisar matéria sedida, bastando assinalar, como fenômeno curioso, que as autarquias envelheceram precocemente entre nós; surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase

tão rígida quanto a do próprio Estado e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição.

5. Entretanto, as necessidades sociais são tão imperativas quanto as do mundo físico e a ação administrativa do Estado segue objetivos tão fatais quanto o da própria água que corre e que, se represada, buscará outras vias para seu curso, que de nenhum modo se interrompe. Também o *representamento* da expansão das autarquias, através de sua subordinação a formalidades cuja exigência, em relação aos órgãos do próprio Estado, fôra a causa de sua criação, veio dar origem à adoção de novas formas, livres dessas restrições. Surgiram assim entre nós as *sociedades de economia mista* e começam agora a aparecer as *Fundações*, que denominaremos de *públicas*.

6. As sociedades de economia mista são sociedades de capital das quais participa o Estado como acionista. HENRI ZWAHLEN as define como

“une entreprise à la direction de laquelle participent des personnes publiques, qui ont en vue l'intérêt de la communauté et des personnes privées, qui ont en vue leur intérêt particulier. La structure est en fait celle d'une société commerciale, forme la mieux appropriée à cette collaboration”. — (*Des Sociétés Commerciales avec Participation de l'État* — Lausanne, 1935, pg. 39).

7. Essa reunião do interesse público e do interesse privado, do capital do Estado e do capital individual é que dá à sociedade de economia mista suas características e que é a razão de seu sucesso. Nelas se reúnem e se harmonizam os princípios da economia capitalista e individualista, — que tem por fim o lucro pessoal — com os da economia coletiva e dirigida, — que busca o bem geral — assegurando-se à direção da empresa uma forma nitidamente mercantil, que é a das sociedades anônimas e cujo sucesso permitiu a grande expansão industrial dos fins do Sec. XIX e princípios do Sec. XX:

“La société avait déjà rendu d'éminents services sur le terrain de l'économie privée. Là où l'initiative individuelle eût été complètement impuissante, elle avait permis la réunion de forces éparses et la constitution de grosses entreprises; les expériences de ces dernières avaient amené la découverte de principes d'organisation et de travail qui sont aujourd'hui appliqués par toutes les grandes entreprises privées”. — (HENRI ZWAHLEN — *Ob. cit.*, pg. 30).

8. Por isso, depois de várias experiências no terreno econômico em torno das autarquias, a nosa técnica administrativa tende a conservar apenas essas formas de delegação para as instituições que sejam antes diretoras do que participes das atividades econômicas que o Estado tem necessidade de controlar ou dirigir. Daí, se de um lado os Institutos do Mate, do Sal, do Açúcar e do Alcool, do Café, são verdadeiros órgãos paraestatais, investidos de poderes estatais de direção, impondo tributos, expedindo ordens, dirigindo os respectivos setores econômicos, de outro lado criam-se, como órgãos de ação específica, de empreendimentos industriais diretos, grandes sociedades de economia mista, tais como a Companhia Siderúrgica Nacional (Decreto-lei n.º 3.002, de 30 de janeiro de 1941), a Cia. Vale do Rio Doce (Decreto-lei número 4.352, de 1 de junho de 1942), a Cia. Nacional de Alcalis (Decreto-lei n.º 5.684, de 20 de julho de 1943).

9. Nas empresas de economia mista, como nas autarquias, há a característica da criação estatal. A entidade nasce da vontade do Estado e não da iniciativa particular. Mas o Estado associa o particular aos seus fins, e lhe assegura desde logo a perspectiva de lucro. Por outro lado, se alguns privilégios estatais são conferidos às empresas, — isenções tributárias, direito de desapropriação, prioridades em transportes ou em fornecimentos de matérias primas, aproveitamento de servidores públicos — seu sistema de administração é, não obstante, o das sociedades por ações e a interferência governamental se cinge, via de regra, à nomeação do respectivo presidente, interferência essa que constitui, no fundo, prerrogativa igual àquela gozada pelos portadores da maioria de ações nas sociedades comuns e que se traduzem na eleição ou demissão de administradores. Une-se assim o público ao particular numa *economia mista*, juntando-se as vantagens da organização privada e do incentivo de lucro às do resguardo dos interesses gerais da coletividade e da supervisão do Estado na defesa desses fins.

10. Note-se aliás que essa forma de associação já existia de há muito entre nós, como simples consequência de circunstâncias ocasionais, no *Banco do Brasil*, sociedade anônima cujo maior acionista era e é a Fazenda Nacional, e que se incumbem dos fins públicos os mais relevantes, guardando sua forma e sua personalidade privada, embora te-

nha recebido do governo favores e isenções próprias de entidades públicas.

11. As sociedades de economia mista não se recomendariam, porém, para a administração de atividades em que o fim visado não se traduz na obtenção de resultados industriais ou comerciais ainda que benéficos à coletividade. O particular que adquire uma ação espera receber lucros ou dividendos. Por isso, buscou-se uma nova forma de administração que, inteiramente desvinculada do Estado e livre de sua ingerência, se pudesse dedicar a fins públicos de natureza não lucrativa, e se acaba de adotar essa nova modalidade institucional, a *fundação*, forma de gestão que o nosso Direito Civil perpetuou e que nos vem do Direito Romano.

12. Na lição de CLOVIS BEVILACQUA, a fundação

“é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, ou, como se lê na Teoria geral, é “um patrimônio transfigurado pela idéia que o põe ao serviço de um fim determinado”. — (*Código Civil Comentado*, vol. I, pg. 230).

E observando que as fundações se distinguem das sociedades, associações ou corporações, pelo fato de que as primeiras são bens dotados de vida jurídica e as outras são agregados de pessoas naturais, indica ainda CLOVIS BEVILACQUA as condições essenciais à existência de uma fundação, segundo a lei civil

“Para a existência da fundação, fazem-se necessários os seguintes requisitos: a) um patrimônio composto de bens livres no momento da constituição; b) o ato constitutivo ou a dotação, que deverá constar de escritura pública ou testamento; c) a declaração, nesse ato, do fim especial, a que se destina a fundação; d) estatutos, que atenderão às bases deixadas pelo instituidor; e) uma administração”. — (*Ob. cit.*, pg. 230, art. 24).

13. A ficção jurídica das fundações se aplicava, no direito romano clássico, aos templos e organizações religiosas e com esse objetivo passou para o direito post-clássico e para a época medieval. A esse respeito refere MATTOS PEIXOTO que as fundações eram

“no direito clássico, somente alguns templos ou divindades pagãs; no direito post-clássico, as igrejas, os mosteiros, os hospícios, os hospitais e os estabelecimentos de beneficência (*pia corpora, piae causae, venerabiles domus*)...” — (*Curso de Direito Romano*, tomo I, pg. 336).

14. As origens e a tradição das fundações, instituições a serviço da religião ou da beneficência e a sua independência da vontade individual, sujeita apenas sua administração às regras dos próprios estatutos, — tornaram-nas especialmente recomendáveis para a administração de empreendimentos que pudessem contar com a colaboração pecuniária particular que não visasse objetivos de ganho, tendo apenas em vista fins marcadamente sociais. Já os americanos a empregam largamente na esfera particular, e as *foundations* são comuns nos Estados Unidos, como criações daqueles que, enriquecidos nas atividades mercantis, desejam perpetuar o seu nome ligando-o a uma iniciativa filantrópica ou de interesse científico. Por isso, tanto no campo da assistência social como no da educação, são numerosos os patrimônios personalizados em Universidades, Colégios, Institutos Científicos ou Fundações beneficentes.

15. Entre nós, embora em grau restrito, as fundações têm existido, prevalecendo em regra as de finalidades pias — amparo à infância, à velhice, ou aos enfermos — e originando-se exclusivamente, como nos demais países, de atos de vontade particular. Em data recente, porém, tomou o Governo a iniciativa da criação de uma fundação visando fins políticos e administrativos, a Fundação Brasil-Central, instituída por decreto-lei (n.º 5.878, de 4 de outubro de 1943), cujo artigo primeiro assim dispôs:

“Fica o Governo Federal autorizado a instituir, com patrimônio próprio, uma fundação denominada “Fundação Brasil-Central”, destinada a desbravar e colonizar as zonas compreendidas nos altos rios Araguaia, Xingú e no Brasil Central e Ocidental”.

16. A leitura da lei institucional dessa nova Fundação evidencia, porém, que embora a mesma se traduza num patrimônio personalizado, regido por estatutos aprovados pelo Presidente da República, e, portanto, sob esse aspecto, uma verdadeira fundação, nela existem entretanto características próprios das autarquias. Assim, de sua administração participará uma Junta de Controle nomeada pelo Governo para fiscalizá-la, sem prejuízo do controle normal a que a lei civil submete as fundações, isto é, da fiscalização do Ministério público local. E mais ainda: nos termos do art. 5.º, *in fine*, prevê a lei que:

“ser-lhe-ão reconhecidos os privilégios atribuídos às instituições de utilidade pública e aquêles que em matéria de comunicações, transportes e sêlo assistem às autarquias federais”.

17. Achamo-nos pois em face de nova modalidade de delegação administrativa com a revivescência das *fundações civis* às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um tipo de administração que, desde logo, poderemos qualificar de *Fundações públicas*, instituídas pelo próprio Estado e em oposição às *fundações civis* que seguem as regras do Código Civil sem qualquer alteração.

18. Conforme observamos de início, tanto as sociedades de economia mista quanto as novas *fundações públicas* são meios de evasão da direção ou

do controle rígido da máquina estatal, do mesmo modo que representam a experiência, entre nós, da associação do Estado ao particular, seja na busca de resultados econômicos, seja na consecução de fins científicos ou sociais. Observemos pois o desenrolar dessas experiências e aguardemos os seus resultados, certos de que a tarefa da administração multiforme do Estado jamais se cingirá aos padrões clássicos e que novas formas constantemente surgirão, buscando sempre atender ao campo cada vez mais dilatado de suas atividades.

Crimes contra a administração pública

Prof. ROBERTO LYRA

(Membro das Comissões elaboradoras dos Códigos Penal, do Processo Penal, Penitenciário e de Menores).

VI

I — Tentativa. II — Elemento subjetivo. III — Peculato de uso. IV — Penas. V — Responsabilidade. VI — Credores do Estado ou do particular. Fiança ou caução. VII — Prestação de contas. VIII — Peculato culposo. IX — Reparação do dano. X — Suspensão condicional da pena.

I — O crime é de lesão. A tentativa é admissível. Por exemplo: o funcionário emite ordem, cujo pagamento é recusado.

II — O dolo no peculato está, geralmente, em *re ipsa*. O fato manifesta, pelo menos implicitamente, a vontade de ter a coisa como própria ou de dispor dela como própria.

O sujeito ativo que ou aceita o resultado, apropriando-se, desviando, colocando-se em condições de não poder responder pela prestação devida.

Somente a funcionário pode ser imputado peculato a título de culpa (art. 15, n.º II), quando concorre com imprudência, negligência ou imperícia para o crime de outrem (art. 312, § 2.º).

Trata-se de concurso culposo de funcionário em crime doloso de funcionário ou não.

A culpa, por si só, não caracteriza o crime, limitando-se as sanções à esfera administrativa ou civil.

No Código italiano, a culpa, em hipótese alguma, determina a imposição de pena; o Código argentino pune com multa o concurso culposo (art. 262).

MANZINI adverte o juiz de que, para os réus, quase todos os peculatos são meramente culposos, e não se arreceiou de quebrar a austeridade dogmática de técnico-jurídico para este trocadilho: dizem que as distrações de dinheiro são meras distrações...

Não teria cabimento compreender-se o estranho ao serviço público na modalidade culposa, pois ele tem com o Estado relações de ordem cívica, e não compromissos funcionais.

III — Não constitui crime o uso temporário do bem, quando não importa apropriação ou desvio, mas apenas inversão precária do uso.

O Código não previu o chamado peculato de uso, o qual implica somente sanções civis ou administrativas (arts. 225, n.º II, 227, ns. I e II, art. 227, parágrafo único, n.º I e 339, n.º IV do Estatuto).

Sem apropriação, ou desvio doloso (salvo a hipótese do concurso funcional culposo), não há crime de peculato.