

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

AMÉRICO L. MASSET LACOMBE

“La forme ne peut influer sur le fond quand elle n’a été choisie que pour des raisons de commodité.”
— CLAUDE DUCOULOUX, citando o fundamento da decisão do Conselho de Estado da Itália.

A Constituição Federal de 1946 estabelece no seu artigo 31, n.º V, letra a, o princípio da imunidade tributária recíproca, vedando à União, aos Estados e aos Municípios lançar impostos sobre bens, rendas e serviços uns dos outros. É evidente que tal imunidade alcança não só as entidades públicas ali mencionadas expressamente, como também aquelas outras que nada mais são do que meras projeções da personalidade pública da União, dos Estados, ou dos Municípios. Referimo-nos às *autarquias*, às *empresas públicas* e às *sociedades de economia mista*. No que concerne às primeiras pouco há a ser discutido, uma vez que é entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência (Súmula 73) estarem elas beneficiadas pelo princípio da imunidade tributária recíproca. Quanto às duas últimas tal não ocorre, pois o Supremo Tribunal Federal tem declarado que “as sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do artigo citado da Constituição Federal” (Súmula 76).¹

AMÉRICO L. MASSET LACOMBE — Advogado em São Paulo (Escritório Davids e Freire).

1) *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, publicada em setembro de 1964. Súmula 73: “A imunidade das autarquias, implicitamente contida no artigo 31, V, a, da Constituição

A Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, manteve o mesmo princípio no artigo 2.º, n.º IV, letra a, determinando no § 1.º que a imunidade tributária recíproca é extensiva às autarquias tão somente no que se refere ao patrimônio, à renda, ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes, para no § 2.º declarar que a mesma imunidade não é extensiva aos serviços públicos concedidos. Tais disposições, no entanto, não modificam em nada a situação das sociedades de economia mista, primeiro porque a distinção que existe entre elas e as autarquias é formal, sendo ambas meras projeções do Estado e, em segundo lugar, porque o serviço público executado por elas não é nem pode ser considerado serviço público concedido.

Antes de entrarmos no estudo das sociedades de economia mista será conveniente tecermos algumas considerações acerca do princípio da imunidade tributária recíproca.² Esse princípio foi construído pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1819, no caso *McCulloch versus Maryland*³. No entanto, poucos se lembram que esse julgado foi provocado por uma sociedade de economia mista, o *United States Bank*,⁴ considerado imune a impostos, por ser instrumento de execução dos poderes constitucionais da União. No Brasil, o erro jurisprudencial, já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, decorre de conceituação errônea do que seja sociedade de economia mista, gerando, como consequência, uma errônea fixação da sua natureza jurídica. Pretendemos adiante precisar o conceito para em seguida

Federal, abrange tributos estaduais e municipais". *Súmula 76*: "As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do artigo 31, V, a, da Constituição Federal."

- 2) Veja-se a respeito ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio: Forense, 1951, págs. 57 e seguintes.
- 3) ALIOMAR BALEEIRO, Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, pág. 312.
- 4) *Veja-se Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, in February Term, 1819*, H. WHEATON, vol. IV, pág. 314, que reproduz todo o julgamento.

fixar a natureza jurídica dessas entidades públicas tão discutidas. Antes, no entanto, devemos tecer algumas considerações a respeito da noção de Direito Administrativo e serviço público.

O DIREITO ADMINISTRATIVO E A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A revolução industrial fêz nascer a necessidade de intervenção do estado na ordem econômica. Verificou-se, então, o aparecimento, ao lado do estado-govêrno, do estado-administração. O advento das atividades administrativas do estado deu lugar à formulação do Direito Administrativo que, ao lado do Direito do Trabalho, pode ser considerado a mais relevante consequência no plano jurídico da evolução social. Ampliou-se, por conseguinte, o conceito de manutenção da ordem pública, que culminou com a intervenção na ordem econômica. Essa intervenção não pode mais ser contestada, pois decorre do interesse geral. A Constituição Federal de 1946 consagra, no seu artigo 146, o princípio da intervenção, facultando à União, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, com base no interesse público. A intervenção, no entanto, será limitada aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. MIGUEL REALE salienta a necessidade de socialização do progresso, que significa garantir a todos equitativas oportunidades materiais e culturais, de maneira que cada um possa realizar sua autêntica e real vocação.⁵ O estado deve ser o guia, o mentor da sociedade, planejando e orientando, estimulando e intervindo, encampando e monopolizando, quando tais medidas forem do interesse público.

O Direito Administrativo refletiu, assim, a derrogação do conceito liberal do século XVIII que admitia o estado como pessoa jurídica de direito privado. A finalidade do Direito Administrativo é tutelar o interesse público e, para

5) *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963, págs. 173 a 176.

dar cumprimento a essa missão, é êle um direito de desigualdade, tal qual o Direito do Trabalho. BIELSA conceitua o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas positivas e de princípios de direito público de aplicação concreta à instituição e funcionamento dos serviços públicos e, por conseguinte, ao contrôlle jurisdicional da Administração pública.⁶ TEMÍSTOCLES CAVALCANTI define o Direito Administrativo como “o ramo do direito público que regula a estrutura e o funcionamento da administração pública, bem como dos organismos criados para executar os serviços públicos; regula, também, as relações entre a administração e terceiros, quando vinculadas às finalidades próprias dos serviços públicos”.⁷ Podemos definir o Direito Administrativo como o conjunto de regras e instituições de direito público que regula a estrutura e o funcionamento da administração pública na execução dos serviços públicos.

Vemos, por conseguinte, a importância da noção de *serviço público* para a compreensão do problema do Direito Administrativo. GASTON JÈZE chegou mesmo a defini-lo como o conjunto de regras relativas ao serviço público.⁸ BIELSA distingue os serviços públicos próprios — prestados pelo estado direta ou indiretamente — dos impróprios — prestados por particulares, sem concessão, por mera autorização.⁹ Só nos interessa fixar a noção de serviço público próprio, ou seja, aquêle prestado pelo estado, de forma direta ou não. No entanto, não é fácil fixar com precisão o que seja serviço público, pois sua noção varia no tempo e espaço, de acôrdo com as necessidades de intervenção e o regime político adotado. Podemos, no entanto, afirmar que ser-

6) *Compêndio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: *Roque Depalma*, 1960, 3.ª edição, pág. 1.

7) *Tratado de Direito Administrativo*, Rio: *Freitas Bastos*, 1956, 3.ª edição, vol. 1, pág. 14.

8) *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tradução de JÚLIO MILLÁN ALMAGRO, Buenos Aires: *Editorial Depalma*, 1948, vol. I, pág. 1.

9) *Los Servicios Públicos*, apud TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *op. cit.*, vol. II, pág. 51.

viço público é todo aquêê, que em época certa, num determinado estado, é executado diretamente ou não pelo poder público, com o fim de atender às necessidades públicas. Temos, por conseguinte, dois elementos nessa definição: um *elemento objetivo*, a necessidade pública; e um *elemento subjetivo*, a presença do estado.

O serviço é prestado pelo estado de forma direta ou indireta. A execução é direta quando o estado se coloca em contato direto com o público que se beneficia do serviço; e indireta quando na relação entre o executante do serviço e a população é colocado um intermediário. O executante do serviço público é, por conseguinte, em qualquer caso, o estado. A execução do serviço público é direta quando exercida pela pessoa jurídica do estado, ficando a execução indireta a cargo das *autarquias*, das *empresas públicas*, das *sociedades de economia mista* e das *concessionárias*. Verificamos, assim, que o estado lança mão de diversas técnicas jurídicas para a consecução dos serviços públicos: ou executa êle próprio o serviço e teremos então a *execução direta*, ou cria um órgão com finalidade de executá-lo (autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista), ou, ainda, concede a exploração do serviço a um particular mediante *um contrato de direito público* (concessão).¹⁰

O CONCEITO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Já vimos que a sociedade de economia mista é, entre outras, uma forma utilizada pelo estado para a consecução dos serviços públicos. Já temos, por conseguinte, um dos elementos de sua definição. O elemento teleológico, isto é, a *execução de um serviço público*. Cremos, no entanto, ser importante, para a formulação precisa do conceito de um instituto qualquer, o estudo de sua evolução histórica.

10) Veja-se a respeito MÁRIO MAZAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 1933.

Histórico

É evidente que, antes de surgir a *sociedade de economia mista*, como fenômeno jurídico, como técnica de execução de serviço público, surgiu a economia mista como fenômeno econômico, isto é, a mera união de recursos públicos com recursos particulares. A própria expressão economia mista nada mais significa do que o fenômeno econômico da aliança de capitais públicos e privados. Para exprimir o entendimento moderno, melhor seria denominar as sociedades de economia mista de *sociedades de serviço público*. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE fixa nos séculos XVII e XVIII na Inglaterra e na Holanda, com as grandes companhias coloniais, a origem da economia mista.¹¹ Tais companhias agiam nas novas terras como verdadeiros órgãos do estado, que se reservava o direito de nomear os altos funcionários, ou então o de aprovar a indicação dos demais sócios. O fenômeno econômico da *economia mista* teve origem na iniciativa do poder público. A forma societária adotada foi a de sociedade anônima, que também tem origem no direito público, sendo progressivamente absorvida pelo direito privado por influência do liberalismo econômico.¹²

No entanto, o grande desenvolvimento da economia mista ocorreu na Alemanha, no final do século XVIII e início do século XIX, quando as comunas tiveram necessidade de se socorrer dos capitais privados para executarem com eficiência os serviços públicos.¹³ Após a guerra de 1914 a 1918 houve grande desenvolvimento dessa forma de execução de serviço público.

11) "Sociedades Anônimas ou Companhias de Economia Mista", *Revista Forense*, vol. 102, pág. 417, apud RUBENS GOMES DE SOUSA, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, pág. 476, e THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*, Rio: Forense, pág. 7.

12) Veja-se RUBENS GOMES DE SOUSA, *op. cit.*, pág. 476, que cita WALDEMAR FERREIRA e BRUNETTI, o qual afirma que "a sociedade por ações é uma criação do direito público".

13) THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *op. cit.*, pág. 9.

A França, que após a guerra adquiriu as províncias da fronteira alemã, desenvolveu inúmeras sociedades mistas que executavam os serviços públicos locais. A Itália desenvolveu grandemente, a partir de 1923, essa forma de execução de serviço público e intervenção, e organizou dois grandes *holdings* de direito público, o I.R.I. (*Instituto per la Ricostruzione Industriale*) e o E.N.I. (*Ente Nazionale dei Idrocarburi*).¹⁴

Os Estados Unidos desenvolveram bastante êsse tipo de sociedade desde 1790, quando HAMILTON fundou o *United States Bank*, como meio de facilitar as operações fiscais do govêrno.¹⁵ O “*New Deal*” fomentou grandemente o seu desenvolvimento e, em 1936, havia nos Estados Unidos cêrca de 90 emprêsas públicas.¹⁶ Recentemente tôdas as emprêsas públicas estão subordinadas a alguma secretaria de estado, salvo, a *Tennessee Valley Authority* e a *Federal Deposit Insurance Corporation*. No Brasil, a primeira sociedade de economia mista criada foi o *Banco do Brasil*. Em 29 de outubro de 1799, o Conde LINHARES, em suas “*Reflexões Políticas*” sôbre o meio de restabelecer o crédito público e assegurar recursos para as grandes despesas do Reino, aconselhou o estabelecimento de um banco público.¹⁷ Segundo AFONSO ARINOS, o Banco foi fundado para fornecer papel-moeda, e foi sôbre êsse papel desvalorizado que se fêz a independência, impulsionou-se o progresso material, consolidou-se a unidade nacional — em uma palavra — constituiu-se politicamente o Brasil.¹⁸ A finalidade que se pensava conferir ao Banco sempre foi a execução de *serviço público*. Assim, foi o Banco do Brasil criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808, no qual o Príncipe Regente ordenava o estabelecimento de

14) A respeito da França e da Itália, veja-se a magnífica obra de CLAUDE DUCOULOUX, *Les Sociétés d'Economie Mixte en France et en Italie*, Paris: R. Pichon e T. Durand Auzias, 1963.

15) Veja-se o já citado parecer de ALIOMAR BALEEIRO, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, pág. 312.

16) Veja-se a respeito ARNOLD WALD, in *Revista Forense*, vol. 152, págs. 519 a 521.

17) Veja-se AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, *História do Banco do Brasil (Primeira fase, 1808 a 1835)*, São Paulo, 1947.

18) AFONSO ARINOS, *op. cit.*, pág. 27.

um banco público,¹⁹ com intervenção do qual se operassem “os saques dos fundos do real erário”, e que em todos os pagamentos que se fizessem à real fazenda seriam contemplados e recebidos como dinheiro os bilhetes do dito Banco público.²⁰ O alvará conferiu ao Banco um poder emissor sem limite e sem contrôlo, e seus estatutos, aprovados pelo referido alvará, estabeleceram: a) a nulidade de penhora ou execução sôbre ações do Banco (artigo VI); b) o poder de emissão de letras ou bilhetes pagáveis ao portador (artigo VII); c) nomeação de diretores pela Assembléa-Geral confirmados por diploma régio (artigo XIII); d) a forma de sociedade por ações e o nome de Banco do Brasil.

Hoje proliferam no Brasil as *sociedades de economia mista*, sendo exemplos típicos o *Banco do Brasil*, a *Fábrica Nacional de Motores*, a *Petrobrás*, a *Eletrobrás*, a *Companhia Siderúrgica Nacional* etc..

As Características das Sociedades de Economia Mista

Para caracterizar uma sociedade como sendo de economia mista, não basta que o poder público subscreva uma parcela de seu capital. Assim, o simples fato de o estado possuir ações de uma sociedade anônima, não faz dela uma *sociedade de economia mista*. Exemplo típico e constantemente citado é o caso da *Cia. Cervejaria Brahma*, da qual a União é grande acionista, e que nem por isso é uma sociedade de economia mista. Mesmo que amanhã, por uma razão qualquer, a União passe a ser acionista majoritária, a *Brahma* continuará sendo sociedade anônima comum.

Vimos, por conseguinte, que dois fatôres são irrelevantes para caracterizar a sociedade de economia mista: a) o fato de o estado ser acionista; b) o fato de o estado ser maio-

19) Alvará de 12.10.1808, in *Coleção de Leis do Brasil de 1808*, Rio: *Imprensa Nacional*, 1891.

20) Veja-se também J. LEÃES SOBRINHO, *O Banco do Brasil — Serviço Público Federal*, São Paulo, 1944.

ritário. BIELSA enumera as seguintes características da sociedade de economia mista:

- ser criada pela lei como serviço público próprio;
- estar sujeita a regime jurídico estabelecido pelo estado; a intervenção estatal não se limita à gestão patrimonial, como a de qualquer acionista privado, mas se estende à organização e ao funcionamento da instituição;
- ter orçamento aprovado pelo poder administrador;
- ter pessoal administrativo designado por ato do poder público.²¹

Para CLAUDE DUCOULOUX o que é primordial na economia mista é a derrogação do direito comum. Baseando-se nos relatórios do "*Jurisclasseur des Sociétés, Lavigne et Pollet*", fascículo 1782, admite a autora que se a participação do estado na administração ou na direção da sociedade não fôr obrigatória, e se ela não fôr proporcionalmente mais importante que a participação financeira, não existirá no caso uma economia mista, mas simples colocação de dinheiro.²² Essa derrogação do direito comum revela o grau de poder de gestão do estado nos negócios sociais.

Creemos que são características de uma sociedade de economia mista: a) criação ou recriação pelo estado; b) execução de serviço público; c) derrogação no direito comum. Esse último elemento merece ser fundamentado. Já verificamos que o fato de o estado ter ou não a maioria de ações é absolutamente secundário. Não se pode definir um instituto jurídico com base em critérios numéricos que exprimem apenas um dado micro-econômico. Temos, portanto, antes de definir o que seja a sociedade de economia mista, que distingui-la das sociedades anônimas das quais o estado é acionista. É grande a confusão que reina nesse

21) *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: J. Lajonane y Cia., 1938, 3.^a edição, tomo II, pág. 375.

22) *Op. cit.*, pág. 79.

campo, tanto na doutrina como nos textos legislativos. Assim, para citar apenas um exemplo, o regulamento do impôsto do sêlo, baixado pelo Decreto n.º 55.852, de 22 de março de 1965, concede isenção às sociedades de economia mista, “assim consideradas as sociedades de cujo capital a União, Distrito Federal, Estado, Território ou Município participe com maioria de ações” (artigo 11, item I, letra a). Tal conceituação, sendo regulamentar, vigora apenas para efeito de isenção do impôsto do sêlo e se justifica pelo fato de o Direito Tributário ser um ramo que considera sobretudo o lado econômico dos negócios jurídicos. Temos de considerar e conceituar, por conseguinte, de forma distinta, êsses dois institutos similares apenas na aparência, a saber, a sociedade de economia mista e a sociedade anônima da qual o estado é acionista.

Sabemos que as atividades comerciais e industriais são peculiares aos particulares, reservadas como regra às pessoas privadas, uma vez que são atividades que lhes são próprias. No entanto, apesar disso, não é vedado ao estado o exercício dessas atividades de natureza econômica, e êle pode, normalmente, como qualquer pessoa de direito privado, concorrer com essas para obtenção de lucros e rendimentos. Assim sendo, o estado participa de inúmeras sociedades mercantis, na qualidade de simples acionista, sem se prevalecer de suas prerrogativas de Poder Público. É o caso, por exemplo, da *Cia. Cervejaria Brahma*, já citado acima. Se o estado cria uma sociedade ou adquire ações ou quotas de sociedade já existente, submete-se como qualquer particular às regras do direito privado. Poderá gerir os negócios sociais caso seja acionista majoritário, ou contribuir para a eleição de um administrador. Será necessário apenas uma lei que autorize a disponibilidade do numerário suficiente para a compra das ações ou quotas. Estaremos, nessa hipótese, diante de uma sociedade anônima comum, que se por acaso executar um serviço público, será similar a uma *concessionária*.

No entanto, se o estado, usando das prerrogativas de poder público, criar uma sociedade, encampar uma já

existente e regular suas atividades por *lei especial*, teremos uma *sociedade de economia mista*, que apenas aplicará a lei das sociedades anônimas como norma supletiva, naquilo que não contrariar a lei especial. O estado poderia, nesse caso, regular essa sociedade de forma totalmente diversa da sociedade anônima, e se não o faz é apenas por comodidade, uma vez que o direito privado já possui forma estruturada e pronta para ser utilizada, não sendo necessário que o estado despenda tempo na elaboração de nova fórmula. Nesse caso, o estado não é acionista comum. Ele se prevalece de seus poderes e impõe forma diversa daquela comumente usada pelos particulares.²³

Permite em alguns casos a existência de um único sócio (sempre o próprio estado), determina que os administradores sejam nomeados por decreto do executivo, em lugar de serem eleitos por assembleia geral, proíbe a perda do controle do capital, proíbe a venda de ações etc.. Como essa sociedade executa sempre um serviço público, está muito mais próxima da *autarquia* do que da *concessionária*, ao contrário do que ocorre na hipótese estudada anteriormente.

A sociedade de economia mista será, então, uma sociedade especial, que se reveste da forma das sociedades por ações, tendo, no entanto, caracteres típicos. Cumpre notar que na aparência as sociedades de economia mista não revelam desde logo a sua natureza, pois a denominação vem geralmente seguida da indicação S. A. ou precedida da palavra *Companhia*, como, por exemplo, *Banco do Brasil S. A.*, e *Companhia Urbanizadora da Nova Capital — NOVACAP*.

Podemos agora pensar em definir o que seja *sociedade de economia mista*. Para nós, nada mais é do que um tipo peculiar de sociedade, criada por lei, regulada por essa mesma lei e de forma supletiva pelo direito privado, podendo ter participação de particulares e tendo por finalidade a execução de serviço público.

23) Veja-se BIELSA, *Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 374.

Do fato de ser necessário haver derrogação no direito comum para caracterizar a sociedade de economia mista, não se deve concluir só ser possível a sua existência no plano federal. Essa conclusão estaria baseada na competência da União de legislar sobre direito privado, e sendo a lei de sociedades anônimas e a de sociedades por quotas de responsabilidade limitada de natureza federal, não poderiam elas ser derogadas pelos Estados e Municípios. Tal, no entanto, não ocorre. A sociedade de economia mista, como vimos, é regulada primeiro pela lei *criadora* e só supletivamente pelo direito privado, que será aplicado apenas naquilo que não contrariar a primeira lei. Ora, a lei criadora não é lei comercial e, por conseguinte, não se inclui na relação do artigo 5.º, item XV da Constituição de 1946, que enumera as matérias cuja legislação compete privativamente à União. A lei criadora de sociedade de economia mista é lei de *Direito Administrativo* e, assim, é de competência tanto da União quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A lei de direito privado é utilizada apenas de modo supletivo, por razões de mera comodidade. Assim, é perfeitamente possível a existência de sociedade de economia mista nos planos estadual e municipal.

A NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O aparecimento das sociedades mistas fez surgir desde logo a dúvida quanto a sua natureza jurídica, dúvida que, como vimos, ainda persiste. OROZIMBO NONATO, prefaciando a obra já citada de THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, enumera entre os defensores da tese publicista: BIELSA, RODRIGUES ARIAS, BASAVILBASO, JEAN DENIS BREDIN, CHENOT, RECINI, ALIOMAR BALEEIRO, WALDEMAR FERREIRA, RUBENS GOMES DE SOUSA e ARNO SCHILLING; e entre os privatistas: HOUIN, MESCHINI, ASCARELLI, SEABRA FAGUNDES, BILAC PINTO, CARLOS MEDEIROS SILVA, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, GONÇALVES DE OLIVEIRA, HAROLDO VALADÃO, JOÃO EUNÁPIO BORGES, BASILEU GARCIA, ARNOLD WALD e JOSÉ SIQUEIRA CAVALCANTI.

A razão está, segundo entendemos, com os primeiros. As *sociedades de economia mista* nada mais são do que pessoas jurídicas de direito público e assim gozam de imunidades tributárias. Será, no entanto, necessário estudarmos os critérios de distinção entre o direito público e o direito privado e entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, a fim de comprovarmos a imunidade referida.

Crítérios de Distinção Entre Direito Público e Direito Privado

Vários elementos foram apresentados como critério de distinção entre o direito público e o direito privado. Evidentemente, não discutiremos todos êles, mesmo porque alguns são absolutamente inaceitáveis, como, por exemplo, o elemento patrimonial, apresentado por alguns como característico do direito privado. O critério baseado no grau de coercitividade das normas, é, sem dúvida, mais aceitável, mas não é, de forma alguma, absoluto. Se bem que, na sua maioria, as regras de direito privado possam ser derogadas pela vontade das partes (*ius dispositivum*) existem inúmeras regras que apesar de serem de direito privado são de *ordem pública*, e, por essa razão, não estão sujeitas a livre derrogação das partes. As regras de direito público são, no entanto, imperativas (*ius cogens*).

PAUL ROUBIER afirma que um princípio de distinção mais interessante é aquêle segundo o qual o direito público será um direito de subordinação enquanto que o direito privado será um direito de coordenação.²⁴ No entanto, ROUBIER ressaltava que essa teoria não pode ser seguida em relação ao *Direito Internacional*, que é um *direito de coordenação*. Acontece, porém, que, como nota o próprio ROUBIER, êsse ramo do Direito tende a se tornar cada vez mais de subordinação, pelo menos nas relações entre os estados e os organismos internacionais. Além do mais,

24). *Théorie Générale du Droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951, 2ª edição, pág. 295.

pensamos que a existência de uma única exceção não possa inutilizar um critério.

ROUBIER declara, enfim, que pondo de lado essa teoria, o campo de controvérsia sobre o princípio de distinção entre o *direito privado* e o *direito público* se limite principalmente a duas teorias denominadas *teoria dos interesses* e *teoria dos sujeitos*.²⁵ A teoria dos interesses tem o seu fundamento no texto de ULPIANO (D.I., 1, de *Just. et Jure*, 1,2) "*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*". Assim, o direito público será aquêlo que regule o interesse do estado, enquanto que o direito privado será aquêlo que assegure o interesse particular. ROUBIER critica com razão essa teoria, pois nem sempre é fácil separar com nitidez o *interesse geral* dos *interesses particulares*, havendo mesmo casos em que os dois estão intimamente ligados. Afirma em seguida o mestre de Lyon que a maioria das instituições privadas são criadas não somente no interesse particular, mas ainda no interesse geral, e cita, como exemplo, o direito de propriedade, o direito de família, e afasta o critério de se adotar como elemento de distinção o *interesse dominante do instituto*.

A *teoria dos sujeitos* consiste no critério de que o direito público seja o direito das pessoas físicas e jurídicas que agem na qualidade de titulares ou de representantes dos direitos do poder público, enquanto que o direito privado é o direito das pessoas que agem fora de todo o direito de poder público. Assim, será pela qualidade na qual age o sujeito de direito que se fará a divisão entre o direito público e o direito privado. ROUBIER afasta essa teoria e propõe um critério baseado na "organização do poder público". Historiando, em seguida, a evolução da distinção entre os dois ramos do Direito, ROUBIER afirma que as tendências socializantes do mundo contemporâneo tem alargado o campo de ação do direito público,

25) *Op. cit.*, pág. 296.

fato que, sem dúvida, representa um perigo para a liberdade do homem.

Para GUSTAV RADBRUCH estamos no campo do direito público quando um dever é estabelecido por comando de outro, enquanto que no direito privado as relações se processam entre pessoas iguais.²⁶ Adota, por conseguinte, o professor de *Heidelberg* a teoria segundo a qual a distinção se baseia no fato de a relação jurídica ser relação de subordinação ou coordenação. Esse critério, que a nós parece o melhor — apesar de estarmos cientes da sua relatividade — foi o adotado por JELLINEK, segundo o qual a oposição entre direito privado e direito público baseia-se no princípio de que naquele os indivíduos estão numa relação de coordenação, pois o direito privado regula relações de indivíduos como tais, enquanto que o direito público regula relações nas quais uma entidade se coloca em plano superior enquanto está dotada de poder de autoridade.²⁷

Crítérios de Distinção Entre Pessoa Jurídica de Direito Público e Pessoa Jurídica de Direito Privado

ORLANDO GOMES destaca três critérios principais para distinguir as pessoas jurídicas de direito público das pessoas jurídicas de direito privado, a saber: a) o critério de finalidade; b) o critério de modo de constituição; c) o critério de qualidade dos poderes.²⁸ Pelo *critério de finalidade* a distinção é feita tendo em vista a pessoa jurídica, que será de direito público sempre que tenha por objetivo satisfazer interesses compreendidos entre os fins do estado e que este esteja interessado em que ela cumpra

26) *Introduzione alla Scienza del Diritto*, tradução para o italiano de DINO PASINI e CARLO A. AGNESOTTI, Turim: *Giappichelli Editore*, 1958, págs. 168 e 169.

27) *Teoria General del Estado*, Madri, 1915, tomo II, pág. 4, *apud* ENRIQUE R. AFTALION, FERNANDO GARCIA ALANO e JOSÉ VILANOVA, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: *El Ateneo*, 1956, tomo II, pág. 12.

28) Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 384.

a finalidade que também é a sua. Essa teoria foi apadri-
nhada por RANELLETTI.²⁹ ORLANDO GOMES rejeita com
razão essa teoria, uma vez que, além da noção de fim
público ser variável no tempo e no espaço, verifica-se cons-
tantemente a existência de pessoas privadas realizando
fins públicos, como as sociedades beneficentes e os esta-
belecimentos particulares de ensino.

O segundo critério — modo de constituição — é adotado
por ENNECERUS, NIPPERDEY, PLANIOL, RIPERT e SAVA-
TIER. Por êsse critério, é pessoa jurídica de direito pú-
blico aquela criada pelo estado, enquanto que as de
direito privado se constituem livre e espontaneamente por
ato de vontade. Também êsse critério não satisfaz, uma
vez que o estado, como já vimos, poderá criar pessoas
jurídicas de direito privado.

O terceiro critério, concebido por JELLINEK e desenvol-
vido por FERRARA, baseia-se na qualidade dos poderes de
que se acham investidas as pessoas jurídicas. As de di-
reito público desfrutam do *iure imperium*. Êsse critério
nos parece absolutamente inaceitável e deve ser total-
mente afastado. Com efeito, o estado moderno, no exer-
cício das atividades que lhe são próprias, pratica *atos de*
império (quando age na esfera do Direito Constitucional)
e *atos de gestão* (quando age na esfera do Direito Admi-
nistrativo). O estado é, assim, dotado dos dois poderes,
de *império* e de *gestão*, através dos quais exerce as
atividades que lhe são inerentes. Inúmeras vezes e, mo-
dernamente, cada vez com maior freqüência, o estado
personaliza um de seus serviços. No entanto, essa per-
sonalização nada mais é do que uma técnica de que se
vale o estado para o exercício de sua atividade adminis-
trativa. O órgão personalizado recebe do estado uma par-
cela de seu *poder de gestão*, aquela parcela necessária à
execução do serviço público que lhe é conferido. Êsse
órgão personalizado, que se convencionou chamar *autar-*

29) "Corso de Diritto Sindicale e Corporativo", Milão: Giuffrè, 1933, vol. I, pág. 323, *apud* ORLANDO GOMES, *op. cit.*, pág. 385.

quia, pratica apenas atos de gestão, não recebendo do estado nenhuma parcela de seu *poder de império*. Mesmo quando recebe as contribuições parafiscais, a autarquia não exercita *poder de império*, mas funciona exclusivamente como agente arrecadador. A criação da contribuição parafiscal, que é um *ato de império*, continua nas mãos do estado, sendo necessário ato legislativo a fim de ser permitida a sua cobrança. Ora, as autarquias, que praticam exclusivamente atos de gestão, são pessoas jurídicas de direito público, sendo, como tais, unânimemente consideradas. Logo, o critério de JELLINEK e FERRARA deve ser de todo afastado.

O que distingi a nosso ver a pessoa jurídica de direito público da pessoa jurídica de direito privado é o fato de a primeira ter nascido do estado, com a finalidade de exercer um serviço público. Teremos, assim, um critério que é a combinação dos dois primeiros, isto é, do critério de finalidade e do critério baseado no modo de constituição. É, no entanto, necessário que o estado, ao criar essa pessoa jurídica, se utilize de suas prerrogativas de poder público.³⁰ Em suma, uma pessoa jurídica será de Direito Público: a) quando emanar de um ato do estado, na qualidade de poder público, isto é, no exercício de seu poder de império; b) quando sua finalidade fôr o exer-

30) Opinião semelhante é a de RUBENS GOMES DE SOUSA (Parecer *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, pág. 474), para quem “o primeiro traço distintivo entre a pessoa jurídica de direito privado e a de direito público reside na iniciativa da sua criação. As entidades privadas nascem de um acordo de vontade entre particulares, ao qual, desde que observe determinadas regras formais, a lei civil ou comercial confere personalidade jurídica. Ao passo que as entidades públicas decorrem de uma determinação governamental, na qual se contém, não só o próprio ato instituidor, mas também a definição do estatuto jurídico da entidade instituída... Entretanto, o critério da iniciativa não é suficiente, porquanto, se é certo que a vontade privada não pode atribuir à entidade por ela criada maiores poderes e prerrogativas que os que competem aos próprios particulares, a recíproca não é verdadeira: o estado tanto pode instituir entidades autônomas para o desempenho de algumas funções públicas que lhe são privativas, como para o exercício de atividades que, por sua natureza, sejam tipicamente privadas. Impõe-se, assim, como critério de distinção complementar, a análise do objeto visado pelo estado ao instituir uma entidade autônoma”.

cício de um serviço público, isto é, de um serviço inerente ao estado, no exercício de seu poder de gestão.

Por êsse conceito das sociedades de economia mista e pelos critérios de distinção entre direito público e direito privado, e entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, a conclusão quanto à natureza jurídica das sociedades de economia mista só poderá ser uma: *são pessoas jurídicas de direito público*. O engano que se comete é julgar-se, na maioria das vezes, que tôda e qualquer sociedade da qual o estado faça parte seja sociedade de economia mista. Nada pode haver de mais errado. É evidente que a simples presença do estado como acionista de uma sociedade mercantil não é suficiente para transformar a natureza jurídica dessa sociedade. Não pode haver dúvida possível de que a *sociedade de economia mista* seja pessoa jurídica de direito público, primeiro, porque o direito que a regula é um direito de subordinação, e, segundo, porque ela emana de ato do poder público para a realização de um serviço público. Vejamos cada um desses pontos separadamente.

Quando o estado personaliza um serviço, quer através de *autarquia*, quer através de *sociedade de economia mista*, êle age na qualidade de poder público. A lei das sociedades por ações é apenas uma lei supletiva, utilizada como técnica e por razões de comodidade. Só é aplicada naquilo que não contraria a lei criadora. Esta é uma lei típica de subordinação e confere ao estado poderes especiais, subordinando tôda a organização do serviço à sua autarquia. O estado-poder confere ao estado-acionista uma proeminência especial, subordinando a organização e a execução do serviço a êsse acionista privilegiado. Vejamos dois exemplos típicos: a *Petrobrás* e a *Eletrobrás*. A *Petrobrás* teve a sua criação autorizada pela Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, que dispõe sôbre a *Política Nacional do Petróleo* e define as atribuições do *Conselho Nacional do Petróleo*. A União, ao monopolizar a exploração do petróleo, poderia ter criado uma *autarquia*. Ela preferiu, porém, utilizar-se da forma de sociedade anônima

como técnica para a organização do serviço. A posição da União como acionista não é igual à dos demais, nem seu controle decorre apenas do fato de ser ela acionista majoritária. O § 3.º do artigo 7.º da mencionada lei determina que “a sociedade será constituída em sessão pública do *Conselho Nacional do Petróleo . . .*”, que é um órgão da administração direta. Exige, no entanto, a lei mais um requisito para a constituição da sociedade: a sua aprovação por decreto do Poder Executivo (§ 4.º do artigo 7.º).

Confere, assim, a lei ao estado uma ecentuada proeminência dentro da sociedade. O artigo 8.º determina que “nos Estatutos da Sociedade serão observadas, *em tudo que lhes fôr aplicável*, as normas da lei de sociedades anônimas . . .”. Vemos, assim, que a lei comercial é utilizada apenas em caráter supletivo, por razões de mera comodidade. O artigo 10 estabelece que a União subcreverá a totalidade do capital inicial, revogando, então, um princípio do direito brasileiro que não admite sociedade de uma só pessoa. Por esse mesmo artigo, fica vedado à União perder o controle de pelo menos 51% (cinquenta e um por cento) do capital. Parece-nos de grande importância o artigo 11 e seu parágrafo único:

“Art. 11 — As transferências pela União de ações do capital social ou as subscrições de aumento de capital pelas entidades e pessoas às quais a lei confere este direito, não poderão, em hipótese alguma, importar em reduzir a menos de 51% (cinquenta e um por cento) não só as ações com direito a voto de propriedade da União, como a participação desta na constituição do capital social.”

Parágrafo único — Será nula qualquer transferência ou subscrição de ações feita com infringência deste artigo, podendo a nulidade ser pleiteada inclusive por terceiros por meio da ação popular.”

Esse artigo é fundamental para demonstrar o caráter público da empresa. Revela que há legítimo interesse, por parte de toda a nação, na preservação do controle do capital pela União. A lei está, assim, conferindo a todos os cidadãos um *direito público subjetivo* para defesa do patrimônio público.

Não fica, no entanto, apenas nisso a subordinação dos acionistas ao estado e a subordinação da lei mercantil à lei de Direito Administrativo. O artigo 19 estabelece que “a sociedade será dirigida por um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva”. O Conselho de Administração será constituído de um Presidente, nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum*, com direito de veto sobre as decisões do próprio Conselho e da Diretoria Executiva; três Diretores nomeados pelo Presidente da República com mandato de 3 anos; e mais 5 Conselheiros, 3 deles escolhidos pelas pessoas jurídicas de direito público, salvo a União, e 2 deles pelos sócios privados, com mandato de 3 anos. A Diretoria Executiva será composta pelo Presidente do Conselho de Administração e pelos Diretores nomeados pelo Presidente da República. Note-se, ainda, que do veto do Presidente haverá recurso *ex officio* para o Presidente da República, ouvido o *Conselho Nacional de Petróleo*. Fica, pois, demonstrado que o estado não se coloca como acionista comum dentro da *Petrobrás*. Confere a si mesmo uma série de privilégios e tira dos demais sócios o direito de veto, ou, pelo menos, limita-o grandemente. Não estamos, por conseguinte, diante de um direito de coordenação, no qual o estado regula as atividades dos demais dentro de um critério de igualdade. Aqui o estado se coloca numa posição de superioridade. Nomeia o presidente da entidade, que poderá vetar as decisões do Conselho e da Diretoria Executiva. É verdade que caberá recurso, mas para quem? Para o Presidente da República, que nomeou a pessoa que impôs o veto. Por conseguinte, o estado chama a si a última decisão, pois é ele afinal que vai rever o próprio veto.

É semelhante o que ocorre no caso da *Eletrobrás*. Essa empresa teve sua criação autorizada pela Lei n.º 3.890-A, de 25 de abril de 1961, sendo permitido à União subscrever a totalidade do capital inicial. A organização da sociedade é semelhante à da *Petrobrás*, ressaltando-se apenas o fato de não possuir o Presidente do Conselho de Administração o direito de veto.

Desde que o estado reserve para si uma posição privilegiada dentro da empresa, competindo a êle toda organização e administração, estaremos perante um *direito de subordinação*, no qual o estado subordina à sua vontade a regulamentação da atividade. É bem diversa essa situação daquela em que o estado regula atividades de terceiros e depois se coloca sob essa regulamentação. No caso das empresas mistas, estamos em pleno domínio do Direito Administrativo, pois êste está conferindo ao estado os meios necessários para que execute os serviços públicos. Deve-se ainda considerar que o administrador nomeado pelo estado não é um representante dos acionistas, mas do poder público, porquanto o ato de nomeação (decreto presidencial) é um ato unilateral de poder público.

Vimos, assim, que o direito da sociedade de economia mista é um direito de subordinação e, como tal, um direito público. Veremos agora que a sociedade de economia mista emana de ato do poder público, com a finalidade de executar um serviço público. Na definição que demos de sociedade de economia mista, afirmamos que ela emana de ato do poder público, com finalidade de executar um serviço público; caso contrário, não será sociedade de economia mista.³¹ Uma sociedade que não tenha fins pú-

31) Êsse é talvez o único reparo que pode ser feito ao excelente parecer citado de RUBENS GOMES DE SOUSA, uma vez que êle afirma no item 23 de seu trabalho: "Ao passarmos a aplicar, ao caso específico da *Petrobrás*, as conclusões gerais já atingidas, convém recordar que não afirmamos que toda e qualquer sociedade de economia mista, pelo simples fato de ser criada por iniciativa estatal, e de ter o estado como acionista e administrador, seja um pessoa jurídica de direito público. Já notamos que o estado pode instituir entes autônomos, com ou sem a participação dos particulares, para conseguir fins puramente privados,

blicos não é sociedade mista; poderá ser uma sociedade anônima comum que tenha o estado entre seus acionistas. Assim, tanto pelo critério de finalidade de RANELLETTI, como pelo critério do modo de constituição, a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito público e como tal deve ser considerada, pois o critério de distinção é uma combinação desses dois.

Para MIGUEL REALE “a caracterização privatista que se pretende conferir a entidades como as sociedades de economia mista põe problemas insolúveis, como seja, por exemplo, o de explicar a possibilidade de ação popular contra os seus diretores (Constituição, artigo 141, § 38) a sua possível subordinação a órgãos administrativos, na forma da lei que as instituir”.³²

Realmente, a Constituição Federal, no § 38 do artigo 141, confere a qualquer cidadão um direito público subjetivo, considerando-o parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. Assim, da mesma forma que o cidadão poderá defender por meio de ação popular o patrimônio da União, poderá igualmente agir em defesa do patrimônio de qualquer sociedade de economia mista, e no caso da *Petrobrás* estará ainda amparado pelo artigo 11 da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, como já foi visto. O constituinte não se esqueceu de incluir entre os patrimônios públicos aquele pertencente às sociedades de economia mista, considerando-o mesmo mais que o patrimônio do Distrito Federal e dos Territórios, que foram omitidos, e cuja natureza pública não pode ser contestada.

por sua natureza. E, por outro lado, o estado pode associar-se a entidades criadas por particulares, e cujos fins sejam estritamente privados... A natureza pública de uma sociedade de que participe o estado depende não só da iniciativa deste para a sua instituição, mas também e mais especialmente da natureza pública dos objetivos visados, implicando o exercício, pela entidade autônoma, de uma parcela de poder ou de uma função estatal delegadas”.

32) Parecer, in *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 57, pág. 255.

PRINCIPAIS OBJEÇÕES À NATUREZA PÚBLICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Para muitos, as sociedades de economia mista não podem ser pessoas jurídicas de direito público pelo fato de possuírem forma de direito privado, e haver nelas participação do capital privado. Pelo que já foi dito, verificamos que a forma de direito privado é usada de maneira supletiva e como mera técnica que apresenta certas comodidades.³³ Essa técnica, que o estado retira do direito privado, torna-se técnica de direito público, pois como pode o estado utilizar-se de técnica de direito privado, para executar seus fins, sem absorver totalmente essa técnica e transformá-la em técnica de direito público? Além do mais, a finalidade de uma sociedade de economia mista não é mercantil, ela não visa ao lucro como sociedade comercial comum. Sua finalidade precípua é o exercício de uma função de estado. Êsse é o ponto fundamental. A forma é inteiramente secundária e de modo nenhum poderá sobrepor-se à essência da instituição.

Também a participação do capital privado não descaracteriza a sociedade de economia mista como entidade pública, em primeiro lugar, porque se existe participação do capital privado, tal fato decorre, única e exclusivamente, da vontade unilateral do estado. Êsse poderia perfeitamente, se assim entendesse, executar o serviço diretamente, ou ainda através de autarquia e empresa pública. Se recorre, ou se aceita a colaboração do capital privado, é porque assim o deseja. É o próprio estado, inclusive, que determina o grau de colaboração e participação do capital privado. Êsse fato é perfeitamente demonstrável com os exemplos italianos do I.R.I. e do E.N.I. ("Enti au-

33) ALIOMAR BALEIRO, em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, pág. 317, focaliza perfeitamente a questão, ao declarar: "O direito administrativo, como ramo jurídico novo, embora autônomo, utiliza princípios, conceitos e técnicas do velho direito privado, do mesmo modo que o faz o direito fiscal pela sua própria juventude. Apanhou o instituto da sociedade anônima, que lhe oferece comodidade técnica, mas o órgão público assim constituído por uma ficção de direito, não se converte em pessoa jurídica de direito privado. É uma criatura do direito administrativo e por êste se regula."

tronomi di gestione” ou “Enti Economici Publici”) que possuem indiscutivelmente personalidade de direito público, podem emitir obrigações a particulares e transformar essas obrigações em ações desde que a maioria permaneça nas mãos do estado.³⁴ Por conseguinte, verificamos que a participação privada no capital de um ente estatal não o desfigura de forma alguma. A Itália o demonstra bem, pois administra suas entidades mistas através de dois *holdings* de direito público que admitem a participação do capital particular. Também não é válida a afirmação de que a sociedade de economia mista seja obrigatoriamente de natureza mercantil pelo fato de que a lei de sociedades anônimas declara que elas possuem tal natureza. Temos de considerar que o poder público, ao criar uma sociedade de economia mista, revoga sempre êsse dispositivo do Direito Comercial, pois, se a finalidade da empresa mista é executar um serviço público, ela perde, por isso mesmo, a natureza mercantil que teria. A natureza mercantil é incompatível com a sociedade de economia mista.

Outra objeção que se faz à natureza pública das sociedades de economia mista é o fato de não estarem elas incluídas, pelo Código Civil, na relação das pessoas jurídicas de direito público. Realmente, no seu artigo 14, o Código Civil declara que são pessoas jurídicas de direito público, a União, cada um dos seus Estados e o Distrito Federal, e cada um dos Municípios legalmente constituídos. Assim — dizem os defensores da tese privatista — não será possível haver no Brasil outras pessoas jurídicas de direito público que não as enumeradas pelo Código, salvo se lei posterior revogar essa disposição. Devemos, no entanto, considerar o seguinte: a) essa enumeração do Código pode ser revogada de forma não expressa; b) o Código não se referiu às autarquias; c) essa enumeração do Código já está expressamente revogada.

34) CLAUDE DUCOULOUX, *op. cit.*, pág. 109.

É evidente que, se a União personaliza um serviço — qualquer que seja a forma dessa personalização — não necessita conferir a essa entidade, de modo explícito, a personalidade de direito público, pois êsse tipo de personalidade decorre da natureza das coisas, uma vez que é uma projeção da personalidade da União. Além do mais, quando a União instituiu a *Estrada de Ferro Central do Brasil* (Decreto-Lei n.º 3.306, de 24-5-41) e a *Estrada de Ferro Noroeste do Brasil* (Decreto-Lei n.º 4.176, de 13-3-42) não afirmou que essas entidades possuíam personalidade de direito público; falou apenas em “personalidade própria de natureza autárquica”. Os dois dispositivos disseram apenas que as entidades criadas eram autárquicas, mas não afirmaram que as autarquias fôsem dotadas de personalidade pública. Assim, no rigor dos textos, essas duas normas não revogam o Código Civil e, no entanto, a natureza dessas instituições sempre foi considerada pública, por haver revogação implícita à enumeração do artigo 14 do Código Civil. Hoje, ninguém mais contesta a natureza pública das autarquias, e o Código Civil não as arrolou entre as pessoas jurídicas de direito público. Mesmo quando a lei ordinária criou autarquias, nos dois exemplos citados, disse apenas que elas eram autarquias, mas não disse que eram públicas.

Assim, quando a lei cria uma sociedade de economia mista, não necessita dizer expressamente que essa sua criação possui personalidade jurídica de direito público. Tal personalidade é inerente à economia mista e a lei ordinária, ao conferir a ela funções de estado, está revogando a enumeração do Código Civil. Temos ainda de considerar que o Código Civil não conferiu personalidade pública à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Essas entidades não precisavam dessa declaração do Código para ter tal natureza e, assim, a enumeração do Código só pode ser entendida como meramente exemplificativa.

Se isso, entretanto, não fôr suficiente, diremos que já existe disposição legal incluindo as sociedades de economia

mista entre as pessoas jurídicas de direito público. Tal disposição encontra-se na *Lei de Reforma Bancária* (Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964). Essa lei determina no seu artigo 1.º, que o *Sistema Financeiro Nacional* será constituído: a) do *Conselho Monetário Nacional*; b) do *Banco Central da República do Brasil*; c) do *Banco do Brasil S. A.*; d) do *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico*; e) das *demais instituições financeiras públicas e privadas*. A natureza dessas entidades é a seguinte: a) órgão da administração direta; b) autarquia; c) sociedade de economia mista; d) autarquia; e) diversas. A ordem estabelecida pela lei obedece a uma hierarquia e verificamos que a *sociedade de economia mista* tem posição de maior importância do que uma autarquia e diversas instituições públicas.

O Capítulo III da Lei de Reforma Bancária refere-se ao *Banco Central*. O artigo 8.º, ao instituí-lo, transforma a antiga *SUMOC* (*Superintendência da Moeda e do Crédito*) em autarquia federal com personalidade jurídica e patrimônio próprio, mas não diz que essa personalidade jurídica seja de direito público. Assim, para aqueles que argumentam com base no Código Civil, o *Banco Central* deve ser considerado uma pessoa jurídica de direito privado.

É verdade que, ao regular, no Capítulo IV, as instituições financeiras, a lei não incluiu o *Banco do Brasil S. A.* (regulado na Secção II) entre as instituições financeiras públicas (reguladas na Secção III) mas, também não o incluiu entre as instituições financeiras privadas (reguladas na Secção IV). Além do mais, o artigo 19 conferiu ao *Banco do Brasil S. A.* a função de instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal. Ora, se essa função não fôr considerada pública, nenhuma outra poderá ter tal classificação. No entanto, o que realmente incluiu as sociedades de economia mista entre as pessoas jurídicas de direito público é o disposto no artigo 5.º, assim redigido:

“As deliberações do Conselho Monetário Nacional entendem-se de responsabilidade de seu Presidente para os efeitos do art. 104, n.º I, letra b da Constituição Federal e obrigam também os órgãos oficiais, inclusive autarquias e sociedades de economia mista, nas atividades que afetarem o mercado financeiro e o de capitais.”

Não se alegue que as empresas mistas estão excluídas dos órgãos oficiais, pelo fato de ter sido necessária inclusão expressa. Tal não ocorre, porquanto as autarquias — órgãos oficiais personalizados — foram colocadas na mesma posição das sociedades de economia mista. Assim, o fato de as autarquias e sociedades mistas estarem destacadas dos órgãos oficiais, decorre do fato de possuírem personalidade jurídica própria.

CONCLUSÃO

Pelo que vimos, verificamos que, sendo pessoas jurídicas de direito público, as sociedades de economia mista são imunes a impostos e beneficiam-se do princípio da imunidade tributária recíproca. Os serviços públicos por elas executados não são nem podem ser classificados na categoria de *serviços públicos concedidos*. Não há no caso o *contrato de concessão*, onde a existência da concessionária preexiste ao contrato e ao serviço. No caso das companhias mistas, o serviço público preexiste à sociedade, que só é criada em virtude da necessidade de que determinado serviço seja executado. Só pode haver concessão, quando uma das partes é pessoa jurídica de direito privado. Vemos, por conseguinte, que a Emenda Constitucional n.º 18 não alterou a situação das sociedades de economia mista, que nada mais são, como as autarquias — a distinção entre umas e outras é meramente formal — do que projeções da personalidade do estado. É, assim, inútil a referência feita às autarquias no § 1.º do artigo 2.º da

referida Emenda, e o § 2.º refere-se apenas às empresas concessionárias.

A imunidade tributária das sociedades de economia mista acarreta uma série de problemas que variam, dependendo da natureza dos diversos impostos. No caso dos impostos diretos a questão torna-se bastante simples, uma vez que, havendo identidade entre o *contribuinte legal* e o *contribuinte de fato*, a pessoa imune simplesmente deixará de pagar o impôsto, estando livre também das obrigações acessórias. No caso dos impostos indiretos, a questão se complica, em virtude da dualidade acima mencionada de contribuintes. No caso de ser a sociedade mista contribuinte legal, a imunidade não será levada em consideração, uma vez que, pela repercussão do impôsto, êste incidirá totalmente sôbre o contribuinte de fato. O que se deve levar em consideração no caso é o fato de a pessoa imune arcar ou não com o ônus do impôsto. Outra não é a opinião de ALIOMAR BALEIRO, que estuda o caso de um estabelecimento industrial do Estado de Minas Gerais.³⁵ O Direito Tributário deve levar muito mais em conta o aspecto econômico dos negócios jurídicos do que a forma que êsses negócios possam tomar, como já vimos. Êsse ponto de vista já está consagrado pela jurisprudência, apesar de a *Súmula do Supremo Tribunal* silenciar a respeito. No entanto, o próprio *Supremo Tribunal Federal* e o *Tribunal Federal de Recursos* já declararam ser indevida a exigência do impôsto de consumo, quando o

35) *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, págs. 88 e 89. Assim se expressa ALIOMAR BALEIRO: "Outro exemplo é o do impôsto de consumo sôbre produtos de estabelecimento industrial do estado, como as cigarrilhas e produtos alimentares fabricados por autarquia de Minas Gerais. A imunidade não pode prevalecer, porque não é serviço público de competência do estado tal fabrico destinado à venda e o impôsto, pela repercussão, iria atingir o consumidor." E mais adiante: "A *ratio legis* recomenda que se apurem os efeitos econômicos do impôsto em cada caso. No de Minas, êsse método mostra bem que o estado não é tributado, mas o consumidor."

comprador da mercadoria fôr pessoa jurídica de Direito Público.³⁶

O problema, no entanto, no caso da sociedade de economia mista, é que o *Supremo Tribunal Federal* não a considera pessoa jurídica de direito público (*Súmula 76*) e, assim sendo, o primeiro passo a ser dado é uma tentativa de mudar a jurisprudência.

BIBLIOGRAFIA

- ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio: Forense, 1951. Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 51, pág. 308.
- AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *História do Banco do Brasil. (Primeira Fase, 1808 a 1835)*, São Paulo, 1947.
- ARNOLD WALD, Notas e Comentários, in *Revista Forense*, vol. 152, pág. 510.
- CLAUDE DUCOULOUX, *Les Sociétés d'Economie Mixte en France et en Italie*, Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1963.
- ENRIQUE AFTALION e outros, *Introduccion al Derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 1956, I-III.
- GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tradução espanhola de JÚLIO SAN MILLÁN ALMAGRO. Buenos Aires: Roque Depalma, 1948.
- GUSTAV RADBRUCH, *Introduzione alle Scienza del Diritto*, tradução italiana de DINO PASINI e CARLO A. AGNEROTTI, Turim: Giappichelli Editore, 1958.
- HENRY WHEATON, *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, 1819.
- LEÃES SOBRINHO JR., *O Banco do Brasil — Serviço Público Federal*, São Paulo, 1944.
- MÁRIO MAZAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo: Saraiva, 1933.
- MIGUEL REALE, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963. Parecer in *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 57, pág. 255.
- ORLANDO GOMES, Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 384.

36) S.T.F., Rec. Extr. n.º 44.077, 1.ª Turma, em 14.11.60, in *Revista dos Tribunais* 306/764. T.F.R., Agr. em Mand. Seg. n.º 25.262 — GB — Relator designado Min. GODOY ILHA e também Agr. em Mand. Seg. n.º 28.995 — GB., Rel. Min. CÂNDIDO LÔBO, in *D.J.U.* de 5.5.64, pág. 1.171.

- PAUL ROUBIER, *Théorie Générale du Droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951, 2.^a edição.
- RAFAEL BIELSA, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Roque Depalma, 1960, 3.^a edição. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: J. Lajonane y Cia., 1938, 3.^a edição.
- RUBENS GOMES DE SOUSA, Parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 54, pág. 474.
- TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio: Freitas Bastos, 1956, 3.^a edição.
- THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*, Rio: Forense, 1964.