PARECERES

DESISTÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO DE AÇÕES

1. Constitucionalidade da desapropriação de ações. 2. Intervenção do Estado no domínio econômico: posição da empresa pública e da sociedade de economia mista. 3. Desapropriação como forma extinta de concessão de serviço público. 4. Desistência de desapropriação: restauração do statu quo ante. *5. Impossibilidade de devolução de coisa diversa. 6. Imissão provisória na posse e incorporação da sociedade. 7. Eficácia da coisa julgada.*

PARECER

A consulta tem como objeto o Decreto nº 21.345, de 6 de setembro de 1983, mediante o qual o governador do estado de São Paulo revoga a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, das ações da antiga Companhia Paulista de Estradas de Ferro, hoje Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), que ainda não tenham sido incorporadas ao patrimônio da Fazenda do Estado.

A declaração de utilidade pública, ora revogada em parte, foi emitida com o Decreto estadual nº 38.548, de 1º de junho de 1961, compreendendo todas as ações menos as de seis acionistas, com o que se cuidou de manter o número de sócios exigido, na lei da época, para a existência legal de sociedade anônima. Para esse efeito, foram "excetuadas 5.845 (ações) pertencentes ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, bem como 5 (cinco) ao portador, relativas a cada uma das cautelas de n.os 831, 832, 833, 847 e 3.278, necessárias a manter, pelo número de acionistas possuidores das remanescentes, a forma anônima da empresa, como convém aos interesses do serviço público" (art. 1º, *in fine,* do Decreto nº 38.548/61).

O ato declaratório então praticado visava, confessadamente, a encampar o serviço ferroviário de que a Companhia Paulista era concessionária.

Alude, em seus *considerandas,* ao dever do Estado de preservar o funcionamento dos serviços públicos essenciais, "chamando-os a si", quando verificar que a empresa concessionária está impedida de fazê-lo cabalmente, por motivos de ordem financeira. Nessa hipótese — afirma a fundamentação do decreto — "se impõe ao Estado assumir a direção desse serviço, através dos meios legais adequados, inclusive pela expropriação de ações, que representam o capital da concessionária, nele compreendidos todos os bens que compõem seu patrimônio, sem qualquer exceção".

I

A via ordinária de retomada do serviço, extinguindo-se a concessão, é o procedi-

mento da encampação, mediante a qual o concedente se investe no domínio e posse do ativo vinculado, ou seja, dos bens e instalações necessários à continuidade e manutenção do serviço público.

Desapropriando praticamente a totalidade do capital social, o estado de São Paulo teve em mira também adquirir os bens particulares da sociedade, bens livres e desembaraçados, sem vínculo com o serviço e, assim, de plena disponibilidade pelos acionistas.

Na decisão em que afirmou a constitucionalidade da desapropriação, o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do eminente Relator, Ministro Themístocles Cavalcanti, acentua a distinção entre a figura tradicional da encampação e a modalidade expropriatória, que marcou a experiência das nacionalizações do pós-guerra na França e na Inglaterra, "técnica nova, que dispensa estipulação contratual, porque é um direito não só do poder concedente, mas do próprio Estado" (acórdão no Recurso Extraordinário nº 65.646, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 47, p. 694).

Na Inglaterra, esclarece H. W. R. Wade (*Administrative law*, 4. ed., 1977, p. 144), a técnica das nacionalizações obedeceu a dois modelos, no período 1945-49: ou criou um ente público (*corporate body*), transferindo-lhe, por força de lei, os bens operados, ou valeu-se da desapropriação de ações (*compulsory acquisition of shares*).

Em período correspondente, a política de nacionalização, na França, também recorre ao processo expropriatório, conforme o depoimento de Laubadère: "Elle se présente comme une expropriation des *actionnaires*, la totalité des actions de la société étant transferée a l'Etat" (*Traité élémentaire de droit administratif*, 2. ed., 1957, p. 786, nº 1.589. Ver também Duez et Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 888; Rivero, *Le Regime des nationalisations*; Bernard Chenot, *Les Entreprises nationaliséees*; Laubadère, *Droit public economique*, 3. ed., 1979, nº 207 e 338).

A mesma técnica reaparece na Lei francesa de 11 de fevereiro de 1982, mediante a qual o Partido Socialista, elevado ao poder com a eleição de Mitterrand, promove a nacionalização de empresas "par le transfert à l'Etat en toute proprieté des actions representant leur capital" (art. 2º da lei citada). Na oportunidade da elaboração legislativa, a Corte Constitucional impugnou o critério de indenização previsto no primeiro projeto de lei — corrigido em nova votação — não opondo, porém, embargos ao processo expropriatório (ver: Louis Favereu, *Nationalisations et constitution*, 1982; André Delion et Michel Durupty, *Les Nationalisations*, 1982, ambos edição econômica).

A experiência brasileira sobre desapropriação de ações iniciou-se com a estatização do Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais, operada com o Decreto-lei nº 6.953, de 12 de outubro de 1944, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal (acórdão no Recurso Extraordinário nº 38.644, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 57, p. 262).

Diversos outros casos se sucederam, aos quais dediquei estudo especial (Caio Tácito, Desapropriação de ações do direito brasileiro, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 126, p. 1-5; *Revista Forense*, v. 257, p. 5/s.). Cuidei, igualmente, do tema em ensaio dedicado aos Problemas atuais da desapropriação (in *Revista de Direito Administrativo*, v. 120, p. 1/s.; *Revista Forense*, v. 256, p. 11/s; *Revista de Direito Público*, v. 31, p. 5/s.; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 6, p. 23/s.).

II

A desapropriação de ações é um dos episódios que marcam a presença do Estado no domínio econômico e social. A partir do segundo decênio deste século, acelerou-se a participação estatal em áreas tradicionalmente reservadas à iniciativa privada. Declinaram, de outra parte, as formas de delegação de serviços de utilidade pública à exploração de empresas privadas, cujo modelo dominante foi a concessão de serviço público. O Estado se tornou empresário em termos de competição, e até mesmo de monopólio, em atividades econômicas. Na proporção em que as Cartas

políticas passaram a incorporar ao elenco de direitos fundamentais a prestação de serviços sociais, a administração pública descentralizou-se em novas *pessoas administrativas,* incumbidas da gestão de serviços públicos econômicos ou assistenciais.

Para o desempenho eficaz dessa tendência de atração para o âmbito estatal de atividades antes afetas à iniciativa privada, o Estado foi levado a adotar, como instrumentos operacionais, formas jurídicas de direito privado para o funcionamento de serviços públicos virtuais. Ao mesmo tempo em que se *publicizava* a atividade privada, *privatizava-se* a personalidade jurídica do ente público incumbido da missão estatizante. Na imagem expressiva de Massimo Severo Giannini, "o direito privado expulso pela porta tornava a voltar pela janela" (Atividades econômicas públicas y formas jurídicas privadas, in *La Empresa pública,* coletânea de estudos, Publicaciones del Real Colegio de España em Bolonia, 1970, v. I, p. 103).

A moderna empresa pública e notadamente a sociedade de economia mista desafiam os legisladores e os juristas na concepção híbrida de pessoas jurídicas em que a forma é de direito privado, mas o substrato é de direito público.

Não se torna possível reger as sociedades comerciais em que o capital público é exclusivo ou dominante e cujo objeto social penetra no território das obrigações da administração descentralizada estritamente como se fossem entidades de direito comum.

A empresa pública (*entreprise publique*) — conclui um monografista atual na matéria — "est allergique aux mecanismes du droit des sociétés traditionnel", visto que "la puissance publique ne saurait être une associeé comme les autres, ni participer à un contrat de société comme n'importe quelle persone priveé" (Nguyen Quoc Vinh, *Les Entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales,* 1979, p. 291).

As atribuições da empresa estatal têm um conteúdo específico e uma destinação peculiar. "A sociedade privada, não obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista; a empresa pública e a sociedade de economia mista — devendo também atender ao interesse dos acionistas — são voltadas para o usuário, ou seja, para a comunidade", escrevemos em trabalho recente (Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais, *Revista de Direito Administrativo,* v. 151, jan.-mar. 1983).

Acentuamos, na oportunidade, que uma sociedade de economia mista jamais será uma típica sociedade comercial privada. A atual Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 1976) ao mesmo tempo que impõe à pessoa jurídica que controla uma companhia de economia mista os deveres e responsabilidades do acionista controlador (tal como nas sociedades anônimas em geral) logo distingue a *finalidade* que lhe é própria no sentido de que "poderá orientar as atividades da companhia *de modo a atender ao interesse público* que justificou a sua criação" (art. 238).

A sociedade de economia mista sofre, em suma, de uma crise dialética, uma intrínseca contradição de interesses entre o acionista público, que tem como norte o bem comum, cumprindo um dever de serviço público, e o acionista privado, que persegue o estrito resultado de um investimento financeiro.

A comunhão de acionistas, a *affectio societatis,* amálgama por excelência da sociedade comercial, sofre temperamentos diante dessa polarização não necessariamente contraditória ou antagônica, mas que tampouco é convergente.

Daí porque a desapropriação de ações — que leva à aquisição compulsória do controle por parte do expropriante — desqualifica os objetivos ordinários da companhia e quebra a unidade de interesses entre os sócios, privilegiando o interesse público, que passa a dominar a política e a estratégia da sociedade.

A empresa estatal visa primordialmente a um *fim público* que nem sempre é coincidente com o dos investidores privados minoritários.

Na ordem econômica prevista na atual Constituição prevalece para a atividade econômica pública o *princípio da subsidiarie-*

dade. A tônica do sistema que adotamos se inspira na *liberdade de iniciativa,* embora vinculada à *função social da propriedade* (art. 160, n.os I e III).

A intervenção do Estado no domínio econômico ou o monopólio estatal somente são facultados a título supletivo ou excepcional, "quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa" (art. 163).

Quando, porém, chamado a intervir, por iniciativa da lei (princípio da reserva legal), o Estado, qualquer que seja o veículo de que se utilize — órgão da administração direta, órgão autônomo, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista — tem como objetivo básico menos o resultado econômico-financeiro em si mesmo (finalidade lucrativa) do que a consecução de uma política de desenvolvimento ou de justiça social, que são os princípios dominantes da ordem econômica (Constituição, art. 160).

III

A desapropriação de ações de uma empresa concessionária de serviço público — como foi o caso da Companhia Paulista de Estradas de Ferro — importa na *encampação do serviço* e na *reversão dos bens* a ele vinculados, para que o Estado expropriante possa prosseguir em sua execução.

O resgate assim consumado *extingue a concessão,* retomando o concedente os deveres jurídicos de prestação do serviço aos usuários, "chamando-os a si", para reproduzir-se os termos de fundamentação do decreto paulista de 1961, que declarou a utilidade pública, ora parcialmente revogada.

Optando pela figura singular da desapropriação de ações o estado de São Paulo pretendeu mais do que apenas *encampar* o serviço concedido. Objetivou apropriar-se do valioso patrimônio privado da sociedade, fruto da inversão de lucros oriundos da remuneração auferida no exercício legítimo da exploração da concessão.

Em parecer de 7 de julho de 1961, emitido ao tempo em que se questionava a legalidade e constitucionalidade da desapropriação em causa, Vicente Ráo assim descreveu os bens particulares da companhia, bens *não vinculados* à concessão e, portanto, excluídos da reversão:

"Esse patrimônio distinto do *sistema ferroviário* (que, na Companhia Paulista figura em escrituração separada) compreende *um grande edifício* (Ed. Saldanha Marinho), *10 mil alqueires de terras, mais de 24 milhões de pés de eucaliptos,* e *controle de duas empresas* (Companhia Paulista de Transportes e Companhia Agrícola e Colonizadora) e *ações de várias companhias* (Cobrasma, Vasp, Telefônica de Jundiaí Ltda., Grace Paulista S.A., Telefônica Central Paulista S.A., Telefônica de Vinhado, Petrobrás, Sociedade Cooperativa dos Empregados da Paulista) *que nada têm a ver com as linhas ou sistema ferroviário — bens estes adquiridos com valores distribuíveis aos acionistas, podendo, por sua natureza, constituir sociedades distintas da sociedade ferroviária, e cujo capital aos sócios desta pertenceria como bonificação*" (coletânea de pareceres de jurisconsultos, publicação dos expropriados, 1961, p. 19/20 — grifos do autor).

Informa, também, a consulta, a título ilustrativo da situação rentável da Paulista, que "possuía em caixa e em depósitos em bancos, no dia da desapropriação, quase Cr$ 200 milhões em dinheiro, mais de Cr$ 200 milhões em contas a receber, já processadas, além de outras pendentes de processamento, e o depósito inicial do Estado, para a prévia imissão na posse, foi de apenas Cr$ 580 milhões (moeda antiga)".

Imitido na posse provisória das ações, o Estado expropriante, como acionista controlador, assumiu o comando da sociedade, elegeu nova diretoria e passou a alienar o patrimônio acima descrito, de tal modo que a próspera empresa de então converteu-se em sociedade sob regime de *déficit* constante, mantida à custa de subvenções e de empréstimos externos.

Mais ainda, mediante incorporação de outras ferrovias, o estado transformou a antiga concessionária em uma nova empresa pública de características próprias, a atual Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), que absorveu o ativo e passivo de quatro outras companhias.

Toda a estrutura da empresa originária, sua dinâmica e a destinação de sua atividade foram, assim, substancialmente transfiguradas a partir da incorporação consumada em 1971 (ata da assembléia-geral extraordinária de 18.10.71).

IV

A desapropriação é contemporânea do direito de propriedade. São duas faces da mesma moeda cunhada na forja do constitucionalismo nascente sob o signo dos direitos individuais e a proteção do domínio privado (ver nosso verbete para o Dicionário de Ciências Sociais, em preparo no Instituto de Documentação da Fundação Getulio Vargas, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 141, p. 29-30).

A garantia fundamental protege o direito de propriedade que cede diante da preeminência da utilidade pública ou do interesse social, admitindo-se a transferência compulsória do bem ao domínio público, compensada pela justa e prévia indenização.

O valor máximo juridicamente protegido é o direito de propriedade; a expropriação excepcionaliza esse princípio básico da ordem constitucional, em benefício de relevante interesse público.

Daí porque, se o expropriante não oferece ao bem um fim adequado, nasce para o expropriado o direito à retrocessão, isto é, restaura-se o direito de propriedade que se havia curvado diante da indenização compensatória e substitutiva.

Se assim ocorre após a transferência definitiva do domínio e a incorporação do bem ao domínio público, admite-se que, antes de consumada com o pagamento da indenização, possa haver a retratação do ato, ou seja, a desistência da declaração de utilidade pública, extinguindo-se a desapropriação em curso.

Em excelente ensaio sobre a matéria, o ilustre magistrado paulista Antônio de Pádua Ferraz Nogueira estudou, em profundidade, a Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório (*Revista dos Tribunais*, v. 566, p. 23-30), recenseando a doutrina e a jurisprudência dominantes.

As discrepâncias de opinião se estabelecem quanto à extensão ou ao momento em que poderá haver a desistência.

Seabra Fagundes coloca, como óbice, o início da execução do ato:

"Tendo havido imissão provisória na posse da coisa, a desistência não será admissível.

E não o será, tanto por impossível, a essa altura, a revogação da declaração de utilidade como pelo evidente prejuízo futuro do indivíduo ao receber a coisa após ter-se privado do uso dela com transtorno da sua comodidade ou negócio e quando já utilizada pelo expropriante, talvez até lhe emprestando modificações materiais." (*Desapropriação no direito brasileiro*, p. 281, nº 305-G.)

Segundo Hely Lopes Meirelles, a desistência "é sempre possível até a incorporação do bem ao patrimônio do expropriante, ou seja, para o móvel até a tradição, e para o imóvel até o trânsito em julgado da sentença ou a transcrição do título resultante do acordo" (*Dir ito administrativo brasileiro*, 9. ed. p. 511).

Eurico Sodré, em texto expressivo, admitindo a superveniência de motivos que justifiquem a modificação dos projetos, assinala que "a matéria da desistência da ação expropriatória não oferece, pois, dificuldades de tomo, sempre que decorrente de fatos verdadeiros e de intenções honestas", cabendo aos juízes, no acolhimento de tais pedidos, cercar-se de "cuidados especiais" (*A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, 2. ed. p. 227).

No direito argentino, a atual lei nacional de expropriação (Lei nº 21.499, de 17 de janeiro de 1977) admite possa o expropriante desistir da ação "en tanto la expropiación no haya quedado perfectiona-

da", entendendo como tal "cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediando sentencia firme, toma de posesión y pago de la indenización" (art. 29). No regime da lei anterior, na falta de preceito específico, a doutrina não era uniforme, variando entre as que condicionavam sua eficácia ao efetivo pagamento do preço ou apenas à posse, ainda que provisória (ver, a respeito, Jorge Luis Maiorano, *La Expropiación en la Ley 21.499*, 1978, p. 123; *La Ley Nacional de Expropiaciones nº 21.499*, publicação da Asociacion Argentina de Derecho Administrativo, p. 30/segts.; A. W. Villegas, *Régimen juridico de la expropiación*, 1973, p. 416/segts.; Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, tomo 6, p. 443/445.

Desse último autor merece realce a afirmativa de que *"el expropiante no tiene derecho para desistir dela juicio*, desde que existe desapoderamiento. Seria, a juicio del autor, injusto obligar al propietario a entrar nuevamente en posesión del bien expropiado, como consecuencia de un acto voluntario del expropiante, y el derecho del expropiado se ha desplazado a la indenización" (op. cit. p. 445 — grifos do autor).

O anteprojeto de reforma da Lei de Desapropriação, elaborada por iniciativa do Ministério da Justiça, prevê a desistência da ação até a sentença adjudicatória, sujeitando-se o expropriante a indenizar os prejuízos causados ao expropriado, inclusive honorários de advogado, a serem cobrados nos próprios autos ou em ação autônoma (art. 9º, *Diário Oficial* de 2 de março de 1982, p. 3.555).

Na omissão da lei atual, como das anteriores, a jurisprudência tem construído a tese da admissibilidade da revogação do ato e a conseqüente desistência da ação, salvo se consumada a desapropriação com o pagamento da indenização, que torna definitiva a transferência do domínio.

A par de diversos outros julgados, fartamente arrolados no estudo referido de Antônio de Pádua Ferraz Nogueira (*RT, 566*, p. 80, notas 17, 18 e passim), outras decisões podem ser acrescidas na mesma linha de tolerância do arrependimento do expropriante (*RDA, 109*/134; *110*/140; *117*/213; *134*/203; *128*/313; *RTJ, 100*/272; *RJ, 571*/97).

É mister, todavia, frisar que em todos os casos, sem exceção, a desistência foi admitida em *desapropriações de imóveis*, operando-se a devolução do bem, sem prejuízo de responder o expropriante pelos prejuízos causados, além de arcar com os encargos processuais, inclusive honorários de advogados.

A desistência tem, em suma, como pressuposto a possibilidade de restauração do direito de propriedade nas condições em que se interrompeu sua disponibilidade jurídica pelo hiato da ação expropriatória.

É significativo que, em situações específicas, a Justiça — especialmente a do estado de São Paulo — tenha condicionado a desistência à viabilidade de restauração do *statu quo ante*.

O Tribunal de Alçada Civil (6.ª Câmara), no Agravo de Petição nº 141.820, expressou, na respectiva ementa, o entendimento de que:

"Tratando-se de expropriatória, se o preço não tiver sido pago ou, embora verificada a imissão prévia, *possa o imóvel voltar ao expropriado*, cabe ao poder expropriante desistir do procedimento" (*Revista dos Tribunais*, nº 419, p. 325).

Em outro caso, não podendo a prefeitura restituir a área expropriada, porque dela se apoderara o estado para a construção de rodovia, o Tribunal de Justiça repeliu a desistência, mantendo a obrigação de indenizar (*Revista dos Tribunais*, 560/80).

O mesmo Tribunal impôs à municipalidade da capital — como requisito da desistência — a devolução do imóvel expropriado

"inteiramente desocupado, exatamente como o recebeu por força de imissão da posse. E isso porque não pode ser admitido que a agravante, que sempre zelou pelo seu imóvel, mantendo-o livre de invasão, o receba transformado em favelas e estacionamentos, em decorrência de ocupação consentida pelo desistente" (*Revista de*

Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 81, p. 274).

O desapossamento do imóvel gera, para o expropriado, o direito subjetivo a haver a indenização, mormente quando transitou em julgado sentença declaratória e condenatória e foi iniciado o processo de execução, expedida a ordem judicial de pagamento.

Se, antes da quitação, poderá o expropriante arrepender-se, mediante desistência da ação, essa faculdade revocatória depende da possibilidade de uma *restitutio in integrum*, ou seja, de que possa ser restabelecido o domínio anterior sobre a mesma coisa expropriada. Não é possível submeter o expropriado a receber *coisa diversa*, isto é, quando as alterações operadas no bem, durante a posse do expropriante, o desfiguraram substancialmente, alterando-lhe as características ou a prestabilidade.

Não basta venha o expropriante a responder por perdas e danos e lucros cessantes, após a desistência. A modificação do bem cuja desapropriação se iniciou equipara-se à perda da propriedade que, por força do princípio constitucional, faz nascer o direito à prévia e justa indenização, pela qual se reconstitui o patrimônio do expropriado, na plenitude de seu valor.

A obrigação de indenizar somente se extingue ou pelo poder liberatório do pagamento em dinheiro (excepcionalmente em títulos especiais da dívida pública com exata correção monetária, na hipótese do art. 161 da Constituição), ou pela repristinação integral do domínio anterior, tal como existia, respondendo o expropriante pelos prejuízos intercorrentes.

Não é válido, porém, devolver bem que se transformou substancialmente, alterando o objeto do direito de propriedade a que, pela desistência, se pretende retroceder.

Se tais pressupostos prevalecem quando se trata de bens imóveis (como são exemplos os invocados precedentes judiciais de áreas invadidas por ocupantes ou convertidas em rodovia), com maior soma de razões o obstáculo se identifica na desapropriação de direitos acionários.

V

Em petição, que nos foi exibida em xerocópia, oferecida nos autos da ação expropriatória que se acha em fase final de execução, com precatórios expedidos, a Procuradoria-Geral do estado, louvando-se no decreto que revogou a declaração de utilidade pública das ações ainda não indenizadas, manifesta pedido de desistência para o efeito:

a) de extinção do processo, *independentemente de audiência dos desapropriados*, que entende desnecessária;

b) de reintegração dos expropriados "na posse de suas ações", já que a Fazenda abre mão da posse provisória em que foi imitida.

A renúncia unilateral está superada com o despacho do digno juiz da ação que mandou ouvir os réus.

Quanto à essência do pedido de reintegração na posse das ações — com que o estado pretende desobrigar-se do pagamento a que foi condenado após mais de dois decênios de árdua demanda (remetendo-se os acionistas a uma ação autônoma para haver o ressarcimento de prejuízos) — impõe-se invocar os princípios identificados como pressupostos da extinção tanto do processo como da obrigação de indenização prévia.

VI

A desapropriação das ações da Companhia Paulista, em 1961, não limitou seus efeitos apenas à imissão provisória do expropriante na posse do bem jurídico expropriado. Diante da singularidade da hipótese e da finalidade do ato expropriatório, a providência foi além da encampação do serviço, como já assinalado, para permitir o apossamento do ativo disponível da companhia.

A imissão provisória em verdade se deu *nos direitos de acionista*, facultando ao estado assumir o controle da sociedade que se tornou *de fato* uma empresa pública, ou em uma sociedade de economia mista, se levarmos em conta a magra e simbólica per-

manência dos portadores de cinco ações ao portador, excluídos da desapropriação somente em obséquio à regra legal, então vigorante, sobre o limite mínimo, de sócios.

Efeito imediato e direto da assunção — ainda que provisória — da qualidade de acionista praticamente exclusivo por parte do poder concedente e expropriante foi a *extinção da concessão,* que é sabidamente relação jurídica *intuitu personae.*

O estado, que passou a gerir o serviço, inclusive constituindo nova administração, alienando bens, promovendo incorporações, alterando o capital social, incorporando outros sistemas ferroviários, obviamente pôs termo à anterior modalidade de exploração do serviço público pelo concessionário.

Não é o estado concessionário de si mesmo quando *encampa* o serviço — e o fez, no caso, *ex abundantia,* pelo procedimento da desapropriação.

A antiga sociedade concessionária, que tinha como objeto a exploração da perecida concessão, não ressuscita com a pretendida revogação parcial da declaração de utilidade que — mesmo se admitida *ad argumentandum* — jamais restituirá os acionistas por ela alcançados — em evidente minoria na nova sociedade pública — à situação jurídica de que eram titulares.

Desvencilhando-se — como aspira — da obrigação de indenizar, o estado não renuncia ao controle da sociedade, permanecendo como acionista majoritário, em face da manutenção da parte maior do ato expropriatório, que lhe garantiu o poder societário e, por via de conseqüência, todo o patrimônio da companhia, do qual tão largamente usufruiu, minguando-o às atuais proporções deficitárias.

Como acentuamos, a participação pública nas sociedades comerciais privadas desiguala profundamente a relação de equilíbrio entre os acionistas.

O estado-acionista não se coloca ombro a ombro com os acionistas privados, numa comunhão perfeita e coincidente de interesses afins.

Ascarelli qualificou de *fórmula insincera* a que pretendia aproximar a participação pública e o investimento privado. O fim perseguido pela intervenção estatal assim configurada, escreve o mestre italiano, "tuttavia non si identifica affatto con quello scopo lucrativo della società che dovrebbe constituire l'interesse 'comune' di ente pubblico e privati, scopo lucrativo cha, per sua natura, se presenta invece come 'neutro' rispetto alla finalità di un equilibrato sviluppo economico del paese" (Ascarelli, Tipologia della società per azioni e disciplina giuridica, in *Rivista della Società,* 1959, p. 1.013).

Mostra Giannini que a presença acionária do Estado *publiciza* a empresa "em um sentido que se diria subjetivo, isto é, que a empresa está submetida a uma determinante pública". Assemelhá-lo a um acionista privado significará "atender somente ao aspecto morfológico, e não ao substancial" (Giannini, Le imprese pubbliche en Italia, in *Rivista della Società,* 1958, p. 264/s.).

Em notável estudo sobre Participacion publica en la empresa privada e interes social, Gastone Cottino evidencia que "el Estado coempresario es un Estado que interviene, can el peso de sus fines, de sus motivos, de sus orientaciones, en la gestión dc la empresa".

Mostra, a seguir, que na sociedade anônima privada pode prevalecer o modelo do interesse comum e privado dos acionistas. Porém, não na sociedade com participação estatal. Nesta, se a participação não é total, gera-se a necessidade de compromisso entre grupos heterogêneos de interesses em que os acionistas privados minoritários "son pequeñas unidades impotentes, contentas casi sempre de la propia impotencia, tanto màs si esta viene compensada por qualquier beneficio de caráter económico" (in *La Empresa pública,* coletânea referida, v. 1, p. 343/344 e 348/349).

É certo que — como excelentemente marcou Alfredo Lamy Filho em original estudo do tema — é mister distinguir, nas sociedades de economia mista, o aspecto formal da natureza da sociedade comercial e o da subjacente natureza da empresa, associação de capital e trabalho para o de-

sempenho de uma atividade de produção. Sem embargo dessa dominante importância da realidade do fato jurídico, que deve sobrepor-se ao culto da forma, conforme a pioneira lição de Rolf Serick, há certamente na estrutura societária objetivos diversos motivadores da participação dos sócios "pois enquanto o particular visaria o lucro, o Estado, por definição, não pode agir com objetivos especulativos" (ver mesa-redonda realizada na Fundação Getulio Vargas em dezembro de 1963, in *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. 7, ago. 1964, p. 52-54).

VII

As considerações precedentes evidenciam, a nosso ver, a inviabilidade da pretendida desistência parcial na desapropriação de ações da Companhia Paulista de Estrada de Ferro, a se corporificar na entrega de ações da atual empresa pública Ferrovia Paulista S.A. (Fepasa), extinguindo-se a ação e, por via de conseqüência, exonerando-se o estado de honrar os precatórios de pagamento das indenizações.

Em verdade, umas e outras ações são bens intrinsecamente diversas, representativas do capital social de companhias ontologicamente distintas.

A empresa privada concessionária, de que os expropriados eram acionistas, deixou de existir, posto que a concessão (que era o conteúdo de seu objeto social) extinguiu-se com a encampação operada pela via da desapropriação.

A sociedade reconstituída sob controle do estado passou a explorar o serviço, tanto da primitiva concessão como das pertinentes às demais sociedades incorporadas.

A pretendida "reintegração de suas ações" — a que se endereça o pedido de desistência — é ato jurídico impossível, pois não há mais como restaurar a perdida qualidade de acionista em uma empresa tipicamente privada (e, ademais, com valioso patrimônio líquido) mediante o oferecimento de participação minoritária em uma sociedade com características de economia mista, dominada pelo objetivo público, sem a garantia de justa remuneração do capital investido, que é da essência das concessões de serviço público (Constituição, art. 167, nº II).

VIII

De qualquer modo, se possível fosse a desistência da ação, não apenas teria o estado de responder, em ação autônoma, por perdas e danos causados aos expropriados.

Conforme tranqüila jurisprudência dos tribunais, teria de ressarcir todos os encargos processuais incorridos pelos réus, e ocorrer ao pagamento dos honorários advocatícios a que está condenado, na própria ação, por motivo da sucumbência.

IX

À luz dos fundamentos expostos, concluo respondendo à consulta nos termos seguintes:

1. Tendo em vista a espécie e evidenciada a impossibilidade material de restituição do bem expropriado, não é admissível a requerida desistência da ação, que deve prosseguir, em grau de execução, até final pagamento das indenizações a que o estado está condenado em sentença definitiva transitada em julgado.

2. Não há identidade jurídica entre a situação de acionista de companhia privada, concessionária de serviço público e a de acionista minoritário de sociedade sob controle acionário do Estado, a importar, virtualmente, em uma empresa de economia mista.

3. A desapropriação de ações, decretada em 1961 e processada com a imissão na posse das ações e, por via de conseqüência, na disponibilidade de todo o patrimônio social (tanto o vinculado ao serviço como o não vinculado), extinguiu a concessão e esvaziou o objeto social da sociedade concessionária.

4. Se fosse possível a desistência da ação, ainda assim teria o estado de acudir, na própria ação, ao ressarcimento das custas

e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios fixados na sentença exeqüenda.

Este é nosso parecer, SMJ.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1983. *Caio Tácito,* professor titular de direito administrativo na Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro.