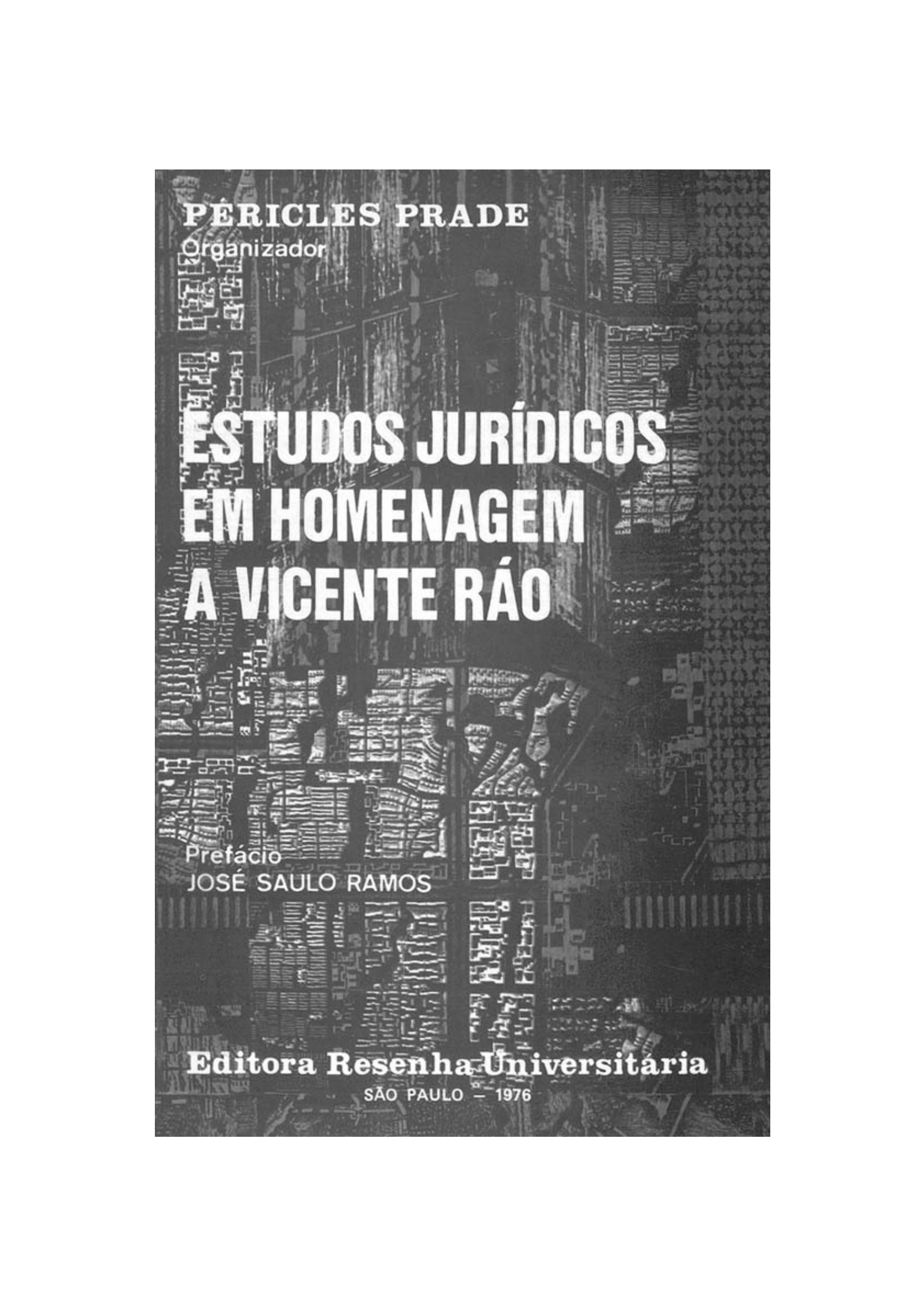


The background of the entire cover is a high-contrast, black and white aerial photograph of a city, likely São Paulo, showing a dense grid of streets and buildings. The image is somewhat grainy and has a high-contrast, almost stencil-like quality.

PÉRICLES PRADE

Organizador

ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM A VICENTE RÃO

Prefácio

JOSÉ SAULO RAMOS

Editora Resenha Universitária

SÃO PAULO — 1976

**“ESTUDOS JURÍDICOS EM
HOMENAGEM A
VICENTE RÃO”**

“ESTUDOS JURÍDICOS
EM HOMENAGEM A
VICENTE RÃO”

EDITORA RESENHA UNIVERSITÁRIA

1976

Organizador

PÉRICLES PRADE

Prefácio

JOSÉ SAULO RAMOS

OLIVEIRA FREITAS, PEDRO, FERRAZ	
, ASSOCIADO ASSOCIADO	
Registro	301
Data	19/06/01

resenha
Universitária

PROPRIEDADE DA
EDITORA RESENHA UNIVERSITÁRIA LTDA.
C.G.C. 44.170.520/0001-18 — I.E. 109.384.771
04140 — Rua Quatinga, 12 — 3º andar
Telefones: 275-7620 e 275-3910 — São Paulo



Vicente Ríos

ÍNDICE GERAL

	PÁG.
1. Prefácio	3
JOSÉ SAULO RAMOS	
2. A Justiça, o Juiz e o Direito	11
JOSÉ AMÉRICO DE SOUZA	
3. O Estado: Teoria Pura e Teoria da Dominação	25
RODOLFO ROTMAN	
4. A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana	49
ALÍPIO SILVEIRA	
5. Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro	131
GERALDO ATALIBA	
6. Os Sistemas de Ensino, Federal e Locais, e as Respetivas Esferas de Competência	165
ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ	
7. Brasileiros Natos	193
MIGUEL JERONYMO FERRANTE	
8. Imunidade Tributária Recíproca	213
AMÉRICO MASSET LACOMBE	
9. O Processo Administrativo	243
HELY LOPES MEIRELLES	

10.	A Problemática da Administração Indireta no Brasil ..	267
	MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO	
11.	A "Liberdade Jurídica" no Direito e no Processo	289
	JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA	
12.	Jurisdição e Execução	301
	CELSONE NEVES	
13.	Em Defesa da Tentativa de Conciliação	325
	MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA	
14.	Dos Embargos de Declaração em Incidente de Uniformização de Jurisprudência	347
	MAÉRCIO DE ABREU SAMPAIO	
15.	Descriminalização e Despenalização: Abordagem Jurídico-Penal	361
	PÉRICLES PRADO	
16.	Situação da Concubina no Direito Brasileiro	375
	CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA	
17.	Digressões Sobre os Direitos da Mulher no Projeto do Código Civil	397
	SÍLVIO RODRIGUES	
18.	A Vontade do Sócio na Dissolução das Sociedades Limitadas	417
	EDSON NELSON UBALDO	
APÊNDICE		
I —	Notas sobre a obra de Vicente Ráo	429
	PÉRICLES PRADO	
II —	Dados biográficos do homenageado	439
	JOSÉ SAULO RAMOS	

VICENTE RÃO, 84 ANOS DE VIDA
E O CULTO DO DIREITO POR
AMOR AO SER HUMANO

A PROBLEMÁTICA DA
ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
NO BRASIL

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

A PROBLEMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA NO BRASIL

Evidente, em virtude de algumas indecisões no pensamento doutrinário, que dúvidas ainda existem com respeito a problemática da *administração indireta* na legislação e no direito brasileiro. Mas tais dúvidas não mais podem proceder depois da vigência do Decreto-lei nº 200, e isto porque a doutrina não pode sobrepor-se a regras positivas, especulando onde o legislador não especulou se fazendo claro, dogmático e juridicamente objetivo.

Quando o assunto, *administração indireta* envolve o interesse público nas mais variadas dimensões, partindo da área federal para atingir as unidades e os municípios, já é tempo de se clarificarem as posições em favor de um entendimento comum, capaz não só de afastar as dispensáveis controvérsias, como também de evitar, no possível, desvios doutrinários que desorientem o administrador responsável.

É portanto, precisamente, com a mais honesta intenção que se propõem as teses realísticas, para que num sentido informador possam ser acolhidas como verdadeiras dentro do direito, sobretudo porque no Brasil pelo menos, há leis específicas regulando e ordenando a matéria antes convulsionada pela doutrina, hoje pacífica nos seus termos de aplicabilidade jurídica ou de entendimento quanto às práticas governamentais.

O CONCRETO LEGAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por outro lado, adotando em todos os meus sinceros trabalhos na especialidade, o método que se pode chamar de síntese analítica em face da teoria do conhecimento, dele aqui me valho convencido de que é o meio mais apropriado de adequar os problemas e suas formas reais no mundo do direito. Vamos, destarte, evitar as abstrações doutrinárias e as especulações teóricas, simplesmente para que fiquemos diante do concreto legal, ou seja, do sistema positivo hoje consagrado.

Na história do Direito Administrativo, que é notável e esplêndida da magníficas contribuições, doutrinas se construíram, escolas se integraram, teorias se conflitaram e harmonizaram, levando a nossa disciplina, por ser ramo do direito público, através de labirintos intelectivos, de onde só se voltava prenhe de dúvidas ou de desencontros conceituais. Todavia, já atualmente, não existem mistérios no Direito Administrativo, que não possam ser desvendados, nem novidades que afrontem o direito que está na sua base de origem natural, institucional e científica.

A VERDADE NOS OBJETIVOS PÚBLICOS

Adentrando, portanto, o tema do nosso pequeno estudo, que nos conduz a tratar de *administração indireta*, ou melhor, das autarquias, das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações governamentais, para orientação adiante a permanência de algumas *verdades* que não devem jamais ficar esquecidas para que possamos, por força dos objetivos, explicar uma posição de indiscutível valor pragmático para o estudioso e para aqueles que tentam entender a problemática administrativa.

As *verdades*, a que nos referimos, são estas:

1º — todas as sociedades políticas do mundo contemporâneo, mal ou bem, estão natural e constitucionalmente organizadas;

2º — organizadas constitucionalmente, num sentido que é geo-físico-material, dão uma estrutura ao Estado e governo;

3º — no fundo e na forma, as estruturas estatais impõem modos de proceder para a Administração e o particular;

4º — os regimes políticos, depois constitucionalizados, fazem necessariamente os regimes administrativos;

5º — quanto aos regimes administrativos, tornaram-se em sistemas positivos, disciplinados por legislação específica.

Ao que se pode depreender, portanto, é que existe uma profunda e real dependência vinculante entre a organização política, a constitucional e a administrativa. As normas constitucionais assentadas nos princípios políticos e as normas administrativas integradas nos princípios constitucionais. Harmonizando-se, num corpo só, o regime político, o regime constitucional e o regime administrativo.

A RELAÇÃO ADMINISTRATIVA NAS CONSTITUIÇÕES

Estou certo que estou me fazendo claro. Nas Constituições, não se compreende só a estruturação política, mas também toda a ordem normativa jurídico-administrativa. Não são elas, as cartas constitucionais, simplesmente leis

maiores ou mais poderosas. Reúnem, sem dúvida, no que procuram dar sistema, o que na base mandamental se faz legal, o que no conteúdo dispositivo condiciona e vincula a atividade administrativa.

É das Constituições, por assim dizer, que a relação administrativa ou de administração, adquire importância de relevo jurídico. Já que o direito subjetivo público nasce do exercício permitido do poder estatal, a relação que daí provém sensibiliza o Direito Administrativo, originando situações jurídicas, reconhecendo as pessoas administrativas e, o que é mais importante, determinando atividades e funções.

Impossível, portanto, pelo menos para nós, depois de considerarmos a organização constitucional administrativa, não admitirmos que o fato *organização administrativa*, envolve o direito político e o Direito Administrativo, o Direito Administrativo e o direito processual, o direito penal e o próprio direito privado, não obstante a supremacia da Administração no tocante ao direito objetivo ou às leis e normas.

Contudo, tal *supremacia*, não atenta contra os princípios gerais do direito, nem infringe o princípio da hierarquia normativa. Como as fontes legais *escritas* têm o caráter de primárias, sobretudo porque derivam do poder que legisla, nelas a Administração encontra o limite entre a atividade regrada e a atividade discricionária. Utilizando das técnicas predeterminadas, só assim o Estado se pronuncia legalmente.

Precisamente, nesse ponto de convergência, vamos encontrar o Decreto-lei nº 200, impondo a descentralização sob o aspecto dinâmico e não estático, a descentralização aceita num sentido bastante amplo, mas processando-se através de manifestações tipificadas, ou seja, *indiretamente* com a transferência de competência a certas pessoas administrativas, já anteriormente qualificadas por lei.

AS EXCELÊNCIAS DO DECRETO-LEI Nº 200

Não adianta, nem convence o hermenêuta, que discutir-se queira as excelências do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Nem o que trouxe, depois, o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Conforme o velho brocardo, melhor com eles do que sem eles. Sinceramente, analisando os citados diplomas, verifica-se que deles decorrem regras substanciais de organização e funcionamento administrativos, princípios regrados que servem o direito, o Estado e o serviço público.

Integrado na mecânica de ordem e natureza constitucional, fixando as determinantes de uma estrutura organizacional para a nação, adotando pressupostos legais que apesar de variáveis mantêm os valores institucionais, é o Decreto-lei nº 200 um *diploma-modelo* não somente para a federação brasileira, mas para outros regimes administrativos carentes de formulações positivas. Nas minhas buscas, não encontrei até agora, nada que se pudesse assemelhar a tão realística conjuntura.

Pois bem, analisado na sua peculiar problemática estrutural, dinâmico nos seus fundamentos básicos de procedimento, tratando de administração nos seus dois planos vitais, dando conteúdo constitucional e sistema ao funcionamento de poderes e órgãos, trouxe para o Direito Administrativo conceitual e histórico, disposições programáticas de incontestável importância jurídica, ou seja, de destaque quanto às possíveis atividades administrativas permitidas.

Nele, no Decreto-lei nº 200, está o Estado politicamente organizado, a Administração devidamente formalizada, tudo isso através do que chama de *princípios fundamentais*, num apontamento racional e moderno do que se possa entender por planejar, coordenar, descentralizar, delegar ou controlar. Nada falta para que apareça como um instrumento de poder legal administrativo, atuando sem violentar direitos ou interesses.

Lamenta-se, apenas, tão sómente depois do que estamos trazendo à colocação, não caber no momento maior exame crítico do sistema adotado entre nós, no Brasil. Sistema que faz regime administrativo e serve ao regime político-constitucional. E lamenta-se, porque se estamos aqui, assumindo o compromisso de abordar *parte* do que se contém no Decreto-lei nº 200, isto é, o estudo da *administração indireta*, e as possíveis implicações que tornem incertos conceitos determinados, é preciso que sejamos sensíveis às determinantes legais.

Uma premissa, porém, há de valer, e que é esta, no tocante ao tipo de organização administrativa: não foi sem razão, que o legislador, quando tornou vigente o Decreto-lei nº 200, separou e distinguiu a administração *direta* da administração *indireta*, focando a direta como aquela constituída dos serviços integrados na estrutura geral administrativa e a indireta como aquela que compreende certas categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria na especialização.

PESSOAS ADMINISTRATIVAS POSITIVAS

No quadro da administração *indireta*, sem que se precise enfatizar, as nominadas categorias de entidades, a que chamamos de *pessoas administrativas*, receberam conceito positivo e batismo jurídico adequado, obedecem quanto ao *fim* a uma devida vinculação de dependência, instituem-se por força de características singulares ou criam-se por contingências opcionais de interesse e serviço público.

Casuisticamente, para exemplificar, em virtude de uma consciência formada pela história, aí temos as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e depois então, as fundações instituídas ou *fundadas* pelo Estado. Cada uma dessas *pessoas*, como já vamos ver, não escapando de um conceito jurídico definido. Dentro de um

propósito que é bom, bastante louvável, porque não permite, nem à própria Administração, tergiversar com verdades que são legais.

Sejamos explícitos, portanto, na evidência positiva, diante do que concretamente fala e diz a lei. E perguntemos a nós próprios, tendo e lendo a lei, o que é uma autarquia, o que é uma empresa pública, o que é uma sociedade de economia mista ou o que é uma fundação? A resposta, não aliciando posições de agrado doutrinário, nem especulações teoremáticas, só se pode buscar no que ficou sucintamente no *teor-conceito*, de maneira enxuta e definida pelo legislador.

Uma *autarquia*, assim é, verbo *ser*:

— um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades *típicas* da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Empresa pública:

— uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Sociedade de economia mista:

— outra “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”.

As *fundações*, como:

— entidades que, apesar de poderem ser instituídas pelo poder público, guardam os requisitos estabelecidos na legislação pertinente (artigos 24 e seguintes do Código Civil), submetidas à supervisão tutelar ministerial (artigos 19 a 26 do Decreto-lei nº 200), pessoa pública quanto aos fins, privada quanto a personalização jurídica.

Panoramicamente, desde que aí está o Decreto-lei nº 900, complementando o Decreto-lei nº 200, ambos os diplomas fazendo regime jurídico administrativo, todas as quatro entidades nomeadas desde que intituídas em virtude de lei, passam de plano a integrar a Administração estatal. O que valem são as características que as singularizam, que as tornam distintas uma das outras, diferentes no serviço público que prestam.

RESPEITO IMPOSTO PELA REALIDADE JURÍDICA

Já portanto não existem motivos determinantes que justifiquem posições polemizantes. É sempre preferível, ao hermeneuta, ante a clareza dos textos, não desnaturá-los. Os institutos clássicos quando chegam para explicar as instituições administrativas, merecem o respeito imposto pela realidade jurídica e pela verdade legal. Não existem compartimentos *estanques* no direito ou na ciência do direito.

Haja visto, à guisa de ilustração, os atos administrativos na teoria e na prática dos atos jurídicos, os contratos administrativos na teoria e na prática dos contratos jurídicos, toda uma sucessão de fenômenos que dão unidade ao direito como ciência ou como técnica, *unidade* substancial que tem na *relação jurídica* os elementos de causa e de efeito, de motivo e de finalidade, de ação e de legalidade.

Quando, como simples curioso, quase um tanto neófito, ainda estudante interessei-me pelo Direito Administra-

tivo, surpreendi-me com um pequeno livro do ilustre RAFAEL BIELSA, cujo título “*Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*”, publicado lá pelos idos de 1923, colocava problemas abstratos em termos concretos, recomendando a aplicação subsidiária dos preceitos civis e privados.

Desde aquela leitura, procurei tornar as coisas mais fáceis para mim e para o entendimento da disciplina que por gosto adotei como também minha, ou seja, da minha tendência jurídico-vocacional. Deixando, assim, de lado, um Direito Administrativo teórico ou complexado, para aceitar convencido uma disciplina que já dominava plenamente as técnicas governamentais, disciplinando-as, explicando-as, racionalizando-as.

Noutros regimes administrativos, da França ou da Itália a exemplo, de muito tempo aos nossos dias, uma positiva jurisprudência administrativa, traz notáveis ensinamentos orientadores, embora na dinâmica do Estado moderno, os fatos continuem a exigir novas tomadas de posição, sobretudo na área do direito público econômico. No entanto, a Administração limita-se pelo direito e pelas normas de legal procedimento.

ADMINISTRAÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO

Focando o fenómeno *Administração* como um fenómeno político natural com raízes também naturais, verifica-se que ela se desdobra em dois outros fenómenos, um de organização e outro de direção. No primeiro, da *organização*, temos a anatomia do Estado-nação. No segundo, de *direção*, a fisiologia marcada por funções e órgão. Nas interrelações que se formalizam, organização é *estrutura*, direção é *funcionamento*.

Todavia, torna-se importante, que tais fenômenos institucionais, fiquem devidamente exemplificados. Visualizem a carta geográfica do Brasil, e de imediato nos sensibiliza a natureza do problema político-administrativo da organização. De igual maneira, observem o país-nação por dentro nas suas faces internas, e de pronto sentimos que a unidade depende de vias comunicantes que conduzem ao problema da *direção*.

Na filosofia da reforma administrativa brasileira, que se consubstanciou no Decreto-lei nº 200, do princípio do planejamento-tese até o reconhecimento da estrutura e o funcionamento do novo sistema, da unidade para a divisão, duas situações reais ficaram atendidas:

1º — a do *planejamento*, como dissemos com planos globais, setoriais, regionais, orçamentos-programas e programação financeira, tudo tendo em conta a organização nacional;

2º — a da *descentralização*, a que nos referimos, desconcentrando o poder da autoridade executiva, em favor de órgãos locais e níveis inferiores e para a órbita privada.

Surgindo a descentralização, na base e como princípio na *administração indireta*, um século após as advertências do mestre Paulino José Soares, Visconde de Uruguai, que já em 1862, com apreensão, condenava o unitarismo excessivo como capaz de esterilizar as administrações locais, comprometer os negócios de governo, acumular tantas e minuciosas atribuições, em prejuízo dos melhoramentos que exigem as sociedades humanas.

Voltando a nossa linha inicial de raciocínio, a federação brasileira se reencontrou a si mesma com o advento do Decreto-lei nº 200. Estabelecendo condições de procedimento, regras e normas, onde já existiam indiscutíveis naturais realidades jurídico-administrativas. Desconcentrando e descentralizando com suporte nas inevitáveis diversidades regionais. Reconhecendo, destarte, *peçoas jurídicas* que pu-

dessem atender os reclamos da lei científica da divisão do trabalho administrativo.

AS PESSOAS QUE INTEGRAM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Logo, como se pode deduzir, muito pouco valem as polêmicas, em torno das *peessoas* que integram a administração indireta. Estão elas, tais pessoas, qualificadas no direito e na lei. Cabendo ao Estado, em razão do motivo *serviço público*, usar na opção esta ou aquela que melhor diga com a atividade administrativa permitida. E quando falamos de *atividade administrativa permitida*, estamos a nos referir não às formas jurídicas indicadas, mas a um interesse maior da Administração.

Neste ponto, urge antes de chegarmos a conclusões que se ajustam na roupagem legal, que examinemos sem muitas implicações de cunho doutrinário, a exata posição na ordem-jurídico-administrativa-constitucional, daquelas pessoas jurídicas que, compondo a administração indireta, fazem-se permanentes hoje na vida estatal. Em número de quatro (4), sem dúvida, as bastantes, para que a Administração possa exercitar na sua plenitude, ampla ação no tocante aos chamados interesses públicos.

A POSIÇÃO DAS AUTARQUIAS

Comecemos, por consequência do que diz a lei, o Decreto-lei nº 200, pelas *autarquias*, já estudadas no Brasil há mais de 40 anos consecutivos através de dois importantes marcos: a monografia pioneira "*Autarquias Administrativas*", publicada em 1935, de autoria do saudoso professor TITO PRATES DA FONSECA; e do livro-tese do professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "*Natureza e Regi-*

me Jurídico das Autarquias", que veio a lume no ano 1967. Por estas duas contribuições, significativas pelo que puderam efetivamente sistematizar, aqui no Brasil, ao lado de outro trabalho programado, de autoria do professor ALBERTO B. COTRIM NETO, "*Direito Administrativo da Autarquia*", de 1966, foi possível caminhar com segurança no sentido de fixar conceitos ou determinar posições jurídicas.

Fazemos a assertiva, por em parte não concordarmos no problema das autarquias, numa discordância que não é de mérito e sim de fato, com a crítica do ilustre professor José Cretella Júnior. Na verdade, o modelo autárquico, reconhecemos, vem sofrendo fatores negativos, entre eles da burocracia, do emperramento e do controle excessivo, não podendo a situação anômala invalidar, nos seus pressupostos teóricos e práticos, a existência de uma pessoa administrativa capaz para um serviço estatal descentralizado, única na finalidade do serviço.

Em princípio e tese, as autarquias se constituem, como estamos certos de saber:

1º — por ainda serem uma forma específica de capacidade de direito público, na aguda lição de Santi Romano (CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, 1937), capacidade de gerir por si os próprios serviços que, ao mesmo tempo, são serviços de natureza estatal;

2º — por ainda possuírem capacidade específica de direito público, na sábia orientação de D'Alessio (ISTITUZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO, 1949), como instrumentos do Estado, surgidos de delegação, para realização de serviço estatal descentralizado.

As buscas, lição e orientação, servem ao direito brasileiro, em face do Decreto-lei nº 200, porque no Brasil a dita pessoa jurídica, surgiu dentro do Estado, através de personalização pública, de delegação de poderes e atribuição de funções peculiares. Ampliando o Código Civil (Art. 14) como órgãos auxiliares, sub-órgãos de gestão de

serviços e sujeitos ativos na execução de obrigações administrativas.

Lembre-se, todavia, que antes da vigência do Decreto-lei nº 200, o Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, já dava posição às autarquias no direito positivo brasileiro, como aquele “serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecido por lei”, conceito depois proposto na Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, atendendo a questões de controle financeiro.

O que se quer, destarte, conforme o enunciado legal, é que o Estado pelas autarquias, possa ter e possua, uma forma jurídica adequada na descentralização de serviços estatais seus e típicos, qualificados na espécie administrativa, serviços de inequívoca competência exclusiva do próprio Estado, o que não acontece com as demais formas legais admitidas, onde o poder estatal, aparece intervindo, por motivos de conveniência ou contingência, em áreas até então reservadas às pessoas privadas.

AS EMPRESAS PÚBLICAS, PESSOAS PRIVADAS

Com respeito às *empresas públicas*, sinceramente, não se observa no diploma legal pertinente, porque a redação está correta e rigorosamente clara, nada que seja impreciso ou possa levar a confusões hermenêuticas. Como pessoa pública pelos seus *fins*, hão de vir as empresas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio seu e capital exclusivo da União, desde que criadas por lei objetivando a exploração de uma atividade econômica.

Trazendo à colação o disposto permissivo constitucional (Art. 170 e parágrafos), as implicações que existem e que decorrem da lei maior, são apenas estas:

1º — às empresas privadas compete, *preferencialmente*, organizar e explorar as atividades econômicas;

2º — contudo, em caráter *suplementar*, o Estado organizará e explorará *diretamente* a atividade econômica;

3º — na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas *públicas* reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas;

4º — a atividade empresarial pública, *não monopolizada*, ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

Estamos diante, ao que se vê, de uma pessoa jurídica que é *pública* pelos fins, cujo batismo é *empresa pública*, mas sem dúvida, pela sua natureza legal, pessoa jurídica de direito privado. Impossível de se discutir tal figuração, imposta pela lei, submetida ao direito positivo e regrada pelo direito administrativo.

AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA DO DIREITO BRASILEIRO

Do ponto de vista jurídico-positivo, definidor, determinante e conceitual, não é diferente com as *sociedades de economia mista*, na administração indireta. A explicitude da característica fisionômica legal impede distorções e possíveis equívocos, pois a entidade aparece dotada de personalidade jurídica de direito privado, surge criada por lei para a exploração de atividade sob forma de sociedade anônima.

No que importa, o problema reside no *quantum* da participação acionária ou de propriedade das ações. Torna-se *mista*, portanto, em virtude da constituição do capital. Podendo, no entanto, na formação da pessoa, o Estado ser minoritário ou majoritário, desde que na primeira hipótese, como minoritário, tenha maioria de ações com direito a voto.

O atributo orgânico, de *sociedade anônima*, não torna duvidosa a intenção do legislador, já que na finalidade há o interesse público ou o interesse de um serviço público devidamente categorizado.

Permitam-me, um parêntesis, esclarecedor: como não se faz aceitável a afirmativa do ilustre professor J. Cretella Júnior (EMPRESA PÚBLICA — pág. 270) de que o modelo jurídico das autarquias tem os seus dias contados, igualmente, com toda a minha admiração de discípulo não reconheço como aceitável, o anunciado declínio das sociedades de economia mista, feito há mais de 20 anos, em 1954, resultante de uma advertência do ilustre ministro professor Bilac Pinto, não confirmada pelo direito positivo ou pelos processos técnicos que depois se consagraram para as mais diversificadas operações administrativas.

Excusem-me pela obrigatória sinceridade, pois é incontestável na esfera própria do direito público interno, a continuada existência material de tais *entes* como pessoas administrativas de real atuação na órbita da administração indireta...

Num informe jurídico como este, releva dizer o que é da lei, o que está no direito positivo. Não se pode, a não ser especulativamente, fugir das formas legais e, nem ignorar o que impõe o *direito vivo* na sua projeção nos regimes administrativos. Entre o que *é* e o que *deve ser*, permanece um profundo vácuo, só ocupável pelas experiências que se hão de fazer, quanto às vantagens ou as desvantagens, dos modos jurídicos adotados pelo legislador, na intenção de não violentar a realidade.

Lembre-se, por dever de lembrar, como contribuição à curiosidade dos estudiosos, dois recentes trabalhos do professor VITTORIO OTTAVIANO (IMPRESA PUBBLICA, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Milão, 1970) e outro (SOMETIMIENTO DE LA EMPRESA PÚBLICA AL DERECHO PRIVADO in *La Empresa Pública*, Vol. X, do Real Colégio de Espanha em Bolonia, 1970), ambos de

grande valia para a doutrina moderna. Como outros trabalhos, em torno das sociedades de economia mista, como os de GIUSEPPE UGO PAPI, MASSIMO SEVERO GIANNINI e GUIDO MENEGAZZI, incertos no mesmo repertório, dando a situação dos *tipos* administrativos no direito de hoje.

VALE O QUE A LEI ESTABELECE COMO VERDADE JURÍDICA

Evitemos, não obstante, a controvérsia acadêmica ocasionalmente existente entre eméritos doutrinadores, em benefício da clareza conceitual indispensável ao conhecimento prático, concreto e positivo, das autarquias e das sociedades mistas no sistema brasileiro. Partindo, sempre, do que a lei estabelece como verdade jurídica e sem ofender pela contestação o espírito informador de concepções altamente respeitáveis. . .

Mas se diga antes que, explicam-se as autarquias no Brasil, não pelo insucesso de algumas entidades mal orientadas ou submetidas ao excesso de uma tutela governamental abusiva, mas pelo que representam no próprio sistema. O simples motivo das más administrações, de falta de boa administração, não levam à crença na falência das figuras autárquicas, como o gosto pelo crescimento das empresas públicas não ferem de vida as sociedades de economia mista.

Tenham presente que as instituições não respondem pela má conduta dos administradores, pela incapacidade funcional no trato das questões administrativas ou pela incompetência flagrante na gestão dos serviços públicos. Quanto à lei, basta que se veja, ela dá tudo, para que possam ter vida normal os entes que, na Administração, em nome do Estado, realizam atividade correspondente às finalidades estatais.

Como o que quer o Estado, é descentralizar serviços, mediante o instrumento de direito público como na hipótese das autarquias, ou mediante instrumento privado como no caso das empresas públicas e sociedades mistas, escolhendo a pessoa jurídica mais apropriada à especificidade dos fins pretendidos, não se pode de maneira alguma, no exemplo inclusive da participação das *fundações*, desconhecer o direito positivo.

Para as autarquias se prevê a execução de atividades típicas da administração pública, no sentido porém de gestão administrativa e financeira descentralizada. Para as empresas públicas, que se criam revestidas de qualquer das formas admitidas em direito, uma dessas formas se completa pela formação de sociedades de economia mista. Para estas últimas, no entanto, a forma apontada, é a das sociedades anônimas. Quanto à escolha do tipo, tendo em vista a natureza do serviço, cabe à vontade do Estado, manifestar através da vontade do legislador.

AS FUNDAÇÕES PÚBLICAS COMO PESSOAS PRIVADAS

No concernente às fundações, mesmo depois do Decreto-lei nº 900, algumas ponderações merecem especial destaque:

1º — porque aparecem as fundações, salvo a natureza dos fins, como pessoas jurídicas iguais às empresas públicas, ou seja, como pessoas jurídicas de direito privado;

2º — se se diz empresa *pública* também se pode falar de fundação *pública*, sem com isso descaracterizar ou desnaturar, por razões de finalidade essencial, a pessoa de direito privado;

3º — situam-se as fundações, apesar da alteração de posição no plano do regime administrativo, quando insti-

tuídas pelo Estado como pessoas administrativas, na área da administração indireta.

São inicialmente dois pelo menos, os elementos de convencimento após a vigência da citada lei de 1969:

1º — a exclusão das fundações da categoria das entidades que compreendem a administração indireta, todas elas dotadas de personalidade jurídica própria, não impediu que as pessoas fundacionais venham a exercer propósitos de prestação de serviços públicos;

2º — integram as fundações a administração indireta, porque pelo Art. 2º do Decreto-lei nº 900, satisfeitos certos requisitos e condições, podem elas ser instituídas pelo poder público e submetidas ficam ao controle da supervisão ministerial.

Analisem bem, para que equívocos de interpretação não permaneçam, o que a lei na sua linguagem deixou escrito:

1º — a integração das velhas e novas fundações é de participação na prestação de serviços, tendo tido o legislador o cuidado no permissivo legal autorizativo, de aproximar ainda mais o comportamento administrativo da legislação civil pertinente;

2º — quando o Art. 2º diz que “não serão instituídas pelo poder público novas fundações”, está a dizer que instituídas podem ser uma vez satisfeitas *cumulativamente* algumas apontadas exigências normais que não fazem novidade no direito fundacional;

3º — exigindo dotação específica de patrimônio nas fundações instituídas pelo poder público, não se há de pensar que o patrimônio afetado seja só o particular, pois a presença de possíveis recursos privados ficou limitada um terço do total patrimonial;

4º — indicando objetivos não lucrativos que, por sua natureza não possam ser executados por órgão da adminis-

tração federal direta ou indireta, com suporte na legislação (Código Civil, Art. 24 e seguintes) fixa fins administrativos ou de pública administração;

5º — apesar do firmado não constituírem as fundações entidades da administração indireta, sómente pelo simples motivo de terem origem em virtude de lei federal, aplicam-se a elas o que se tornou normativo para todo e qualquer órgão, no tocante à supervisão superior.

A remissão aos Arts. 19 e 26 do Decreto-lei nº 200 pelo que se contém no Art. 3º do Decreto-lei nº 900, veio para assegurar a efetivação dos objetivos fixados nos atos de constituição e para colocar as fundações públicas entre os órgãos da administração federal, embora a expressão *órgão* surja aqui no sentido de pessoa jurídica autonomizada. Difícil, no posicionamento legal, outro melhor entendimento.

No momento em que o Art. 3º do Decreto-lei nº 900 impôs a observância do Art. 26 do Decreto-lei nº 200, textualmente falando “*no que se refere a administração indireta*”, *ipso facto* em função do disposto legal categórico, está sem dúvida, dentro de uma sensível lógica hermenêutica, remetendo as fundações governamentais à esfera de uma atividade que indiretamente corresponde ao Estado.

CONCLUSÃO

Para terminar, resta não esquecer na sua extensão o que mandamentalmente obriga o § 1º do Art. 70 da Constituição, ou seja, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Dispensável que se informe da clareza do texto no que se refere ao controle pela fiscalização da execução e orçamentária que atinge de plano toda a atividade geral administrativa, “*bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.*”

O que decorre do citado Art. 26, e o que explícito ficou no Art. 28 do Decreto-lei nº 200, “*prestar contas da sua gestão*” ou “*evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos*”, positivam princípios incertos da Constituição, não importando que tais menções não se façam no corpo das leis criadoras e de instituição de entidades que visem a prestação de serviços públicos.

Reformulo, em parte, meu pensamento anterior. Embora as leis instituidoras possam não impor submissão ao controle dos Tribunais de Contas, o mandamento constitucional aí está, exato e correto, na sua enunciação dogmática e de conteúdo programático.

Além do mandamento, a consciência que se tenha de “boa administração” pela exação no exercício das práticas administrativas e do princípio da legalidade que se ativa harmônico com o princípio da moralidade na administração. Não é necessário que haja obrigação escrita, onde há o explícito dever constitucional. Dever do qual, nenhum administrador, há de querer fugir.

Exemplar nº **0025**

(Lei nº 5.988/73 — Art. 64)

Espaço destinado à assinatura opcional do autor.

.....

Composto na Linotipadora
IRMÃOS MILESI LTDA.
(C.G.C. 61.439.378/0001-80)
Rua Visconde de Parnaíba, 2466 — São Paulo

Impresso nas oficinas de
VANER BÍCEGO-Gráfica São Jorge
Rua 21 de abril, 1154 — conj. C
(C.G.C. 62.099.650/0003-55)
BRÁS — C.E.P. 03047
São Paulo — S.P.

CO-AUTORES

ALÍPIO SILVEIRA
AMÉRICO MASSET LACOMBE
CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA
CELSO NEVES
EDSON NELSON UBALDO
ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ
GERALDO ATALIBA
HELY LOPES MEIRELLES
JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
JOSÉ AMÉRICO DE SOUZA
MAÉRCIO DE ABREU SAMPAIO
MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MIGUEL JERONYMO FERRANTE
PÉRICLES LUIZ MEDEIROS PRADE
RODOLFO B. ROTMAN
SILVIO RODRIGUES