

A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

II

DO SERVIÇO PÚBLICO

(Continuação)

A intervenção do Estado e a noção do serviço público. — O Estatismo: noção — vantagens e inconvenientes. — As Corporações — descentralização administrativa — autarquias — teorias diversas. — Descentralização institucional — as autarquias e a sua aplicação em nosso sistema administrativo — teorias diversas. — Tito Prates da Fonseca — Santi Romano — Bielsa — Os "établissements publics" do direito francês. — Os serviços concedidos — natureza. — A Economia Mixta — a sua aplicação e a organização das empresas mixtas. — Outras formas de colaboração dos particulares — Conclusão.

Fixadas no número anterior as noções gerais sobre o serviço público e definida a sua posição dentro das atividades e finalidades do Estado, cumpre agora desenvolver as teses que se relacionam com as diferentes formas por que se podem revestir aquelas atividades.

Vimos que a noção do serviço público varia de país a país, no tempo e no espaço, que o seu conceito obedece a condições econômicas e ideologias políticas em que o Estado se apresenta como detentor de maior ou menor soma de poder. Assim, em primeiro lugar, a medida da intervenção do Estado na vida individual, nas atividades individuais, constitue um índice, um elemento a ser levado em consideração na definição do serviço público.

A medida dessa intervenção obedece, por sua vez, a condições de ordem econômica, a fatores de

natureza política, a eventos imprevisíveis, que exigem, em um dado momento, a intervenção do Estado, controlando, fiscalizando e até chamando a si, atividades normalmente compreendidas na esfera individual.

Crises, guerras, catalismas, são outros tantos fatos extraordinários que impõem essa intervenção; orientação política, doutrinas econômicas, são consequência de situações de fato que servem de fundamento àquelas doutrinas e orientações.

Já tivemos, em outra oportunidade, ocasião de mostrar como a medida da intervenção do Estado na vida individual obedece a uma curva sem fim e que segue um ritmo uniforme, onde as reações se sucedem, ora no sentido do estatismo, ora do liberalismo econômico, dentro do qual se enquadram as doutrinas políticas que se relacionam com a medida da intervenção do Estado.

Ou o Estado intervém num largo setor, absorvendo as atividades individuais e teremos, então, o estatismo, que é o processo que consiste precisamente na "intervenção direta e imediata do Estado e seus órgãos" (1), ou o Estado intervem por intermédio de entidades com menor ou maior autonomia, exercendo, aliás, funções por concessão de delegação do poder público, ou, finalmente, o Estado se associa a particulares para executar serviços públicos.

Verifica-se, já agora, a importância do primeiro capítulo desta série de artigos, aquele relativo aos serviços públicos, no qual ficaram traçados os diferentes conceitos que podem ser atribuídos aos serviços públicos e a relatividade de sua aplicação, no tempo e no espaço.

(1) ROGER BONNARD — *Syndicalismo, Corporativismo, Estado Corporativo* — ed. brasileira — 1938.

Pois, bem; a noção do serviço público varia não somente em razão da medida da intervenção, da forma pela qual ela se realiza, mas também em razão das pessoas que exercem as atividades compreendidas nessa definição.

O ESTATISMO — pode se considerar ou como forma genérica de uma intervenção intensiva do Estado em todos os domínios, ou, em sentido restrito, como forma de intervenção do Estado pelos seus órgãos. Constitue êsse regime uma reação contra as soluções liberais impostas por condições peculiares à economia moderna e ao desequilíbrio da economia interna de quasi todos os países. (2)

O Estatismo tem uma velha história e fundamentos doutrinários muito diversos. No antigo Egito, na Grécia, especialmente em Sparta, em Roma, até às formas contemporâneas da direita e da esquerda, em todos os tempos verificam-se períodos em que o estatismo se apresenta como forma de salvação pública e de felicidade.

Sob o regime estatista verifica-se uma centralização de funções na pessoa do Estado; por isso mesmo, a noção do serviço público torna-se mais ampla, nela se compreende maior número de serviços por isso que, explorados pelo Estado, êles se convertem, necessariamente, em serviços públicos. Assim, sob o ponto de vista da pessoa que o explora, pode-se também definir o serviço público.

A complexidade maior das funções do Estado o levou a uma organização administrativa que permitisse o funcionamento perfeito dêsses serviços, sem afetar o aparelhamento burocrático e evitando, ao mesmo tempo, a burocratização dos serviços.

Ocorre, nesses casos, uma descentralização funcional que se opera dentro de um mesmo serviço, por meio de uma distribuição de funções a órgãos autônomos, mas integrados dentro de um sistema traçado, regulamentado e cujo funcionamento é controlado pelo Estado.

Conseguiu-se, por essa forma, contornar as dificuldades e os inconvenientes da descentralização em sua forma clássica, primitiva, inconvenientes que consistiam, antes de tudo, na dispersão dos serviços e diluição da autoridade, por numerosos órgãos descentralizados.

As formas clássicas de descentralização territorial, que deram lugar a tão interessantes debates, principalmente no princípio do século passado, ressentiam-se, efetivamente, de graves inconvenientes, tão bem salientados por Uruguay em seus admiráveis ensaios de Direito administrativo.

Desde que, porém, a experiência dos sistemas administrativos permitiu conjugar os princípios da unidade política com o da descentralização administrativa, tornou-se possível também conciliar os interesses do Estado com as estruturas administrativas modernas que permitem uma distribuição mais eficaz do trabalho.

Assim, constituíram-se dentro do Estado, subordinados a êle, mas gozando de relativa autonomia administrativa, entidades autárquicas destinadas a executar êste ou aquele serviço público. Empresas de navegação, institutos de crédito, caixas diversas, órgãos controladores da economia, se foram organizando atribuindo-se-lhes a execução em nome do Estado, mas dentro de um regime de relativa autonomia, serviços que só pelo Estado devem ser executados.

Separados do aparelho propriamente burocrático do Estado, a criação dêsses órgãos autárquicos permite conciliar o regime da intervenção com o problema da organização administrativa.

Evita-se, por certa forma, a sobrecarga do aparelho burocrático, o emperramento dos órgãos da administração pública, sujeitos a uma rotina incompatível com certas atividades de natureza técnica.

Daí, portanto, duas vantagens da descentralização institucional por meio da organização das autarquias:

- a) o descongestionamento da máquina do Estado.
- b) maior maleabilidade na administração e execução de serviços técnicos (econômicos, financeiros, industriais).

AS CORPORAÇÕES. — Tratando-se de descentralização e da organização das autarquias, seria imperdoável deixar de referir a existência de uma corrente favorável a uma descentralização ainda maior por meio da substituição da influência direta do Estado pela dos interessados diretos na execução dos serviços a cargo das autarquias.

Êsses interessados estariam presentes pelas corporações, órgãos representativos de atividades sociais ou econômicas.

(2) Ver BIELSA — *Ciencia de la administración* — 1937 — pg. 79.

Já tivemos oportunidade de mostrar (3) como essa tendência para constituir órgãos autárquicos com a representação das corporações, exprime uma reação contra o estatismo, centralizador e autoritário, entregando-se aos interessados, sob o controle do Estado, a administração dessas entidades.

Por isso mesmo, sustentamos a perfeita conformidade das corporações com o Estado democrático, desde que o seu aproveitamento se faça sem quebra da estrutura fundamental daquele regime, dentro de um campo limitado, reservando-se à representação popular nos órgãos políticos, a parte que lhe deve caber. Do aproveitamento das corporações na organização administrativa dissemos alhures, mostrando o papel preponderante que têm na representação das forças econômicas e dos elementos técnicos na constituição dos serviços descentralizados.

O Estado, por certa forma, tira de sobre si uma carga pesada e permite, ao mesmo tempo, emancipar esses serviços do círculo estreito dentro do qual se desenvolvem e trabalham os órgãos burocráticos.

Por isso é que temos de considerar o corporativismo como uma reação contra o estatismo (4).

Esse processo de descentralização caracteriza bem o Estado democrático dentro de sua forma atual, pelas suas manifestações no campo da administração.

BERNARD GENY (5) salienta muito bem esse traço característico, mostrando a interpenetração das atividades particulares na vida do Estado e a evolução do conceito do *imperium* como razão de ser da autoridade do Estado no exercício de sua soberania. A idéia do serviço público substituiu a velha doutrina da "puissance publique" na técnica administrativa.

Pois bem; a organização de corporações, representando os interesses puramente privados na vida administrativa do Estado, pode constituir um grande fator na transformação dos processos de descentralização administrativa.

E' bem verdade que não seria possível atribuir às corporações caráter puramente de direito privado, isolando-as do sistema administrativo.

A nossa Carta Constitucional de 1937 declara mesmo a sua natureza de direito público, mas isso se explica perfeitamente pela necessidade, não somente de integrar esses órgãos no organismo político da nação, mas ainda de ampliar o conceito da pessoa jurídica, como veremos, atendendo ao ponto de vista funcional, considerando a finalidade e o papel desempenhado por essas corporações no conjunto do sistema.

O essencial é que a constituição desses órgãos se realize de fora para dentro, por meio de uma colaboração mais íntima das atividades privadas na vida do Estado, com o aproveitamento do tirocínio e da experiência de homens estranhos à administração nos negócios públicos que interessem diretamente a vida econômica e social que o Estado deve proteger e amparar.

As corporações, são portanto, órgãos constituídos pelos interessados nas atividades econômicas, estranhos ao aparelho burocrático e político do Estado, mas que se constituem e organizam sob a sua proteção para atingir os mesmos fins.

AUTARQUIAS — Com uma expressão política menor, interessando mais diretamente os serviços públicos propriamente ditos, na feliz expressão de BIELSA, destacam-se por vezes do organismo do Estado repartições administrativas que podem ter vida financeira e administrativa própria. São as chamadas autarquias, órgãos autônomos, vivendo em consequência de uma outorga especial do Estado que lhes dá vida e organização, gozando de vantagens e privilégios da administração, mas podendo se movimentar mais livremente dentro de um campo de amplitude variável, de acordo com a natureza do serviço que explora e a medida de concessão dada previamente pelo Estado.

São entidades que gozam de auto-administração, segundo a sua origem graga "*autarkia*", que, como nota BUONDI, em uma nota apresentada à R. Academia de Ciências de Torino em 1927, não se compreende como *autarquia*, que significa bastar a si próprio, sentido mais nitidamente econômico. (6)

Mas, essa auto-administração outorgada pelo Estado e exercida quasi sempre por meio de funcionários nomeados pelo Estado, não tira aos serviços realizados por esses órgãos o caráter de

(3) *Sindicalismo, Corporativismo, Estado Corporativo*, de ROGER BONNARD, com prefácio e anotações nossas.

(4) ROGER BONNARD — *Sindicalismo, Corporativismo, Estado Corporativo*, nosso prefácio, pg. X.

(5) *La collaboration des particuliers avec l'administration*, pg. 36 e segs.

(6) Apud. C. VITA — *Diritto Am.* I. pg. 123, nota.

serviço público, antes bem os caracteriza porque esses órgãos têm precisamente por fim executar serviços públicos por meio de uma descentralização que, como já dissemos, permite maior liberdade em seus movimentos.

Um breve exame da sua natureza jurídica mostrará a procedência dos nossos argumentos. Reproduzimos, por isso mesmo, o que já tivemos ocasião de escrever sobre este assunto. (7)

A última forma de descentralização, e que constitui o processo mais lógico para estabelecer a autonomia administrativa dos órgãos descentralizados, é aquela que consiste em atribuir uma individualidade definida a determinados ramos da administração pública, revestindo-os de uma personalidade jurídica peculiar.

Existe aparente contradição entre as funções dessas entidades, especificamente estatais, e essa autonomia administrativa em tudo quando diz respeito aos seus negócios internos, com a capacidade de ser sujeito ativo ou passivo de obrigações, independentemente da intervenção dos órgãos que sobre elas exerce a tutela.

Daí decorrem, em grande parte, as dificuldades na qualificação dessas entidades, denominadas entes autônomos, autarquias, órgãos paraestatais.

A multiplicidade de suas finalidades, a complexidade dos elementos que intervêm no seu funcionamento, as variadíssimas formas de sua organização, constituem outros tantos elementos característicos das diversas modalidades de órgãos de administração autônoma. (8)

(7) *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. — 2.^a edição — 1938 — 1.^o vol., pg. 122.

(8) A organização dos órgãos de administração autônoma tomou, especialmente na Itália, nestes anos, desenvolvimento muito peculiar ao regime ali vigente. Pode-se atribuir este fenômeno à circunstância de que, sendo o regime facista eminentemente centralizador foi preciso satisfazer às exigências da descentralização administrativa sem ferir o regime político centralizado, que é uma imposição dos governos unipartidários.

O grande desenvolvimento dos estudos jurídicos na Itália acompanha todas as instituições novas, que trazem necessariamente, assim, uma numerosa contribuição científica de valor inestimável para a prática das instituições. Dentro dessas tendências processou-se igualmente, o estudo das instituições administrativas autônomas, provocando divergências doutrinárias que procuraremos referir nesta nota, com a indicação das principais obras e estudos realizados naquele país sobre o assunto:

Em um interessante trabalho publicado na *Rivista di Diritto Pubblico*, ano de 1935, páginas 537 e seguintes, GIOR-

Ha, porém, um traço que se nos afigura peculiar às autarquias, e que é a sua individualidade orgânica e funcional, qualquer que seja a sua estrutura ou a forma de intervenção do Estado na sua criação.

Sempre, as autarquias apresentam-se com uma personalidade própria e uma organização interna compatível com a natureza técnica do serviço que visa executar.

Assim, a Ordem dos Advogados, tratando-se de um órgão de classe, tem uma organização tipicamente corporativa, os seus fins interessam mais à pessoa do que ao patrimônio, regula relações e interesses de classe.

A Caixa Econômica, que é um instituto cuja finalidade é facilitar ao povo a economia, a poupança e a constituição de pecúlio, tem uma feição bancária, transformando-se pouco a pouco em um instituto de crédito hipotecário, afim de poder movimentar os elevados depósitos ali constituídos. As Caixas de Pensões e de Aposentadorias, e os Institutos de Previdência, são verdadeiras organizações de seguro, e assentam-se sobre os mesmos dados técnicos que orientam as empresas particulares.

Além destes, ainda citamos o Departamento Nacional do Café, o Instituto do Açúcar e do Alcool, a administração autônoma do Cais do Porto do Rio de Janeiro, o Lloyd Brasileiro, elevados à

GIO CAMMAROSANO faz referências aos seguintes estudos e respectivas tendências com relação à definição dos chamados entes paraestatais:

MAURO — *Sul concetto di Ente parastatale — Rivista di Diritto Pubblico*, vol. de 1928, I, pag. 206 e seguintes, que considera essas entidades como subsidiárias do Estado, desempenhando um serviço público mas não podendo ser tidas como entes públicos puros.

GIROLA — *Enti parastatali — Studi Urbinati*, 1929, que atende para caracterizá-los à severa vigilância que sofrem por parte do Estado.

AMORTH — *Contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi Urbinati* 1931, que considera o assunto mais sob o ponto de vista financeiro.

CORSO — *Lo Stato Fascista* — Considera o exercício das funções que lhe são peculiares como verdadeira delegação de funções do Estado.

VADALA — *L'ente parastatale nell'ordinamento giuridico italiano in Gurr. Italiana*, 1931, IV, pag. 89 e seguintes, considera os seguintes característicos dos entes paraestatais: 1) exercem funções delegadas; 2) têm escopo social; 3) têm as suas atividades reguladas exclusivamente pela lei.

UGO FORTI — em um valioso trabalho publicado igualmente na *Rivista di Diritto Pubblico*, 1934, vol. I, pag. 245, procura demonstrar, e o faz com a sua incontestável autori-

categoria de órgãos autárquicos, mas cada qual com a sua organização comercial ou industrial técnica e compatível com a natureza dos negócios que visa explorar.

Mas, embora a sua feição interna aproxime-se muito da dos institutos de direito privado, as suas relações com o Estado exigem que se leve em consideração, no exame de sua estrutura e transações, a parcela do *jus imperium* que adquirem, pelo fato daquelas relações.

E' preciso, por isso mesmo, examinar a questão, levando-se em conta menos aqueles traços comuns de tais instituições com o direito privado, do que as peculiaridades que lhes dão o traço característico, diferencial, e que, afinal, é o que fixa de maneira definitiva a natureza do instituto.

A estrutura jurídica, a personalidade autónoma, de nada valem para caracterizar a instituição, diante de sua composição, sua subordinação direta aos órgãos da administração pública, sua finalidade imediata para um serviço público rea-

lizado pelo Estado, e que só pelo Estado poderia ser executado.

Estes são os traços diferenciais dos órgãos criados pelo Estado, com o fim de preencher, dentro de um regime de relativa *autonomia de organização*, um serviço público, controladores, ora do exercício de profissões, ora da própria economia, limitando e restringindo a produção e a venda dos produtos que servem de fundamento à riqueza do País.

O que se verifica, portanto, é um fenômeno de descentralização administrativa por serviço, descentralização que se realiza por meio de órgãos financeiramente autônomos e cuja vida interna depende dos seus dirigentes, mas que sofrem diretamente a superintendência do Estado, quer pela intervenção imediata dos membros do Govêrno (Ministros de Estado), quer pela subordinação dos diretores d'esses órgãos à administração pública, visto serem nomeados pelo próprio Govêrno.

Ha, efetivamente, em alguns d'esses Institutos, principalmente nos de classe, uma delegação dos interessados, eleitos como são os diretores pela própria classe; mas, neste caso, ter-se-ia de atender, para caracterizar o sistema, à natureza do serviço público que exercem em nome do Estado.

Como demonstra TITO PRATES DA FONSECA, em uma excelente monografia (9), "autarquia nasce da concessão de sua personalidade jurídica pelo poder público — Estado federal ou Estado federado — que destaca de si mesmo, por assim dizer, de sua substância administrativa, um departamento, ou organiza um serviço a quem confere essa personalidade. As outras entidades a que a lei civil confere personalidade, criam-se pela vontade de um ou mais indivíduos, que, si intentam a realização de algum fim de ordem pública, e não privado, só o podem conseguir por uma concessão, por uma delegação, por um reconhecimento do poder público. É essa concessão, essa delegação, êsse reconhecimento não constituem personalidade. A personalidade jurídica destas últimas entidades é um pressuposto".

A personalidade jurídica de que se revestem tais institutos decorre de sua autonomia financeira, e de serviço; nunca, porém, se lhe poderia atribuir o caráter estritamente de direito privado.

A sua autonomia importa na sua representação

(9) *Autarquias administrativas*, pg 72.

tação própria, na possibilidade de preencher as suas finalidades, pelos seus órgãos, dentro dos limites dos seus estatutos e regulamentos, etc.

A autonomia não exclue, entretanto, a tutela, a intervenção do Estado, que pode, por iniciativa e autoridade próprias, até modificar os seus estatutos e tirar a autonomia dessas entidades.

Esta é exercida, assim, *por delegação* da vontade do Estado, a quem compete organizar os seus serviços dentro dos moldes mais eficientes para conseguir os seus objetivos.

E' por isso que SANTI ROMANO (10) define a autarquia de maneira lapidar: "uma forma específica da capacidade de direito público, ou melhor, a capacidade de dirigir os seus próprios interesses, não obstante a intervenção do Estado."

BIELSA (11) entende por autarquia ou entes autárquicos toda pessoa jurídica que, dentro dos limites do direito objetivo e tendo capacidade para auto-administrar-se, é considerada com relação ao Estado, como um de seus órgãos, porque os fins a que se propõe são os mesmos do Estado.

Dáí conclue:

a) que a administração autárquica é administração indireta do Estado, porque a realiza não o Estado, mas uma pessoa jurídica pública, criada pelo Estado em virtude de um direito subjetivo, mas dentro das normas de direito objetivo;

b) que a entidade autárquica não se acha subordinada hierarquicamente a nenhum outro órgão administrativo (Ministério, etc.); ela recebe as suas atribuições diretamente da lei e não de um superior hierárquico. Exerce, assim, as suas atribuições sob sua exclusiva responsabilidade.

c) que a entidade autárquica exerce funções de Estado — este é o seu elemento característico — e assim tem direitos e deveres peculiares, que têm êsse caráter a saber:

Direitos de exercer certos atos de império, impor taxas, ditar ordenanças e regulamentos, etc., e

Deveres de realizar serviços de interesse público, subordinando-se à tutela jurídica e econômica do Estado;

d) que exerce como funções do Estado as que lhe são próprias, isto é, dirige em primeiro lugar os seus próprios interesses, que são, igualmente, interesses indiretos do Estado.

São essas, em resumo, as características, segundo BIELSA, dos entes autárquicos.

E' preciso, entretanto, aceitar com restrições os princípios acima firmados, que não se podem aplicar com rigor a todos os países — e aqui a observação é uma ressalva do próprio autor.

As modalidades que se verificam em todas as legislações, inclusive na do Brasil, não permitem que se lhes fixe um tipo único, dentro do qual se ajustem todas as entidades de administração autônoma.

Mesmo entre nós, elas revestem-se das formas mais variadas, desde as organizações em que o Estado intervem dentro das fórmulas de direito privado, como nas sociedades anônimas, até aquelas em que êle exerce apenas uma tutela, ou mesmo intervem diretamente na organização, na administração e no funcionamento do serviço.

Exemplo muito característico é o da Alemanha. Nesse país, a descentralização administrativa por serviço tomou grande incremento. Os chamados "corpos de administração autônoma" (*Selbstverwaltungskörper*) encarregam-se de executar serviços públicos por delegação. Para isso, o Estado subvenciona e auxilia tais serviços. (12)

Seria longo fazer uma análise, desde as suas origens mais remotas, da natureza de tais organizações, que sofreram depois da guerra uma transformação radical.

A estatização dos serviços públicos, tão em voga naquele país, veio criar para o Estado encargos enormes, o que levou a administração a preferir a direção de tais serviços por um processo mais comercial, dentro dos princípios econômicos de direito privado.

E nesse sentido tem-se orientado a constituição das organizações administrativas autônomas do serviço do Estado, sem perda do controle d'êste último sobre os serviços públicos.

E' preciso, igualmente, não estabelecer demasiadas analogias, entre o nosso sistema e o dos "*établissements publics*" do Direito francês, apesar das semelhanças existentes entre êles e certas organizações administrativas nossas.

A autonomia financeira interna, a nomeação de sua direção e o controle administrativo exercidos pelo Estado, são evidentes pontos de contato; mas diferem dos nossos entes autônomos pela constituição, pela finalidade, que em geral se lhes

(10) *Corso di Diritto Amm.*, pg. 86.

(11) *Derecho Administrativo.*, I., pg. 241.

(12) F. FLEINER — *Droit Administratif Allemand*.

dá, e finalmente pelas peculiaridades de estrutura de cada um, de acôrdo com o regime administrativo.

E' preciso, porém, acentuar que o ponto de semelhança entre as nossas entidades administrativas autônomas e os estabelecimentos de utilidade pública de França está precisamente no fato de que ambos se destacam do organismo geral da administração para constituirem instituições autônomas. (13)

A não ser sob o ponto de vista patrimonial, tudo mais os liga ao Estado.

Estamos, evidentemente, tratando da autonomia administrativa por serviço e não territorial. Esta, no regime federativo, verifica-se dentro da divisão constitucional dos Estados e Municípios.

Em nosso regime administrativo, tais entidades revestem diversas formas, substituindo a administração, exercendo serviços públicos que só pelo Estado podem ser executados:

a) ou como órgãos fiscalizadores das atividades profissionais — Ordem dos Advogados, Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura;

b) ou como diretores da produção e distribuição da riqueza, como — o Departamento Nacional do Café, o Instituto do Açúcar e do Alcool;

c) ou como organizadores de crédito — Banco do Brasil, Caixas Econômicas;

d) ou dirigindo emprêsas industriais como — o Lloyd Brasileiro;

e) ou colaborando na formação da estrutura social do Estado, como os sindicatos;

f) ou assegurando, pelas organizações de Previdência e Amparo Social, a subsistência das classes menos favorecidas e, em geral, dos que trabalham, como os Institutos de Previdência e as Caixas de Aposentadoria e Pensões.

São todos órgãos colaboradores do Estado e acham-se integrados dentro do sistema administrativo do Estado moderno.

No regime da descentralização de serviços, sômente os do primeiro grupo interessam embora não se possa negar aos demais os característicos acima fixados de entidades autárquicas, que integram a estrutura do Estado.

Esta posição de certas organizações administrativas no conjunto das atividades do Estado permite que se lhe atribua a situação de um serviço descentralizado.

Como notam MASTEPIOL e LAROQUE (14) a descentralização do serviço pressupõe, não sômente a personalidade jurídica do serviço, mas também a capacidade dos representantes para praticarem, por autoridade própria, atos de gestão.

Mas essa capacidade não dispensa a tutela do poder público sôbre a sua existência, tutela cuja medida varia de caso para caso, de acôrdo com a natureza da instituição.

Essa tutela é que precisamente constitue o laço de subordinação em que se encontram as autarquias do Estado, subordinação necessária para a boa disciplina de seu funcionamento.

Evidentemente que essa tutela não corresponde propriamente ao seu sentido civil mas define uma incapacidade relativa em relação ao exercício de certas funções essenciais à própria vida do órgão autárquico.

Nestas pequenas notas não cabem maiores considerações.

Procuramos apenas, aqui, fixar a posição dos diversos órgãos que executam serviços públicos.

AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO — Outra modalidade de execução dos serviços públicos é aquela que se exerce por meio de delegação, de concessão ou outorga de favores, vantagens, privilégios de fato e de direitos em tôrno da prestação de certos serviços.

Por meio da concessão, particulares executam serviços públicos. Mas o Estado não abdica do direito de regulamentar êsses serviços.

Modificar as condições, alterar as tarifas, fiscalizar o cumprimento das cláusulas contratuais.

Assim, as concessões tendo por fim a execução de um serviço público, importam numa delegação de funções intimamente ligadas ao Estado.

Daí, porém, não decorre a integração das entidades ao Estado, antes correspondem a uma dissociação, constituindo-se o serviço público com caráter autônomo.

Não obstante essa autonomia, o Estado controla o serviço afim de que não se deturpe a sua finalidade maior, que é a de servir ao público.

Daí a situação peculiar a essas emprêsas cujos privilégios e vantagens correspondem às obrigações decorrentes da própria natureza do serviço.

O regime das emprêsas concessionárias tende

(13) ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, pg. 535.

(14) *La tutelle administrative* — Obra coroadada pela Academia de Ciências morais e politicas com o prêmio Odilon Barrot — 1930 — pg. 20.

a uma regulamentação cuja importância e cada vez maior e que tem dado lugar a estudos jurídicos de suma importância (15).

Feita essa referência às concessões, passemos a estudar outra modalidade de serviço público executado pela associação do Estado com particulares.

A ECONOMIA MIXTA — Outra modalidade de execução de serviços públicos é aquela que consiste na participação do Estado como acionista ou sócio nas empresas, juntamente com o capital particular.

É o que se tem denominado economia mixta.

Este é um dos aspectos interessantes da intervenção do Estado porque ele se apresenta tomando uma forma peculiar às instituições de direito privado, dentro da qual pode melhor desenvolver as suas atividades sem as peias inerentes à administração pública.

Já tratamos, no primeiro volume de nosso trabalho "Instituições de Direito Administrativo Brasileiro", das formas de direito público, especialmente das entidades autárquicas, organizações provenientes do isolamento, como instituição autônoma, de certos ramos da administração, que adquirem, por concessão da lei, personalidade jurídica própria, capacidade para ser titular de direitos e obrigações, por intermédio dos seus próprios órgãos dirigentes.

O Estado acionista, porém, é o Estado revestido de todos os característicos da pessoa privada, integrado no regime das leis comerciais, obediente aos estatutos das sociedades anônimas, embora o predomínio numérico, geralmente verificando no capital da sociedade.

O exemplo mais frisante do Estado acionista entre nós, atualmente, é o do Banco do Brasil.

Seguiu o Brasil o exemplo da maioria dos países que organizaram o seu sistema bancário com a participação de elementos estranhos ao oficialismo, mas sob o controle direto de representantes do próprio Estado.

A forma que mais favorece essas organizações é precisamente a sociedade anônima.

(15) Sobre este assunto ver o que escrevemos em nossas "Instituições de Direito Administrativo Brasileiro" — 2.^a edição — 2.^o volume — pg. 300 a 384, onde se encontra também abundante bibliografia.

O Banco do Brasil constitui-se por esta forma, sendo a maioria dos seus diretores nomeados pelo Governo, ou diretamente ou pela sua preponderância na assembléia dos acionistas, portador que é da grande maioria das ações.

Verifica-se, desta maneira, o que os autores chamam de participação financeira majoritária, porque a participação do Estado facultava-lhe um controle financeiro quasi absoluto. (16)

Observa REUTER (17) que a sociedade anônima representa aparentemente um tipo ideal para tornar efetiva essa participação financeira do Estado com os particulares, porque, "os seus órgãos essenciais são coletivos e permitem, por isso mesmo, dividir comodamente os elementos de influência entre a administração e os particulares, participantes da sociedade: cada um nomeará um certo número de representantes incumbidos da defesa de seus interesses. No conselho de administração, órgão essencial encarregado da direção da empresa, um certo número de administradores serão nomeados pelo Estado, os outros pelos acionistas; nas assembléias, o Estado terá representantes que terão assento lado a lado com os acionistas."

Nota, porém, aquele autor que esta construção tem apenas um caráter ideal, porque, na realidade, o Estado tendo uma finalidade social, absorve as atividades dos acionistas e transforma a sociedade em uma empresa de serviço público. É igualmente a opinião de CHERON, que considera a ação do Estado como absorvente, eliminando pela sua influência preponderante toda iniciativa particular. (18)

(16) PAUL REUTER, *La société anonyme au service des collectivités publiques*, pg. 35: "Les participations financières majoritaires constituent des règles commerciales lorsqu'une seule collectivité publique possède la totalité ou la quasi totalité des actions et, par conséquent, des pouvoirs. L'avantage que l'administration peut trouver à constituer des entreprises sous cette forme est d'être affranchie des règles de droit public. Elle fera des actes de commerce, sera dispensée des formalités concernant les contrats administratifs, la comptabilité publique etc. Que cette liberté extrême donnée à l'Administration soit fâcheuse, on a pu le prétendre".

(17) REUTER, op. cit., pg. 25.

(18) *De l'actionariat des collectivités publiques*, pg. 419, apud REUTER, op. cit., pg. 31: "L'étude impartiale des faits démontre tant en France qu'à l'étranger, que dans toutes sociétés avec particuliers pour une œuvre économique d'intérêt général, la puissance publique a une tendance à devenir économique et à s'emparer de la direction de l'entreprise".

EMILE JAMES, expende, porém, observações de todo diferentes, mostrando os benefícios desta forma de emprêsas mixtas, quer sob o ponto de vista do interêsse particular, cujas atividades são largamente aproveitadas pelo Estado, quer ainda pelo grau de prosperidade econômica a que frequentemente atingem. (19)

A outra forma de intervenção, ou melhor, de participação preconizada por alguns é a "participação minoritária". Nesta, o Estado participa com a minoria das ações; deixa, por isso mesmo, de ter a preponderância na administração e na designação ou eleição dos órgãos diretores.

Desta forma, o Estado não somente contribue para a vida e desenvolvimento da emprêsa com o seu auxílio financeiro, mas ainda tem a possibilidade de exercer maior contrôle do que se ficasse inteiramente estranho à organização da emprêsa. É o que se pode chamar de contrôle interno, porque êle se realiza legalmente pelo associado, atendendo unicamente a essa sua situação.

A lei francesa de 30 de outubro de 1935 organizou o contrôle do Estado sobre os sindicatos, sociedades e associações de toda natureza que dependem do concurso financeiro do Estado, sob a forma de empréstimo, adiantamentos, participação ou garantias de juros.

O aludido decreto procurou, antes de tudo, sistematizar as regras e as normas a serem observadas com relação a todas as emprêsas incluídas naqueles casos acima enumerados. Estabelece o Estado, desta maneira, um regime igual e equitativo para todos e que compreende uma severa fiscalização interna da vida e da administração das mesmas emprêsas.

(19) EMILE JAMES, *Les formes d'entreprises*, pg. 497: A tese desse autor é de muito interêsse, sob o ponto de vista doutrinário, porque procura êle demonstrar que o sistema de economia mixta não tem o caráter socialista. Nem é mesmo uma forma estatista, aplicando-se de preferência às emprêsas anteriormente vivendo sob o regime da subvenção. As sociedades de economia mixta com a participação dos particulares e do Estado, acham-se generalizadas, encontrando-se tanto na França, como na Italia, como na Alemanha, como na Russia (Torgs). A simples admissão dos particulares constitue uma transigência com os princípios estatistas, que poderia o Estado dispensar, desde que fôsse orientado exclusivamente por um princípio socialista.

Os elementos que traz o autor para o exame da questão convencem da procedência de sua argumentação, porque acha-se baseada em farta documentação e exemplos colhidos nos diversos países onde o sistema tem sido aplicado.

Desnecessário é o desenvolvimento desta matéria, interessante sob todos os pontos de vista, mostrando especialmente as diversas aplicações do sistema na Alemanha, na França, na Itália e as grandes emprêsas que foram organizadas dentro daquele sistema. Remetemos para isso às obras acima enumeradas.

OUTRAS FORMAS DE COLABORAÇÃO. — As subvenções, as garantias de juros, a declaração de utilidade pública, a simples autorização, constituem modalidades novas, outros meios do Estado descentralizar os seus serviços, atribuindo a terceiros a sua exploração.

Como observa B. GENY (20), a colaboração dos particulares com a administração os aproxima, estabelece entre êles um laço muito íntimo, que importa, afinal, na integração dessas atividades nas do Estado.

Por esta forma, a colaboração de um grande número de individuos com a administração corresponde a uma necessidade do próprio serviço que, por certa forma, torna o desenvolvimento técnico indispensável ao seu bom funcionamento.

Essa colaboração toma aspectos os mais variados, que serão mais desenvolvidamente estudados quando tivermos de examinar a situação desses colaboradores perante o Estado e a natureza jurídica da função pública que desempenham.

CONCLUSÃO — Este capítulo vem, assim, desenvolver aquele já publicado, onde definimos o serviço público. Aquí, o desdobramento da noção dá maior precisão aos conceitos já emitidos e explica a origem da confusão que se tem estabelecido em tôrno do assunto. Serviço público é uma idéia geral: ela se modifica, porém, e se adapta às diversas aplicações de acôrdo com a organização administrativa de cada Estado.

Entre a repartição administrativa e a emprêsa concessionária ou de utilidade pública, existem gradações diversas e correspondentes aos diferentes graus de integração do serviço no organismo do Estado.

Essas noções gerais precisam ser bem definidas porque delas é que vamos tirar as distribuições entre as numerosas categorias de funcionários e o regime jurídico a que devem obedecer.

(20) *La collaboration des particuliers avec l'administration.*