AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E AS EMPRÊSAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS A SERVIÇO DO ESTADO

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA
Advogado no Estado da Guanabara

SUMÁRIO: 1. *A evolução do conceito de serviço público e o direito administrativo moderno.* 2. *As diferentes formas de sua execução.* 3. *A execução direta e o sistema da concessão.* 4. *Inconvenientes de ambos os regimes.* 5. *As sociedades de economia mista.* 6. *Conceito e definição.* 7. *Processo e formalidades de sua constituição.* 8. *Personalidade jurídica da sociedade de economia mista.* 9. *Conflito entre o interêsse público e o interêsse privado.* 10. *As modernas emprêsas públicas, ou sejam as sociedades públicas de um só membro e as sociedades de pessoas jurídicas de direito público.* 11. *Semelhança e distinção das sociedades de economia mista.* 12. *Adoção de uma ou outra modalidade, face aos objetivos visados e à atividade a ser exercida.* 13. *Conclusão.*

1. *A evolução do conceito de serviço público e o direito administrativo moderno.* Segundo esclarece BILAC PINTO (1) "um dos aspectos mais característicos da evolução do Estado moderno é, sem dúvida, o da progressiva ampliação da área ocupada pelos serviços públicos. Êsse avultamento das atividades do Estado tem suscitado apreensões a muitos pensadores e políticos e constitui tema de importantes estudos, ensaios e obras contemporâneas".

Evidentemente vinculada ao próprio conceito de Estado, a noção de serviço público haveria forçosamente de sofrer transformações à

(1) "O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas emprêsas públicas" ("Revista Forense", vol. 146, págs. 9 e segts., e "Revista de Direito Administrativo", vol. 32, pág. 1).

medida que tal conceito evoluisse, passando da fase do chamado Estado polícia, representativa de atitude meramente contemplativa dos fatos sociais, quando suas atribuições se limitavam à defesa externa e à manutenção da ordem interna, para aquela outra do Estado intervencionista, que se operou através de novas tarefas e encargos que lhe foram atribuídos, com a conseqüente ampliação da esfera da competência administrativa.

Para TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (2) "a intervenção do Estado na ordem econômica, qualquer que seja a estrutura política e social da nação, é um fenômeno que se generalizou, ràpidamente, após a guerra de 1914. Variaram sòmente as causas dessa intervenção e os seus fins, de conformidade com os princípios ou normas gerais que norteiam a política econômica e social do Estado, em busca de um ideal de justiça ou de domínio sôbre as nações mais fracas; ou, então, com o objetivo de impulsionar a exploração industrial das riquezas naturais e a instalação de indústrias básicas, nos países em que não faltam as matérias primas para a consecução do fim visado, mas escasseiam os capitais e falha a iniciativa privada".

Sem pretender entrar mais a fundo no exame do problema, cumpre-nos, no momento, estabelecer que a noção de serviço público, quer o encaremos como constituído pelas atividades impostas aos governantes, segundo DUGUIT (3), ou como meio de satisfazer exigências de interêsse geral, como sustenta JÈZE (4), ou, ainda, como serviços de polícia, na elevada acepção do têrmo, como diz HAURIOU (5), estará sempre e necessàriamente vinculada à atividade do Estado, cujo objetivo, em maior ou menor grau, direta ou indiretamente, seja atender as necessidades essenciais do grupo social que o componha e integre.

Do exposto, decorre tratar-se de conceito variável no tempo e no espaço, pois é óbvio que as necessidades essenciais de comunidade do século passado — não poderiam ser as mesmas de coletividade dos tempos atuais, nem, por outro lado, seriam de equiparar-se às necessidades essenciais de população pertencente a país que desfruta de alto grau de desenvolvimento, como a das jovens nações africanas, que, sòmente agora, dão os primeiros passos como nações independentes.

---

(2) "Sociedades Anônimas ou Companhias de Economia Mista", "Revista Forense", vol. 102, pág. 419, e "Revista de Direito Administrativo", vol. 1, pág. 429.

(3) *"C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, reglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la realisation et au développement de l'interdépendence sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complétement — que par l'intervention de la force gouvernante"* ("Traité de Droit Constitutionnel", 2.ª ed., tomo II, pág. 55).

(4) *"En el lenguaje corriente se enplean como sinónimas las expresiones "satisfacción de una necesidad de interés general y servicio público"* ("Princípios *Generales del Derecho Administrativo"*, Editorial Depalma, 1949, vol. II, pág. 9).

(5) *"Se puede definir al servicio público como un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfaoción de una necesidad pública y por una organización pública"* (Apud GASTON JÈZE, vol. II, pág. 6).

Tendo em vista a variabilidade do conceito de serviço público, HENRI ZWAHLEN (6), estabelece como suas características dominantes: 1ª) — *"L' activité en question doit être d'une importance vitale pour le groupement social, par le fait qu'elle assure la satisfaction de l'un de ses besoins essentiels"*; 2.ª) — *"que l'iniciative privée ne puisse qu'insuffisamment y pouvoir, soit qu'elle ne veuille pas s'en charger, soit qu'elle l'exerce d'une façon contraire a l'intérêt général"*.

Tal conceito é acolhido por BILAC PINTO (7), ao sustentar que as características dominantes do serviço público passaram a ser: "1ª) — a de que a atividade seja de importância primordial para o grupo social, e vise a assegurar a satisfação de uma das suas necessidades essenciais; 2.ª) — a de que a iniciativa privada seja inadequada para o seu exercício, quer porque não deseja exercê-la, quer porque a exercerá de modo contrário ao interêsse geral".

Por conseguinte, do conceito estabelecido resulta evidente que a noção do serviço público no direito administrativo moderno passou a ter conteúdo e sentido muito mais amplo, atuante e dinâmico, substituindo o Estado a própria iniciativa privada, quer na hipótese em que a mesma se apresente desinteressada na atividade a ser exercida, considerada como de importância primordial para o grupo social, objetivando assegurar a satisfação de uma de suas necessidades essenciais, quer se configure a possibilidade de fazê-lo contràriamente ao interêsse geral.

No primeiro caso, estaremos colocados perante o Estado, que se propõe a suprir ou estimular a atividade privada, no desempenho daquelas atividades consideradas de interêsse coletivo; na segunda, frente ao Estado cuja norma fundamental se corporifica no primado do bem geral sôbre o interêsse individual, intervindo sempre quando se configure a possibilidade de que o segundo predomine e prospere com o sacrifício e em detrimento do primeiro.

2. *As diferentes formas de sua execução*. De qualquer sorte, desde que o Estado, para realizar seus fins, houve por bem incluir entre suas atividades normais as de natureza industrial ou comercial, òbviamente teve de escolher as formas de sua execução. No Estado liberal e não intervencionista, tais formas teriam forçosamente de restringir-se à execução direta, mediante os próprios órgãos da administração, ou à execução indireta, através de terceiros, a quem delegasse a tarefa de executá-lo.

3. *O sistema da concessão do serviço público*. Da segunda modalidade, nasceu o instituto da concessão do serviço público, cujo êxito de início lhe granjeou incontestável reputação, ampliando-se-lhe progressivamente o campo de aplicação à medida que novas exigências sociais

---

(6) "Des Sociétés Commerciales avec participation de l'Etat", LAUSANNE, 1935, págs. 5 e 6.

(7) Revistas citadas, respectivamente, vols. 146, pág. 9, e vol. 32, pág. 1.

impunham o alargamento da esfera reservada à execução dos serviços públicos industriais do Estado, tais como os de transportes coletivos, os de iluminação e gás, os de telefones e os demais amplamente conhecidos.

O sistema da concessão, por conseguinte, se configura pela delegação do Estado a um ente privado, pessoa física ou jurídica, de um serviço público que o concessionário, durante certo prazo, deverá executar, por sua conta, risco e perigo, mediante retribuição a ser diretamente percebida do usuário do serviço, através de tarifas fixadas pelo poder concedente.

Na definição de BLOUDEAU (8) a concessão de serviço público é *"l'acte pour lequel un particulier — s'ensage à assurer a ses frais, risques et perils, le fonctionnement d'un service public, moyennant une rèmuneration consistante normalement das les profits qu'il tirera de l'exploration du service, généralement dans les taxes, qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service"*.

Em idêntico sentido, PAUL DUYEZ e GUY DEBEYRE (9): *"La concession de service public est un procédé qui consiste pour l'Administration à confier pendant un certain temps la gestion d'un service public à un entrepreneur privé (particulier ou societé) qui devient ainsi le collaborateur de l'administration, au contrôle de laquelle il reste soumis et qui est rémunéré, soit au moyen de prestations pecuniaires de l'administration, soit, les plus souvent, par la perception de taxes ou redevences sur les usagers du service"*.

Em geral, são fixadas em lei autorizativa e no respectivo instrumento contratual as cláusulas e condições que deverão presidir a execução do serviço público concedido, subordinando-se o concessionário ao contrôle e fiscalização do poder concedente, particularmente no que concerne à qualidade, extensão e remuneração percebida.

4. *Inconvenientes de ambos os regimes*. São amplamente conhecidas as críticas formuladas a respeito da execução direta dos serviços públicos, isto é, pelos próprios órgãos da administração, geralmente apontados como falhos ou inoperantes, incapazes, por isso mesmo, de atender, com presteza e eficiência, os fins a que objetiva.

Muito embora não se ajuste integralmente à realidade, torna-se oportuno invocar o célebre comentário de TAINE (10): *"El Estado es un mal jefe de família, mal industrial, agricultor y comerciante, mal distribuidor del trabajo y de las subsistencias, mal regulador de la production, de los cambios y del comercio, filantropo sin discernimiento, diretor incompetente de las bellas artes, la ciencia, la enseñanza y de cultos. En todos esos oficios su accion es lenta y torpe, rutinaria o*

(8) "La concession du service public", Tese, Grenoble, 1929, pág. 54, CHENOT, "Organisation Economique de l'Etat", 1951, pág. 281; RAFAEL BIELSA, "Estudios de Derecho Público", 1950, vol. I, págs. 613 e segts.

(9) "Traité de Droit Administratif", Paris, 1952, pág. 554.

(10) Apud HECTOR CAMARA, "Sociedades de Economia Mista", Buenos Aires, ed. Arayú, pág. 3.

dura; siempre dispendiosa, de poco efecto y escaso rendimento, extraña a las necesidades reales que pretende satisfacer".

Relativamente ao regime das concessões, não há dúvida de que o prestígio que logrou alcançar há de ser levado à conta de possibilitar ao Estado realizar um serviço público, essencial aos interêsses da coletividade, sem se ver compelido a recorrer aos próprios recursos ou às suas fontes de receita, ficando, além do mais, alheio aos riscos e perigos de sua execução e exploração.

Tais vantagens, entretanto, foram se dissipando no curso do tempo, quer pela introdução nos respectivos instrumentos da chamada cláusula de "garantia de juros", quer pela aplicação aos aludidos contratos da teoria da imprevisão, mediante a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*, configurada a hipótese da alteração das condições existentes por ocasião de sua celebração.

Segundo BILAC PINTO (11) "em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário como que surgiu uma associação lesiva ao Poder Público, que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido".

Em face destas e de outras circunstâncias, o instituto da concessão, cuja ascensão e predomínio se confundem com o apogeu do Estado liberal, transformou-se em instrumento inadequado de execução de serviço público, em desacôrdo com a evolução dos novos tempos, de modo a poder ser considerado hoje em dia como totalmente em desuso e definitivamente superado.

5. *As sociedades de economia mista.* A partir da primeira conflagração européia, começaram a aparecer e prosperar, particularmente na Alemanha, as chamadas sociedades de economia mista (GEMISCKTE WIRTSCHAFT), que nada mais representam que sociedades de capital, constituídas pela associação do Estado e dos particulares, com o objetivo de exercer tarefa considerada como de interêsse geral.

Não se trata de fórmula nova, posto que suas origens remontam às companhias criadas, respectivamente, na Inglaterra e Holanda, nos fins do século XVI e princípios do século XVII, sob a denominação de Companhia das Índias Ocidentais e Companhia das Índias Orientais.

É o que esclarecem os estudiosos do assunto, dentre êles TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (12): "Na Inglaterra, e, principalmente, na Holanda, nasceram as grandes companhias coloniais, às quais o Estado absolutista, dando-lhes vida, conferia favores, privilégios, mono-

---

(11) Revistas citadas, respectivamente, vol. 146, pág. 9, e vol. 32, pág. 1.

(12) Revista citada. vol. 102, pág. 418; *"Les prémisses de la société d'économie mixte, nous avons tenté de le démontrer, c'est en remontant plus loin dans notre droit qu'on pourrait les trouver. Les grandes compagnies d'ancien régime, notamment la compagnie des Indes Orientales, offraient avec les sociétés d'économie mixte de curienses ressemblances"* (JEAN-DENIS BREDIN, "L'entreprise Semi-Publique & Publique et le Droit Privé", Paris, 1957, págs. 15/16).

pólios e extensíssimas atribuições administrativas, já então absorvidas na órbita política do Estado nacional. Delas participavam, direta ou indiretamente, o Estado, que assim também corria os riscos do empreendimento".

No Brasil, a primeira sociedade de economia mista, de que se tem notícia, foi constituída pelo Banco do Brasil, cuja fundação se deveu ao Alvará de 12 de outubro de 1808, do então Príncipe Regente. Hoje em dia, porém, são numerosas as sociedades dêste tipo, dentre elas podendo ser citadas a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e a Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS, para só referirmo-nos às de maior importância, dada a missão que lhes foi conferida e o vulto de seus respectivos capitais.

6. *Conceito e definição.* Segundo FRITZ FLEINER (13), a expressão economia mista não designa uma noção jurídica, sòmente significa que o capital privado e os fundos públicos se reuniram para a exploração de uma emprêsa econômica: "*Cette expression ne designe pas une notion juridique. Elle signifie seulement que le capital privé et des fonds publics se sont réunis pour contribuer a l'exploitation d'une entreprise économique*".

HENRY ZWAHLEN (14), ao contrário, define a sociedade de economia mista nos seguintes têrmos: "*Une entreprise d'economie mixte est une entreprise à la direction de laquelle participent des personnes publiques, qui ont en vue l'intérêt de la communauté, et des personnes privées, qui ont en vue leur intérêt particulier. Sa structure est en fait celle d'une société commerciale, forme le mieux appropriée à celle collaboration*".

A associação do capital público e do capital particular na constituição de uma sociedade mercantil, levada a efeito nos moldes do direito privado, constitui a principal característica da sociedade de economia mista. Nela se reunem e se harmonizam, de um lado, os interêsses da comunidade, cujo objetivo é o bem geral; de outro, o interêsse privado, cuja finalidade é o lucro pessoal, mediante a remuneração do capital empregado.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (15), considerando as divergências suscitadas com referência ao assunto, define a sociedade de economia mista como sendo "aquela em que se verifica sob uma estrutura de direito privado a participação financeira de uma pessoa pública e dos particulares, regendo-se por normas especiais e organizada a sua administração de forma a conciliar os interêsses econômicos dos sócios com o interêsse público, representado êste pela participação da pessoa de direito público na constituição do capital da emprêsa e na sua administração".

---

(13) "Droit Administratif Allemand", Paris, 1933, págs. 82/83.

(14) Op. cit., págs. 39/40.

(15) "Tratado de Direito Administrativo", vol. IV, pág. 336.

Da definição transcrita, ressaltam as características dominantes das sociedades de economia mista, representadas: a) — pela participação do poder público e de particulares, não só na formação do capital social, como, também, em sua administração ou direção; b) — pela estrutura de direito privado adotada, geralmente sob a forma de sociedade anônima; e, finalmente, c) — pelo objeto de interêsse geral ou finalidade pública.

Como se verifica, não basta para a caracterização da sociedade de economia mista que o Estado e os particulares dela participem. A participação do Estado como acionista de sociedade anônima eventualmente poderá ocorrer, mas, nesta hipótese, êle se equipara ao simples particular, sem maiores regalias ou responsabilidades, não só quanto sua fundação, mas, também, no que diz respeito à sua condução ou direção.

Do exposto ressalta a importância da participação do Estado na direção da sociedade de economia mista, a qual decorre, ou da sua qualidade de maior acionista, ou de disposição legal ou estatutária, configurada a hipótese de sua participação no seu capital social em posição minoritária.

Configurada a posição de acionista majoritário, nada há de estranhar que os seus dirigentes sejam eleitos ou nomeados pelo poder público, pois tal prerrogativa é a mesma que desfrutam os portadores da maioria das ações, considerada a hipótese da sociedade particular.

Tratando-se de participação em caráter minoritário "... nada impede que a lei de autorização da emprêsa mista estabeleça a participação obrigatória de representantes das entidades públicas, ou ao menos daquela que teve a iniciativa da constituição da emprêsa, na sua administração" (16).

Por outro lado, a estrutura de direito privado resulta da adoção da forma societária que o Estado tomou de empréstimo àquele ramo do direito, geralmente a sociedade anônima, decorrendo igualmente de tal circunstância sua submissão às normas do direito privado, particularmente quanto as suas relações com terceiros, inclusive empregados.

O interêsse geral e público, que deverá constituir sempre a razão de ser e o fundamento precípuo da iniciativa do Estado, da qual depende a constituição da sociedade, compõe e completa a estrutura em exame. Aliás, não se compreenderia o Estado, movido pelo simples interêsse de lucro, lançar-se à constituição de uma sociedade puramente mercantil, invadindo, sem razão de ser, o campo reservado à iniciativa privada e divorciando-se, portanto, de suas finalidades específicas. Evidentemente, só o interêsse público poderia justificar tal atitude.

Como se verifica, tôdas as características da sociedade de economia mista foram incorporadas à definição de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. A crítica que se lhe poderia formular seria a de não atender ao requisito da concisão, como na verdade aconselha

---

(16) WALTER T. ALVARES, "As sociedades de economia mista". "Revista Forense", vol. 156, pág. 34.

a boa técnica em assunto de tal natureza. Todavia, não há dúvida de que satisfaz aos objetivos visados, pois contém os elementos caracterizadores da sociedade definida, de modo a possibilitar distingui-la fàcilmente de outras figuras semelhantes ou afins, tais como as entidades autárquicas ou as concessionárias de serviço público.

Entretanto, no sentido da concisão, nos parece mais perfeita a definição de HECTOR CÁMARA ([17]), para quem a sociedade de economia mista é *"aquella sometida en sus líneas esenciales a las sociedades por acciones, donde participan como accionistas y administradores conjuntamente una o más personas jurídicas públicas con sujetos privados, para la persecusion de fines económicos de interés general"*.

7. *Processo e formalidades de sua constituição.* Pelo nosso sistema legal e constitucional, a fundação das sociedades de economia mista depende de iniciativa governamental, União, Estado ou Município, através de ato legislativo específico. Isto decorre não só da circunstância de inexistir entre nós lei orgânica ou geral que disponha sôbre o assunto; como, principalmente, por envolver a participação do Estado a inversão de bens ou dinheiros públicos, o que evidentemente só poderá ocorrer mediante autorização legislativa. ([18])

Sôbre a necessidade de ato legislativo, esclarece SEABRA FAGUNDES ([19]): "Como um instrumento entre tantos outros, de que se vale o Estado para a consecução dos seus fins, a sua utilização não exigiria, em princípio, desde que a administração pública houvesse por oportuno dêle socorrer-se, ato legislativo especial. Mas como importa em dispor de dinheiros públicos e dêstes só pode dispor a administração quando lhos credite o Congresso — (Constituição, art. 65, n.ºs I, II e V), a formação de sociedades mercantis, com a participação da União Federal, se tem feito preceder, sempre, de lei de autorização".

Além dessas circunstâncias, há a considerar que a constituição das sociedades de economia mista impõe a derrogação de certos princípios do direito comum, o que só poderá ocorrer mediante lei que disponha a respeito. Êste o ensinamento de PAUL DUYEZ e GUY DEBEYRE ([20]): *"L'intervention d'une loi est juridiquement nécessaire parce qu'il s'agit d'organiser, avec L'Etat actionnaire ou obligataire, un régime qui déroge ou droit commun des sociétés tel qu'il est lui même fixé par la loi"*.

---

(17) Op. cit., pág. 11.

(18) Cf. OSCAR SARAIVA, "Novas formas da Delegação Administrativa do Estado", "Revista Forense", vol. 100, pág. 234; ARNOLD WALD, "As sociedades de economia mista e as emprêsas públicas no direito comparado", "Revista Forense", vol. 152, pág. 510 e segts. e WALTER T. ALVARES, "Revista citada", vol. 156, pág. 32; CARLOS MEDEIROS SILVA, "Revista Forense", vol. 145, pág. 100.

(19) "Parecer", "Revista Forense", vol. 146, pág. 87.

(20) Op. cit., pág. 580.

Autorizada a constituição da sociedade e estabelecidas suas características específicas, particularmente naquilo que deva afastar-se da legislação comum que lhe será aplicável, o processo de sua formação obedece, quanto ao mais, ao mesmo sistema da constituição das sociedades anônimas particulares, se êste fôr o tipo social adotado, regendo-se, por conseguinte, pela lei das Sociedades por Ações, ou seja o Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, e pela legislação complementar aplicável a tais espécies de sociedades.

Assim sendo, redigidos seus Estatutos, efetivada sua publicação, segundo o disposto nos arts. 40, 41 e 42 do Decreto-Lei citado, e, finalmente, subscrito o capital social, a assembléia geral dos subscritores, na forma da lei ou regularmente convocada, deliberará sôbre a constituição definitiva da sociedade. Arquivados a seguir no Registro do Comércio os atos constitutivos, daí decorrendo a existência legal da pessoa jurídica, nos têrmos do art. 18 do Código Civil, deverão ser os mesmos publicados no órgão oficial, na conformidade do que estabelece a lei das sociedades anônimas.

8. *Personalidade jurídica da sociedade de economia mista.* Problema de relevante interêsse, a caracterização da personalidade jurídica das sociedades de economia mista suscita dúvidas e controvérsias ainda não inteiramente solucionadas e decididas.

Adotando a forma das emprêsas privadas, geralmente da sociedade por ações, seria natural que sua personalidade jurídica fôsse considerada como de natureza privada, não obstante o Estado participe de seu capital social e dos órgãos de sua direção ou administração.

No entender de WALDEMAR FERREIRA (21) "é como pessoa jurídica de direito privado que a sociedade de economia mista se plasma, constitui-se e entra a aparecer no mundo dos negócios. A despeito de que seu capital se tenha formado, senão de todo, em mor parte com dinheiros públicos e que por agentes do poder público ela se administre, com isso não se desfigura; e sua personalidade jurídica específica se conserva, em todos os momentos e negócios, na inteireza de seus atributos e poderes".

Não se trata, como já tivemos ensejo de afirmar, de matéria pacífica, isenta de dúvidas e controvérsias, tanto mais quando o Estado assume em sua constituição papel de preponderância, não só quanto à formação de seu capital, como, também, no que concerne à direção ou administração da sociedade.

Por seu turno, as atividades a serem exercidas pela sociedade de economia mista, máxime quando representam elas simples órgãos ou instrumento de execução de serviço público delegado, geram perplexidades não removidas inteiramente pelos estudiosos do assunto.

Há mesmo quem entenda que a personalidade jurídica da sociedade de economia mista depende da maior ou menor participação do Estado na constituição de seu capital social, de modo a considerá-las

---

(21) Revista citada, pág. 57.

pessoas jurídicas de direito privado, quando tal participação se verifique em caráter minoritário, e, ao contrário disso, pessoas jurídicas de direito público, quando sua posição seja feita mediante a detenção da maioria das ações. (22)

Cumpre assinalar que a lei argentina, relativa à organização e constituição das sociedades de economia mista, estabelece, pelo seu art. 2.º, que as mesmas poderão ser consideradas pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado, segundo a finalidade que se proponha a atingir.

No entender de BIELSA (23) *"cuando el Estado es mero acionista, claro que en ella prevalece el carácter de una persona de derecho privado. Pero cuando el Estado concurre a formar la entidad, como poder administrador, esta tiene que configurarse como un ente autárquico. La determinacion pues, del carácter jurídico de estas entidades, sólo puede o debe hacerse, con referência a los elementos constitutivos esenciales de la Sociedad o emprêsa".*

Para HECTOR CÁMARA (24), entretanto, *"las sociedades de economia mista seran personas de derecho público, no por el solo hecho de participar el Estado, sino cuando su estrutura, objetivo y funciones sean conformes con los fines estatales, cuando estén destinadas a satisfacer intereses públicos coincidentes con los del Estado, de acuerdos a la doctrina prevalente".*

Na lição de HENRI ZWAHLEN (25), ao examinar-se a questão do regime jurídico de uma instituição há que se distinguir o ponto de vista formal, do ponto de vista material: *"Formellement, une institution peut être régie par des dispositions de droit privée, bien que, matériellement, elle relève du droit public".*

Efetivamente, o problema da caracterização de personalidade jurídica das sociedades de economia mista não pode ser resolvido *a priori*, tornando-se, por essa razão necessário e indispensável examinar, no caso concreto, outros aspectos da sociedade, entre os quais o da participação do Estado na formação do capital social, a sua posição na direção ou administração da Emprêsa, e, finalmente, qual seja seu objeto social ou finalidade a ser atingida, para, só então, chegar-se a uma conclusão definitiva.

---

(22) MARIONE, "Les Sociétés d'economie mixte en Belgique", Bruxelas, 1957, pág. 57 e segts. "Serán consideradas personas públicas de economia mista aquellas en las cuales la participación o aporte del ente público sea del cincuenta por ciento o más del capital social; y sociedades privadas de economia mixta, aquellas en las cuales el aporte de los particulares sea superior al cincuenta por ciento del capital social" (cf. HECTOR CAMARA, op. cit., pág. 94).

(23) Op. cit., tomo II, págs. 108/109.

(24) Op. cit., pág. 95, Cf, ainda, FREDERICO CAMMEO, "Societá Commercial de ente pubblico", pág. 27; MESCHINI, "Sulle natura giurídica degli enti pubblici economici", pág. 121. 1958.

(25) Op. cit., pág. 104.

De qualquer modo, no sistema do direito brasileiro, as sociedades de economia mista, em princípio, devem ser consideradas como pessoas jurídicas de direito privado, não obstante, em casos especiais, possam configurar-se como pessoas jurídicas de direito público.

É ainda HENRI ZWAHLEN (26) quem, após esclarecer que as sociedades de pessoas jurídicas de direito público e a sociedade de um só membro devem ser consideradas com pessoas jurídicas de direito público, afirma, com referência à sociedade de economia mista: *"L'entreprise d'economie mixte, par contre, ne peut jamais être considerée comme une personne morale de droit public, pour autant que l'État intervient seulement comme sociétaire. Elle n'est que dans les cas où elle porsuit un but d'intérêt général dont l'accomplissement lui est imposé par un acte de droit public, Législatif ou administratif"*.

Na realidade, não se poderá abstrair da sociedade de economia mista, o serviço público que ela porventura objetiva executar ou exercer, funcionando, em certos casos, como simples órgãos ou instrumentos a servico dos interêsses do Estado, na consecução do bem público. "Como agência ou instrumentalidade pública, a sociedade de economia mista não perde a essência política e jurídica da pessoa de direito público que a institui. Não a perde para os efeitos do direito administrativo, nem menos ainda para o direito fiscal". (27)

Com razão WALDEMAR FERREIRA (28), quando, depois de afirmar que a sociedade de economia mista não constitui uma simples sociedade, como qualquer sociedade privada por ações, acrescenta: "A preponderância do poder público, qual se verifica na prática brasileira da sociedade de economia mista, leva a concluir que esta, aparentemente, é sociedade anônima; mas, na sua essência e no seu funcionamento, muito mais se caracteriza como ente autárquico, por não passar de serviço público descentralizado, que a União, os Estados e os Municípios, entram a explorar sob a forma de sociedade mercantil, a anônima, na generalidade dos casos".

Como se verifica, a sociedade de economia mista e embora, em princípio deva caracterizar-se como pessoa jurídica de direito privado, pode, em casos especiais, configurar-se como pessoa jurídica de direito público.

Nas hipóteses em que o Estado tenha em vista estimular ou amparar a iniciativa privada, equiparando-se, ao simples particular, não haverá dúvida quanto a caracterização da personalidade jurídica de direito privado. Ao invés disso, quando a sociedade de economia mista se constitui em simples instrumento do poder público, na realização de um serviço público concedido ou delegado, a personalidade jurídica de direito público melhor se ajustaria à realidade, sem prejuízo de que suas atividades, com relação a terceiros, continuem regidas pelos prin-

(26) Op. cit., pág. 159.
(27) ALIOMAR BALEEIRO, "Parecer", *in* "Revista Forense", Vol. 190, página 57.
(28) Revista citada, pág. 165.

cípios do direito privado, a não ser naquilo em que a lei específica haja por bem dispor em contrário à legislação comum, que lhes será aplicável.

9. *Conflito entre o interêsse público e o interêsse privado.* Se é exato que as sociedades de economia mista foram acolhidas com entusiasmo, posto que se apresentavam como corretivo feliz não só da gestão puramente egoística dos particulares, como, também, da gestão estatal das emprêsas tidas como de interêsse geral, cedo começaram as críticas a apontá-las como oriundas de associação que forçosamente teria de levá-las a uma contradição insanável, expressa no antagonismo entre os interêsses do Estado, que só tem em vista o bem público, e o interêsse do particular, sempre cioso de maiores lucros.

No entender de BILAC PINTO ([29]) "esta associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando êles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma emprêsa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; êles se excluem recìprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interêsse pessoal, êle quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interêsse geral, seja o dos consumidores ou dos utentes; êle se esforça, então, para manter o preço de vendas em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irredutível, no qual um dêles será inevitàvelmente a vítima".

O ponto de vista de BILAC PINTO, sôbre o conflito entre o interêsse público e o interêsse privado, filia-se a uma corrente de opinião no mesmo sentido, mas, que, a nosso ver, poderá ser fàcilmente refutada, máxime se tivermos em vista que ao capitalismo moderno já não se permite mais o lucro imoderado e abusivo, contentando-se o detentor de capital em perceber uma justa remuneração, capaz de justificar a sua aplicação em empreendimento de tal natureza.

Segundo VITERBO ([30]) "*pareceria que hay oposicion entre los dos terminos. Eso se podria creer con el concepto de la ciencia económica fundada sobre el princípio hedonico. Entonces, economia era sinonimo de fines individuales, mas aún, egoistas. Pero ya la economia no es otra cosa que la ciencia de los medios de modo que no hay oposicion posible entre fines colectivos y fines económicos*".

Muito embora admitamos a diversidade de interêsses entre o Estado e os acionistas particulares, não nos parece porém tratar-se de conflito irremediável; antes, pelo contrário, entendemos possível e perfeitamente viável sua conciliação, de modo a permitir o êxito do obje-

---

(29) Revistas citadas, respectivamente, vol. 146, pág. 11 e vol. 32, pág. 3.

(30) APUD HECTOR CAMARA, Op. cit., pág. 5.

tivo estatal, com a correspondente garantia de justa remuneração ao capital empregado pelos particulares.

Neste sentido, acreditamos que o êxito de inúmeras sociedades de economia mista, nacionais e estrangeiras, nos autorizam a chegar à tal conclusão.

10. *As modernas emprêsas públicas, ou sejam as sociedades de um só membro e as sociedades de pessoas jurídicas de direito público.* De qualquer maneira, há quem entenda haver a sociedade de economia mista atingido seu apogeu, tendendo, por isso mesmo, a ceder lugar a outros tipos de emprêsa pública, tais como a sociedade pública de um só membro e a sociedade de pessoas jurídicas de direito público.

A sociedade pública de um só membro tem como acionista único o Estado, de modo que são exclusivamente governamentais, a propriedade, a direção e administração de tais emprêsas.

As sociedades de pessoas jurídicas de direito público, ao contrário, tem como acionistas, consoante o próprio nome está a indicar, não só o Estado, mas as demais pessoas jurídicas de direito público, que dela queiram participar.

Ambas configuram as chamadas emprêsas públicas, das quais se exclui a participação dos particulares, contràriamente ao que ocorre com as sociedades de economia mista, que contam com tal participação.

Efetivamente há quem negue a tais entidades, particularmente à emprêsa pública de um só membro, a característica de sociedade, dado que lhe faltariam os elementos caracterizadores daquela figura jurídica, representados pela *affectio societatis e o animus lucrandi.*

Contra tal objeção se argumenta que na sua conceituação moderna a sociedade anônima tão sòmente exige a presença de dois elementos: a emprêsa organizada e o patrimônio autônomo. Assim é que se tornou possível o enquadramento da emprêsa pública no campo das sociedades anônimas. Foram abandonados os requisitos subjetivos: *affectio societatis e animus lucrandi.* Passou-se a atender exclusivamente aos elementos objetivos. (31)

11. *Semelhanças e distinção das sociedades de economia mista.* Excluída dêsses tipos de sociedade a participação das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, por isto que delas apenas participam pessoa ou pessoas de direito público, continuam, quanto ao mais, a revestir-se de características mais ou menos semelhantes às das sociedades de economia mista, pois, igualmente são organizadas sob a forma de sociedade comercial, regendo-se, principalmente, pelas normas do direito privado.

12. *Adoção de uma ou outra modalidade, face aos objetivos visados e a atividade a ser exercida.* Refutando a afirmativa de BILAC PINTO, quanto ao declínio das sociedades de economia mista, AR-

---

(31) Revista citada, pág. 516.

NOLD WALD teve ensejo de publicar excelente trabalho sôbre o assunto, a nosso ver, colocando o problema nos seus devidos e exatos têrmos.

Depois de esclarecer que a companhia mista não exclui a emprêsa pública, como esta não impede a existência daquela, afirma que "a experiência do direito comparado nos revela que a economia mista e a emprêsa pública são processos fecundos de intervenção estatal. Necessário é, todavia, distinguir entre as funções de ambas, e a distinção há de ser feita distribuindo-se a cada uma sua verdadeira missão. O advento da emprêsa pública não implica o declínio da economia mista. Ambas podem existir simultâneamente, e, nos países subdesenvolvidos, em que falam os capitais necessários para os grandes empreendimentos, representam técnicas cujo emprêgo é indispensável para o desenvolvimento nacional". (32)

A adoção da emprêsa pública, ou, ao contrário, da sociedade de economia mista, realmente deverá depender do exame dos objetivos visados e, por conseguinte, da atividade a ser exercida. Assim sendo, enquanto o campo reservado à sociedade de economia deve ser preenchido pelos empreendimentos a que o Estado comparece objetivando estimular e amparar a iniciativa privada, que sem tal estímulo e amparo não se encorajaria a enfrentar atividades que exijam avultadas somas de capital, a emprêsa pública, nas suas duas modalidades principais, deve constituir o instrumento preferido na hipótese de execução de um serviço público, da qual esteja excluída a finalidade lucrativa. (33)

Êste na realidade o ensinamento de CHENOT (34): *"En réalité, les contradictions du système mixte en font un procédé de gestion peu favorable à l'exécution d'un service public. Son domaine d'élection serait plutôt dans les secteurs que l'État entend laisser a l'iniciative privée, tout en voulant favoriser celle-ci"*.

Baseado em tal afirmativa, ARNOLD WALD (35) firma seu ponto de vista: "se na realização dos serviços públicos, as sociedades de economia mista devem ser substituídas pelas emprêsas públicas *(sociétés d'État, Government Corporation)* em que as pessoas de direito público são os únicos acionistas, ao contrário, a técnica da emprêsa mista de preferência com participação minoritária é das mais fecundas para o incentivo da produção".

Esta realmente nos parece a conclusão a ser adotada, isto é, o apêlo à emprêsa pública há que ser levado a efeito se se tratar de

---

(32) Revista citada, pág. 521.

(33) BILAC PINTO, op. cit.; PAUL REUTER, "La société anonyme au service des collectivités publiques", no mesmo sentido, GASTON LAGARDE, "De la société anonyme à l'entreprise publique, in Etudes offertes à Georges Ripert, "Paris, 1950, tomo II, págs. 296/318", (cfr. ARNOLD WALD, op. cit., pág. 512).

(34) "Organization Économique de l'État", Paris, 1951, pág. 296.

(35) Revista citada, vol. 152, pág. 514.

execução de serviço público, reservando-se à sociedade de economia mista àquelas hipóteses em que o Estado vise apenas estimular ou amparar a iniciativa privada, nas atividades consideradas como de interêsse geral.

13. *Conclusão.* Nos limites de trabalho sem maiores pretensões, cumpre-nos finalmente assinalar que tanto as sociedades de economia mista, quanto as denominadas emprêsas públicas, constituem preciosos e eficientes instrumentos jurídicos postos a serviço do Estado moderno, no instante em que as solicitações do interêsse público reclamam e exigem sua crescente intervenção no domínio econômico.

Entretanto, à medida que tais sociedades se afastem das normas e da técnica das emprêsas privadas, despindo-se de suas características de independência de ação e conseqüente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades.

Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repita com tais tipos de sociedades o que ocorreu com as entidades autárquicas que, segundo OSCAR SARAIVA, envelheceram precocemente: "surgidas", diz êle, "em maior número no qüinqüênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir, as influências centralizadoras de padronização, uniformização e contrôle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição. (36)

As sociedades de economia mista e as chamadas emprêsas públicas evidentemente haverão que subsistir como instrumentos jurídicos a serviço do Estado moderno, no seu mister e empenho de atender aos interêsses gerais da coletividade, mas isto realmente só será possível na medida em que se mantiverem fiéis às suas características de emprêsa privada, de forma a não permitir sua transformação em simples órgão da administração pública descentralizada.

---

(36) Revista citada, vol. 100, pág. 234.