

O REGIME DAS EMPRESAS NACIONALIZADAS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

JEAN RIVERO

Professor na Faculdade de Direito
de Poitiers (França)

SUMÁRIO: *Introdução — Origem e estrutura das empresas nacionalizadas — Revisão de noções fundamentais — Serviço público — Estabelecimento público — Regime da concessão — Domínio público e domínio privado — Extensão da jurisdição administrativa — Competência administrativa e judiciária — O liberalismo econômico e o direito administrativo — Os meios e os fins das empresas nacionalizadas — Descentralização e distribuição do Poder — Conclusão.*

* 1. O título dêste estudo deve ser justificado e, até mesmo, defendido. De tão dessemelhante a natureza dos dois elementos nêle contidos, cabe, realmente, a pesquisa da legitimidade de se procurar descobrir relação entre ambos; à primeira vista, o sistema das empresas nacionalizadas interessa, apenas, diminuto setor no domínio do direito administrativo: estudar a influência que as modificações havidas nesse setor poderiam acarretar no vasto conjunto jurídico, do qual aquêlê é parte sômente, não parece, desde logo, arbitrário intento? E sendo a atenção do jurista solicitada por tantos problemas autênticos, qual a necessidade da criação de um que talvez não exista?

Através de rápido exame, êsse raciocínio pode parecer procedente. Até mesmo uma observação vem apoiá-lo: o professor que tem por incumbência o descortínio, aos estudantes, do panorama completo do direito administrativo, pode desempenhá-la sem, praticamente, se defrontar com o fenômeno da nacionalização a não ser em curto capítulo. Também, se se penetrar mais no âmago da questão, constatar-se-á que o aproveitamento do direito administrativo, feito pelo regime das nacionalizações, é, em suma, bastante restrito: o proceder do estabeleci-

* NOTA DA RED.: Traduzido de *La Distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique* (Archives de Philosophie du droit, Recueil Sirey, 1952), págs. 147 e segs. por Ruth Barbosa Goulart, advogada no Distrito Federal.

mento público, utilizado no instituto das emprêsas de electricidade, do gás e das carboníferas, e o regime da concessão, constituem, à primeira vista, os principais sistemas aos quais recorreu o legislador. O aproveitamento dos mesmos, por êle feito, não deixou, por certo, de importar em derrogações consideráveis dos moldes clássicos daqueles dois regimes; essas derrogações são, entretanto, nitidamente delimitadas; circunscrevem-se, apenas, aos domínios dentro dos quais a lei as introduziu. O fato de *Electricité de France* não ser “um estabelecimento público como os demais”, não impede o sistema clássico de continuar a prevalecer para “os demais”, que constituem a grande memória. O regime das emprêsas nacionalizadas, talvez consagre exceções a certos princípios: os princípios, contudo, permanecem.

2. Por dois motivos, entretanto, não se hesitará em abandonar a questão tal como anteriormente formulada: primeiro, porque, se o legislador se serviu, apenas, de reduzido número de instituições do direito público clássico, aproveitando-as, surge tanto para a doutrina quanto para a prática, o problema da inserção, no conjunto de nosso direito administrativo, dos sistemas elaborados pelo legislador, quaisquer que sejam as denominações que êste lhes atribuir; um exemplo ilustrará essa afirmativa: o legislador, para definir o regime dos bens das emprêsas nacionalizadas, não se referiu aos conceitos de domínio público ou privado; surgem, então, problemas práticos — como o da penhorabilidade desses bens —, que não podem ser resolvidos sem serem confrontadas as normas contidas na lei, com as categorias tradicionais. Da mesma forma, é impossível solucionar os problemas de competência, apresentados, diàriamente, pelo contencioso das emprêsas nacionalizadas, sem alusão às normas gerais que regem a matéria. Assim, a estrutura dos estabelecimentos nacionalizados envolve ligação muito mais estreita com o direito administrativo, do que poderia ressaltar de uma leitura isolada do assunto.

3. Por outro lado, o ponto de vista, segundo o qual as derrogações das normas clássicas feitas por aquêles sistemas, seriam, apenas, exceções — as famosas exceções que confirmam as regras —, é, evidentemente, superficial. A exceção pode valer, antes de tudo, como sinal de evolução: pode evidenciar situações novas às quais não mais convém a regra existente: entretanto, já foi denunciada — e acertadamente —, a precipitação com a qual alguns juristas se adiantam em sacrificar a norma, suspeita de caducidade, desde que se apresente a exceção: existe um indubitável apetite de novidade, um certo esnobismo jurídico, ávido por não permanecer em atraso, ainda que numa idéia apenas, que caminham em sentido inverso da função social do direito, criador de segurança pela estabilidade, ou, pelo menos, pela continuidade. Mas, para evitar êste excesso, não é preciso cair no excesso contrário, e numa espécie de “integrismo” jurídico que não quer reconhecer as transformações ligadas à própria evolução do tempo. Aliás, a exceção não é, apenas, indício ao qual o espírito deve estar atento; é, também, simplesmente, um fato: se se contrai, sob pressão das exceções, o campo de aplicação da norma, esta, *ipso facto*, se vê condenada; ela é norma

enquanto se aplica à maioria das situações concretas; mas perde o valor ao inverter-se essa afirmativa; e a evolução do direito administrativo dá mais de um exemplo de regras que continuaram sustentadas, embora, desde muito, as situações provocadas pela exceção fôsem as mais numerosas até o dia em que a evidência se impôs, acarretando o desaparecimento da norma: assim, a irresponsabilidade do Estado, para citar, apenas, um dêesses exemplos.

4. Eis, entretanto, uma segunda objeção; que a estrutura das emprêsas nacionalizadas possa ter incidência sôbre importantes aspectos do direito administrativo, alguns o admitem; negarão, todavia, que esta incidência seja particular a êsse tipo de emprêsas, e que possa ser isolada das transformações verificadas em nosso direito pelo alargamento das iniciativas do poder no domínio econômico.

Além disso, contestarão a própria existência da categoria da qual ora se cogita; farão observar que a noção de emprêsa nacionalizada tem sua unidade — até as palavras o dizem — não em uma estrutura que lhes seja particular, mas pela operação realizada no após guerra; é a nacionalização que caracteriza, por si, a emprêsa nacionalizada; ora, os anos passam e a nacionalização tende a tornar-se uma lembrança apenas; o ponto de vista da origem, apaga-se, o da estrutura, supera-o, e encaminha o grupo das emprêsas nacionalizadas à absorção pela categoria, mais vasta, das emprêsas públicas. De fato, o arcabouço legislativo, sempre em revisão, pretende reger tôdas as emprêsas públicas, fazendo abstração da sua origem. Não seria, pois, necessário ampliar o tema em exame, e não conviria abordar todo o problema da incidência, sôbre o direito administrativo, da entrada do Estado no circuito econômico?

5. Há, nessas observações, grande parte de verdade. Não é menos certo, porém, que as nacionalizações, e os sistemas delas oriundos, criaram problemas que lhes são peculiares; o legislador utilizou, nessa esfera, fórmulas que não se encontram nas demais emprêsas públicas; e, sobretudo, colocou-as a serviço de uma ideologia, ou melhor, de um complexo de ideologias, que não podem deixar de ter projeção sôbre a realidade.

No grupo das emprêsas públicas, a emprêsa nacionalizada conserva, ainda, sua originalidade, e a influência que possa ter tido não é, necessariamente, redutível à exercida pelo desenvolvimento, em geral, da emprêsa pública.

6. Mesmo onde elas se confundem, aliás, sucede que as emprêsas nacionalizadas, pelo seu repentino e simultâneo aparecimento, ampliaram e aprofundaram evoluções já fomentadas. A crise gerada no direito clássico, por sua brusca ocorrência, certamente nelas não teve origem; a maior parte das questões que elas suscitam, já se suscitavam; mas suscitavam-se com menos urgência e em proporções mais modestas. Assim, a influência exercida pelas nacionalizações apresenta-se com dupla natureza: de um lado, levantaram problemas que lhes eram peculiares, alteraram algumas categorias até então pacíficas; de outro, patentearam e agravaram crise preexistente, obrigando a dela tomarem

conhecimento, aquêles que, até então, acreditavam poder considerá-la como secundária.

7. Ao que se supõe, tais são as razões que justificam o tema dêste estudo e, ao mesmo tempo, o delimitam com precisão. Surgiu, entretanto, uma última dificuldade: é banal repisar-se que a principal originalidade do regime das emprêsas nacionalizadas reside na justaposição, por êle operada, entre as instituições e as normas reproduzidas, de um lado, do direito público e, de outro, do direito privado; essa característica é, aliás, comum a tôdas as emprêsas econômicas das coletividades públicas; nos seus estatutos, as duas disciplinas, tradicionalmente distintas, se encontram e tendem a coabitar; a querela, já célebre, das relações entre direito público e direito privado, depara, nesse setor, com uma solução que pode fazer chegar a acôrdo teses antagônicas: nem “publicização do direito privado”, nem manutenção das duas disciplinas dentro do seu tradicional domínio, mas estreita interpenetração de uma e de outra nos campos que, outrora, constituíram a alçada de uma ou de outra.

Pode-se, então, concluir que o método seguro para o estudo do regimento das emprêsas públicas consiste, não em partir de uma ou de outra das disciplinas em causa, para procurar em que ponto o regimento a aproveitou, e quais as adulterações por êle inflingidas aos seus conceitos tradicionais, mas sim em considerá-lo em função das necessidades peculiares que deva satisfazer, a fim de lhe dar a coerência e a unidade, as quais nunca atingiria, se os juristas aí vissem, apenas, uma espécie de campo de batalha sôbre o qual uma linha de bandeirinhas, colocadas por sua própria diligência, marcaria os ganhos e as perdas recíprocas dos dois direitos, público e privado.

8. Se tal é, então, o método mais adequado, com êle não será frustrada a perspectiva que aqui se pretende ter. O regime original, para o qual é de desejar-se a aquisição da unidade que ainda lhe falta, não pode ser constituído pela simples justaposição de elementos tomados às disciplinas tradicionais; pelo fato, apenas, de sua justaposição, pelo fato, também, da sua aplicação em novos domínios, êsses elementos não podem subsistir tais quais; é preciso ajustarem-se uns aos outros; e isso só pode ser conseguido através de profunda transformação, que poderá representar, em alguns casos, verdadeira desnaturação; é preciso, pois, tomar conhecimento dêsses fenômenos, e procurar o novo sentido adquirido, na contextura da emprêsa nacionalizada, pelos elementos tradicionais extraídos, na elaboração do seu regimento, de uma ou de outra disciplina. Busca tanto mais necessária quanto as deturpações assim constatadas têm tôda a probabilidade de não se restringirem, apenas, ao ponto em que se operaram; tal instituição, tal categoria, vai assumir, quando transplantada para o campo das nacionalizações, aspecto inesperado: o jurista, ao considerá-la no seu meio de origem, poderá fazer abstração dêsse novo esclarecimento? A transmutação por ela experimentada impedirá considerá-la sob o mesmo prisma: quer tenha a instituição clássica revelado possibilidades ainda não supostas, quer apareça dotada de coeficiente de relatividade que

Ihe era, até então, desconhecido, o seu estudo deverá levar em conta essas observações.

9. Ao término dessas considerações, dois caminhos se apresentam à pesquisa: o regime, ou melhor, os diversos regimes, das empresas nacionalizadas exerceram, sobre algumas das teorias clássicas do direito administrativo, influência direta, que convém ser analisada, antes de tudo; mais profundamente, porém, agravaram e aceleraram a crise que, antes delas já abalava o arcabouço clássico do direito administrativo, tal como êle se constituíra no primeiro quarto deste século: e é uma vista geral dessa crise que se tentará, em segundo lugar, pôr em evidência.

I

10. A perturbação causada pela nacionalização em alguns institutos fundamentais do direito administrativo, tem suas raízes, tanto na iniciativa do legislador, quanto na interpretação doutrinal das soluções que êste consagrou.

Em certo número de casos, o legislador, a fim de definir o sistema que elaborava, apelou para noções administrativas clássicas: manteve a de estabelecimento público na definição das empresas destinadas à administração da eletricidade, do gás e das carboníferas; conservou a de concessão, para as relações que se estabeleciam entre *Electricité et Gaz de France* e as coletividades locais. Estabelecimento público, concessão: categorias nitidamente definidas, às quais correspondiam regimes jurídicos desde muito analisados pela doutrina; mas os sistemas elaborados pelo legislador, que os encobriu com as denominações tradicionais, mostraram-se bem diferentes daqueles que elas comumente abrigam; entre a insígnia e a mercadoria, instaura-se divórcio: neste “estabelecimento público”, nesta “concessão”, o direito administrativo tem dificuldade em reconhecer “seu” estabelecimento público e “sua” concessão.

O exegeta está prêso, portanto: escravidão do jurista! O que tachava de “disparate” quando na bôca de estudante universitário, torna-se, na do legislador, afirmação do direito positivo; calculará, em vão, a diferença existente entre a noção clássica e o regime que ela é chamada a qualificar; desde que o legislador o afirma, deve-se admitir que êste pode encobrir aquela, e, conseqüentemente, rever a definição tradicional.

11. Mais numerosos, entretanto, são os casos em que o legislador se limita a ditar normas e elaborar estruturas sem tentar qualificar, êle próprio, seu trabalho, e sem se referir, nominalmente, a tal ou tal categoria clássica. Êste método foi seguido quando foram criadas as comissões de organização e outros órgãos de economia dirigida; pode ser reconhecido no conjunto do regimento de algumas empresas nacionalizadas: na sua definição nenhuma das denominações tradicionais foi conservada pelo legislador; é o caso, por exemplo, da *Régie Renault*, a qual, segundo a ordenação de 16 de janeiro de 1945, é “um estabeleci-

mento de caráter industrial e comercial”, o que deixa de pé o problema da natureza desse “estabelecimento”. O mesmo método se aplica a diversos pontos do regime de tôdas as emprêsas: são descritos, porém, não qualificados juridicamente; tratando-se, por exemplo, da definição do regime dos bens nacionalizados, a lei não utiliza os conceitos clássicos de domínio público ou privado; limita-se a descrever o estado de coisas que pretende instituir. A doutrina, entretanto, não pode se contentar com uma tal solução; primeiro, pelas razões de ordem prática; o legislador não previu, na verdade, todos os problemas jurídicos que teriam origem nas instituições, por êle criadas, à medida que elas fôsem sendo postas em uso. Êsses problemas, contudo, precisam de uma solução; onde encontrá-la, senão procurando adaptar à situação assim criada, um regime geral, definido pelo enquadramento da situação considerada numa qualificação tradicional? Qualificar, integrar numa categoria, reconhecer, no esbôço traçado pela lei, as linhas essenciais que permitem o seu enquadramento em determinado modelo jurídico bem conhecido, e completar o esbôço com traços copiados desse modelo, eis aí uma das tarefas fundamentais que se impõem à doutrina e, mais diretamente ainda, à jurisprudência.

A essas razões práticas, unem-se outras, de ordem diferente: o Direito, se quer, para si, disciplina científica, não pode se limitar a coligir os enunciados da vontade legislativa; êle precisa organizar a matéria prima nêles contida, descobrir as semelhanças que ligam regras e instituições, enfim, transformar em um todo inteligível o caos evidente com o qual está em luta.

Diante dos novos regimes, que se lhes apresentavam, os juristas, então, onde o legislador não qualificou, procederam êles próprios à essa classificação, e tentaram tornar conhecido o desconhecido, para possibilitar a solução de inumeráveis problemas que se manifestariam. Mas, nessa tentativa, depararam com a mesma dificuldade, oriunda do emprêgo, pelo legislador, das denominações clássicas: as categorias tradicionais revelaram-se inadequadas às novas situações, ou a elas não se puderam adaptar senão mediante profunda transformação.

De uma forma ou de outra, algumas das noções fundamentais do direito administrativo viram-se de novo agitadas, em revisão; já foram citadas as de estabelecimento público, de concessão; é preciso acrescentar, na lista, a noção de serviço público, e a teoria do domínio, às quais teve que se referir a doutrina para tentar definir os regimes criados.

12. Quais as modalidades dessa revisão? Para calcular exatamente a extensão dos transtornos havidos, impõe-se uma primeira advertência. Algumas das noções ditas “tradicionais” do direito administrativo, são, na realidade, noções jovens, pelo menos quando comparadas com os conceitos não raro multisseculares do direito privado; muitas, só se fixaram depois do início deste século; em períodos relativamente estáveis, pôde-se acreditar que elas haviam assumido sua forma definitiva e encontrado seu equilíbrio; foram, então, utilizadas, sem serem, talvez, suficientemente aprofundadas: ora, um exame mais atento e mais crítico teria revelado, em algumas fórmulas e definições

difundidas pela prática e pelo ensino, singulares inconseqüências, falta de coerência interna, zonas de penumbra ou de névoa. As noções que se acreditavam consolidadas intelectualmente, por se ajustarem, mais ou menos, à prática de uma época, nem sempre mereciam a consideração que se lhes tributava: ao contacto de realidade mais complexa, evidenciaram, não apenas sua inadequação às situações novas, mas, ainda, sua fraqueza intrínseca. As nacionalizações ocasionaram, portanto, sôbre o direito público clássico, um primeiro efeito: contribuíram para abalar a autoridade de algumas “idéias recebidas”, e fizeram sobressair a necessidade de ser reexaminada, sôbre bases mais sólidas, a elaboração de um arcabouço, cujas perspectivas imponentes não eram, muitas vêzes, senão miragem.

13. Depois das concepções enfraquecidas, os pontos especialmente atingidos: tal regime, bem definido, transposto para o quadro da nacionalização, aí sofrerá, pela interferência do legislador, radical transformação; as formas tradicionais subsistem; mas as hipóteses fundamentais, em vista das quais foram elaboradas, vêm-se profundamente confundidas; a instituição muda, desde logo, de sentido; sofre verdadeira desnaturação e a identidade de palavras, embora assegure aparente continuidade, não poderia disfarçar a profundidade da ruptura; compete aos estudiosos do direito privado, dizer se tal não é o caso, no que se refere à utilização da estrutura da sociedade anônima nas companhias de seguros e nos bancos nacionalizados; o estudioso do direito público, pode afirmar que isso acontece no caso da concessão.

14. Seguem-se, enfim, as teorias clássicas segundo as quais a nacionalização nada invalida, e, mais ainda, nada modifica, mas que se apresentam incapazes de explicar situações novas, criadas pelo legislador, dentro do âmbito das matérias para cujo regimento bastariam essas construções. A noção de domínio é um exemplo; os dois regimes do domínio público e do domínio privado regularam, por muito tempo, o sistema de todos os bens pertencentes a pessoas públicas; a nacionalização criou um estado de coisas ao qual não se ajusta nem um, nem outro desses regimes; imutáveis em suas tradicionais alçadas, perdem seu monopólio: surgem novas relações entre bens e pessoas públicas, que, fora de ambos, é preciso explicar.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

15. Entre as noções clássicas, cuja falta de coerência o regime das empresas nacionalizadas contribuiu para evidenciar, deve ser inscrita, em primeiro lugar, a de *serviço público*.

Na verdade, as nacionalizações desempenharam, nesse particular, função de complemento; tornaram manifesto, o que se podia pressentir desde muitos anos. Fizeram-no, entretanto, com estrépito, e o golpe por elas vibrado é, sem dúvida, decisivo.

Diante das empresas nacionalizadas, os juristas deviam, necessariamente, propor a si próprios a questão, fundamental à primeira vista, de saber se era preciso, ou não, encará-las como serviços públicos;

por que razão não lhes veio à mente tal problema, já que o direito tradicional considera a noção de serviço público a linha divisória entre as duas competências administrativa e judiciária, e dela faz decorrer normas fundamentais que preponderam na administração da empresa?

16. Ora, duas constatações impuseram-se, rapidamente: a primeira, capaz de surpreender o leigo, é a diversidade de respostas dadas à essa questão. Para uns, tôdas as empresas nacionalizadas são, sem distinção, serviços públicos; outros, traçam, dentro da própria categoria que êles constituem, uma linha divisória, não admitindo, por exemplo, dentro do campo do serviço público, a *Régie Renault*. A testemunha dessas divergências espanta-se: como assim? Essa noção fundamental, da qual decorrem conseqüências práticas essenciais, é, pois, tão incerta para prestar-se a controvérsia? Nenhuma resposta uniforme é, então, possível, à questão de saber se as empresas nacionalizadas entram ou não na categoria que aquela noção define? Estranha fronteira que evoca as dos Estados Sulamericanos, sempre controvertidas! Compreende-se, assim, a surpresa do leigo; melhor advertido, o especialista sabia quais as incertezas, quais as contradições que o uso da noção de serviço público suscitara, há anos; sabia, também, que a causa — mais grave do que o efeito — estava, não apenas nas novas estruturas, muito diferentes dos tipos tradicionais e em razão das quais surgira a questão, mas ainda, e sobretudo, nas divergências que separavam os autores quanto à própria definição do serviço público. Os mais otimistas, os mais fiéis à noção tradicional, afagavam a esperança de que, talvez, se tratasse de casos limítrofes, dessas situações contestadas que sempre se encontram na periferia de zonas regidas por estável e simples noção. Entretanto, esta interpretação tranqüilizadora não mais vigora diante da amplitude dada à essas incertezas pela sua manifestação, em tão vasto e importante domínio quanto o da estrutura das empresas nacionalizadas.

17. Segunda constatação, não menos desconcertante, à primeira vista, que a precedente: essas incertezas sobre a qualificação das empresas nacionalizadas como serviços públicos não têm, talvez, importância alguma; qualquer que seja a decisão adotada, ela dá margem a soluções idênticas, quando se chega a, concretamente, definir o regime dessas empresas; e os mesmos autores que se opõem ao emprêgo da noção de serviço público, são concordes na análise dos elementos desse regime.

Na concepção clássica, a noção de serviço público preenche dupla função: serve para resolver problemas de competência; induz à aplicação de certo número de normas gerais, as quais deduzem-se, necessariamente. Ora, sua inutilidade, nestes dois pontos, manifesta-se com evidência.

Trata-se de determinar se o contencioso dos estabelecimentos nacionalizados está sob a alçada da instância administrativa ou do judiciário? A noção de serviço público em nenhum momento intervém; não se pode atender à natureza pública ou privada do estabelecimento, para resolver-se o problema, mas, sim, em cada litígio, à natureza da

situação jurídica que constitui objeto do debate: voltar-se-á a tratar, mais detalhadamente, das perspectivas abertas com êsse estado de coisas; no momento, quer-se, apenas, fixar o aspecto negativo, isto é, a inutilidade do recurso, neste setor, à noção de serviço público.

Pode-se, pelo menos, pôr em evidência regras fundamentais aplicáveis à estrutura dêsses estabelecimentos? Basta reconsiderar as principais conseqüências que a jurisprudência e a doutrina clássica atribuíam à noção de serviço público, para constatar que elas soam falso, e não correspondem aos verdadeiros problemas levantados pela empresa nacionalizada; preeminência da autoridade pública sobre a empresa? Nesse ponto, nada mais se pode fazer a não ser constatar uma evolução: na idéia primitiva do legislador, essa preeminência fôra voluntariamente afastada, o Estado sendo minoritário no seio dos conselhos de administração tripartidos, que exerciam, na maioria dos casos, o poder de direção. Hoje, o reajustamento das fiscalizações, a dependência financeira do Estado, na qual se encontram bom número de empresas, restabeleceram, em proveito daquele, certa primazia, repetidas vezes criticada, aliás; mas é notável, justamente, que tal evolução tenha podido produzir-se sem que a idéia de serviço público tenha sido chamada a nela desempenhar o menor papel. Trata-se do princípio de continuidade do serviço público, pedra angular da teoria? Entretanto, o que subsiste, hoje em dia, do princípio de continuidade, mesmo em seu campo tradicional? Pode-se fazer a pergunta, não sem certa ansiedade.¹ Em todo caso, é bem evidente que o problema não se apresenta em relação à *Régie Renault*, tantas vezes à beira de movimento grevista, ou em relação dos mineiros — aos quais uma longa tradição de ação operária deu, como arma essencial de suas lutas, união particular — como poderia se apresentar nos serviços públicos clássicos.

Trata-se de igualdade dos clientes diante do serviço? Ainda aí, a questão, tratando-se de empresas comerciais, às quais a própria natureza de suas atividades impõe discriminações — basta pensar nos bancos, nas companhias de seguros — não tem, praticamente, razão de ser.

Os exemplos podem ser multiplicados: dizer que as empresas nacionalizadas são serviços públicos, ou recusar-lhes essa qualificação, não é trazer novas luzes para o estudo do seu regime.

18. Mais uma vez: a crise, ou melhor, a decadência da noção de serviço público, não teve origem com a nacionalização. Esta, porém, manifestando-a, contribuiu para precipitá-la. Mais ainda, contribuiu, não apenas para diminuir o valor atual da noção, mas, também, para fazer surgir a dúvida sobre o seu conceito original. A doutrina, obrigada a confrontá-la com as situações que se lhe apresentaram, constatou que, em nenhum momento, fôra possível a concordância, quer quanto à própria definição do serviço público, quer quanto às conseqüências jurídicas a serem deduzidas; noção ilusoriamente clara, não pôde

¹ Nesse particular. vide nosso estudo *Droit Social*. dezembro de 1951.

resistir à crítica suscitada pelas circunstâncias; ² não é, aqui, o momento para se tentar descrever a gênese e as vicissitudes doutrinárias e jurisprudenciais da noção; êsse trabalho, cujo resultado será exposto alhures, evidencia que ela nunca pôde encontrar o seu equilíbrio e coerência; utilizaram-na, durante perto de cinquenta anos, sem conseguir precisar-lhe os contornos: situação tanto menos satisfatória, porquanto esta noção, rebelde à *definição*, era, precisamente, chamada a uma *função de delimitação*. As incertezas, relativamente ao caráter orgânico ou unilateral do serviço público, evidenciadas pela evolução dos últimos anos, lhe são inerentes e são encontradas desde as primeiras definições propostas; os acontecimentos revelaram-nas, não as criaram.

PARÁGRAFO SEGUNDO

19. Assim, como a respeito da noção de serviço público, o estatuto das nacionalizações não desempenhou o primeiro papel no exame crítico da *noção de estabelecimento público*; já os problemas levantados pelas comissões de organização e pela jurisprudência (decisões *Montpeurt* e *Bouguen*) haviam revelado falhas na definição clássica; mas, ainda aqui, o emprêgo, desta vez pelo legislador, da noção de estabelecimento público para caracterizar as estruturas de *Electricité* e *Gaz de France*, das *Houillères* e *Charbonnages*, viria estimular o esforço crítico: não foi obra do acaso se o trabalho de Drago, consagrado às “crises da noção de estabelecimento público”, apareceu em 1949. ³

É conhecida a definição clássica: estabelecimento público — serviço público dotado de personalidade jurídica. É preciso reconhecer que ela encontra dificuldade em englobar todos os estabelecimentos públicos, nos quais essa qualidade era, tradicionalmente, reconhecida; desde o fim do século passado, Hauriou mostrava que, no fundamento da associação sindical de proprietários, então classificada, pela jurisprudência, entre os estabelecimentos públicos, havia interesses coletivos, mas privados, e não o interesse público que é, normalmente, o esteio do serviço público; e a mesma observação aplicar-se-ia às Câmaras de Comércio, se a doutrina não tivesse deixado à margem êsses estabelecimentos públicos aberrantes, e repetido, sem pôr de novo em discussão, em vista dêsses casos suscetíveis de infirmá-la, a definição tradicional. É preciso, aliás, reconhecer que a incerteza assinalada acima, relativamente à noção de serviço público, elemento central dessa definição, explica, largamente, as reticências da doutrina na matéria.

² Encontrar-se-ão exemplos desta crítica no estudo de Chenot. *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, in *Études et Documents du Conseil d'Etat*, 1950, pág. 77, e em Auby, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif*, *Annales de la Faculté de droit de Bordeaux*, 1951, n.º 1, pág. 3.

³ Vide, também, P. Teste, *L'évolution de la notion d'établissement public* *Cahiers de documentation juridique E.D.F., et G.D.F.*, 1950, pág. 180, e Ch. Blaevoet, *Le statut d'E.D.F. et G.D.F.*, *ibid.* 1951, pág. 102 (sobretudo pág. 104 e seguintes).

A dificuldade iria agravar-se com o desenvolvimento, entre as duas guerras, dos estabelecimentos públicos industriais e comerciais; a doutrina clássica admitia, sem discussão, que o estabelecimento público, pessoa jurídica de direito público, depende, quanto ao seu regime, dessa disciplina, e, quanto à sua competência, da instância administrativa; o estabelecimento público econômico fugia, consideravelmente, a essa dupla regra; o direito privado, inseparável da operação comercial e a competência judiciária ganhavam terreno, nesse domínio. Desde então, era preciso, para manter no esquema antigo os novos estabelecimentos, ampliar êsse esquema, libertar o regime tradicional de alguns dos seus elementos.

20. Êsse fenômeno de distensão é capital; desempenhou papel essencial na evolução recente de nosso direito administrativo, para integrar, na categoria tradicional, nova situação jurídica, que dela se aproxima e se destaca ao mesmo tempo; eliminam-se do esquema clássico os traços incompatíveis com a situação considerada; assim, a categoria se mantém e se amplia, mas ao preço de empobrecimento do seu conteúdo jurídico; nos limites, o empobrecimento é tal, que a categoria passa a ter, apenas, valor nominal; nela incluir tal ou tal instituição, nenhum interesse mais apresenta, já que essa inclusão em nada contribui para o conhecimento do regime aplicável à instituição considerada; a categoria não tem mais, então, razão de ser.

Foi o que aconteceu com o estabelecimento público; uma definição originária, insuficientemente estudada, foi-se empobrecendo; e a evolução teve seu termo nas leis de nacionalização; o que resta do regime do estabelecimento público clássico nos regimentos dos “estabelecimentos públicos” oriundos da nacionalização? Simples observação dita a resposta; entre os estabelecimentos nacionalizados que receberam a estrutura de sociedade anônima e constituem pessoas de direito privado e as pessoas de direito público, como são, por exemplo, as *Houillères de bassin*, as semelhanças são muito mais estreitas do que entre estas e os estabelecimentos públicos tradicionais: aí, a função prevalece sobre a classificação oficial, e a torna supérflua. Dizer que *Electricité de France* ou *Charbonnages de France* constituem estabelecimentos públicos, nada acrescenta ao conhecimento de suas estruturas; e a noção dificilmente poderá subsistir à essa constatação de sua inutilidade, e ao esclarecimento retrospectivo que projeta sobre sua insuficiência primitiva.

PARÁGRAFO TERCEIRO

21. O caso do *regime da concessão*⁴ é diferente. Sabe-se que o legislador conservou êsse regime para aplicá-lo às relações dos estabelecimentos nacionais, por êle criados em matéria de gás e de

⁴ Auby, *La notion de concession dans la loi du 8 avril 1946, Cahiers de documentation juridique*, 1949, pág. 2; Teste, *Nature des rapports unissant le Conces-*

eletricidade, com as coletividades locais. Como os antigos proprietários esbulhados, *Electricité de France* e *Gaz de France* mantêm com as coletividades, às quais fornecem eletricidade e gás, relações contratuais; a palavra concessão continua a definir essas relações; é fácil verificar que, do regime anterior, só a palavra subsiste e que a instituição clássica se vê, no novo sistema, completamente desnaturada.

A concessão põe em presença uma pessoa pública e uma pessoa de direito privado: aqui, o concessionário é, como o concedente, pessoa pública. O concessionário é livremente escolhido pelo concedente; faz a exploração durante determinado período, sob a ameaça permanente, em caso de falta grave, da cassação: aqui, o concessionário, investido de monopólio legal, é impôsto pela lei, ao concedente; é, ao mesmo tempo, portanto, concessionário necessário e, em virtude disso, concessionário permanente. O concedente, enfim, é senhor do contrato; compete-lhe redigir, inicialmente, as cláusulas; quando em via de execução, modificá-las no interêsse do serviço, reconhecendo o direito do concessionário ao equilíbrio financeiro da exploração: aqui, é, de fato, senão de direito, o concessionário quem impõe ao concedente o conjunto de cláusulas e condições — padrão, a cuja elaboração presidiu. Assim, os traços característicos da concessão acham-se invertidos; e, sem dúvida, a situação anterior, sob certos aspectos, e em certos casos, avizinha-se da situação atual: diante de poderosa empresa distribuidora, uma comuna de importância média estaria mal colocada para fazer sentir, ao seu concessionário, o peso do poderio público. Mas o direito consagra, generaliza, e agrava êsse estado de fato: daí em diante é o concedente que se vê à mercê do concessionário; detentores, um e outro, do poder público, atuando um e outro em nome do interêsse geral, estão, juridicamente, em pé de igualdade; de fato, o concessionário, poderoso pelo seu caráter nacional e pelo seu prestígio técnico, está à altura de impor sua lei ao concedente. Da antiga economia do contrato, resta uma fórmula jurídica imutável; a substância, sim, sofreu verdadeira transmutação.

22. Há pouco, tentava-se o esboço dessa forma de evolução do direito que compreende o desenvolvimento das categorias clássicas; a desnaturação dessas categorias, de que a concessão oferece exemplo típico, aí não teve o menor papel; identidade de quadro, que dá a ilusão da estabilidade e assegura aparente continuidade, mas renovação da própria matéria da relação jurídica analisada, foi o processo que escolheram, no plano constitucional, as ditaduras alemã e italiana para se instalarem no poder, sem abolirem, nem a constituição de Weimar, nem o Statuto de 1848; processo análogo contribui para conservar o equívoco entre a democracia clássica e a democracia soviética: os mesmos moldes, assembléias legislativas, sufrágio universal, governo responsável, podem encobrir as diferenças fundamentais que separam os regimes.

PARÁGRAFO QUARTO

23. Há, enfim, na estrutura das emprêsas nacionalizadas, elementos que, sem atingirem diretamente as teorias clássicas, escapam ao seu domínio e admitem construção distinta. Assim acontece com o problema criado pelo regime dos bens das emprêsas nacionalizadas.⁵

O direito administrativo, diante de bens pertencentes à pessoa pública, tem a escolha limitada a dois regimes: o domínio público ou o domínio privado. É óbvio que o regime do domínio público não convém aos bens das emprêsas nacionalizadas; o que significa a inalienabilidade aplicada às instalações industriais, cuja renovação é de necessidade técnica, e, *a fortiori*, aos bens produzidos, cujo lançamento no comércio é a sua razão de ser? O que significa a inalienabilidade do domínio mineiro, quando a exploração desse domínio é feita, precisamente, para esgotá-lo, progressivamente? Quanto à impenhorabilidade, é conhecida a dificuldade, com a qual ela se choca: convém privar de toda garantia os credores de emprêsa comercial, que com ela mantêm relações fundadas sobre o direito comum? Haveria, aí, solução contrária ao princípio geral que pretende situar as emprêsas nacionalizadas no quadro geral do direito privado; pelo menos, impõem-se distinções; o embaraço dos tribunais, diante desse problema, reclama, parece, intervenção legislativa.

Afastada a primeira solução, e o Conselho de Estado não hesitou em assim proceder, através do pronunciamento de 16 de março de 1948, citado em nota Sirey 1949, I, pág. 77, subsiste a segunda: o pronunciamento mencionado a ela se prende, e admite que “o patrimônio das emprêsas nacionalizadas deve ser encarado como fazendo parte do domínio privado do Estado”; solução discutível, quando aplicada a bens que, destinados ao interesse geral, assim como o próprio fato da nacionalização o demonstra, não são abrangidos na definição tradicional do domínio privado; solução, aliás, desprovida de todo o valor prático: não prevê aquele pronunciamento que “as normas referentes ao domínio não se devem aplicar aos bens em questão, quer quanto à sua disposição, quer quanto à sua administração? É reconhecer que o domínio privado, da mesma forma que o domínio público, não pode caracterizar a nova situação”.

O problema, aliás, apresenta-se ainda mais complexo; tratando-se de bens dominiais, é fácil determinar a pessoa pública da qual dependem; tal não é o caso dos bens das emprêsas nacionais. Seu capital, segundo o legislador, pertence à Nação: dupla incerteza; o que se deve, concretamente, entender por capital das emprêsas nacionalizadas? O conjunto efetivo dos meios de produção? O valor desses bens tal como figura no balanço? E, por outro lado, foi ao Estado — personificação da Nação — que o legislador quis conferir a propriedade? É de

5 Este problema não parece ter sido objeto de um estudo de conjunto; consultar-se-á, além do parecer do Conselho de Estado, citado no texto, as conclusões de Agid. na causa julgada pelo Conselho de Estado em 17 de novembro de 1950 (*Cahiers de documentation juridique*, 1951, pág. 80).

duvidar-se, levando-se em consideração o antiestatismo que, tradicionalmente, inspira o movimento sindicalista, cuja doutrina inspirou a operação.

Aliás, ao lado da Nação, ou do Estado, surge outra pessoa jurídica, a própria empresa, qualquer que seja a sua denominação legal; a ela incumbe a administração dos bens, e seus poderes podem compreender até mesmo a alienação de alguns deles; de fato, em relação a eles, ela possui os atributos comuns da propriedade, o direito eminente da Nação estando, na prática, privado de toda a possibilidade de se manifestar.

Diversas interpretações tentaram explicar a situação assim criada; ⁶ não se cogita de analisá-las na perspectiva deste estudo; basta que dêle ressalte, claramente, a impossibilidade na qual se vêem jurisprudência e doutrina de aplicarem os esquemas tradicionais à situações que a tal permanecem irredutíveis.

II

É possível pôr em evidência, nesta análise, uma vista de conjunto do estado no qual as nacionalizações deixam nosso direito administrativo?

PARÁGRAFO PRIMEIRO

24. A primeira resposta que ocorre é bastante esclarecedora: campo de demolição, tal seria a fórmula mais exata. Aliás, é sem nenhum amargor que se profere essa fórmula; porque, já se disse, a demolição teria sido menos fácil se algumas das vigas mestras fossem mais sólidas: vendo-as desabarem-se, não se sente, pois, pesar algum — apenas certa perplexidade concernente às reconstruções que essas ruínas exigem.⁷

O direito administrativo construiu-se, a partir do início do século XIX, de um problema que lhe era, de certo modo, estranho: o da delimitação das competências entre as duas ordens de jurisdições. À pergunta: “até onde se estende a jurisdição administrativa?”, não se poderia responder, na verdade, senão depois de solucionada outra questão: “como se justifica a jurisdição administrativa?” Ora, não se fez esperar o momento em que se deixou de encontrar essa justificativa na preocupação tão-somente política da independência da administração, em face do poder judiciário, e pareceu necessário dar-lhe fundamento jurídico; a segunda questão, suscitou, então, uma terceira:

6 Vide, sobretudo, além da que propusemos in *Le regime juridique des nationalisations*, “Editions techniques”, 1949, ns. 157 e ss.: Lhuillier, *La propriété des biens transférés aux établissements publics de l'électricité, du gaz et des combustibles minéraux*. Dalloz, 1949, chroniques, pág. 129.

7 Sobre a crise atual do direito administrativo, vide além do artigo anteriormente citado de Auby, in *Annales de la Faculté de Bordeaux*, uma nota de Mathiot, s. 1951, 3, pág. 1 e nossa crônica ao D. 1951, pág. 23. *Apoloaté pour les faiseurs de systèmes*.

“como caracterizar, em direito, os casos que se prendem à instância administrativa?” O problema da competência do julgador implicava, assim, na definição do direito do qual lhe cabia a guarda. De fato, as duas grandes sistematizações que, sucessivamente, tentaram organizar o direito administrativo em torno da noção de poder público, depois da de serviço público, originaram-se de jurisprudência relativa à distribuição das competências.

Tais sendo as condições históricas do desenvolvimento do direito administrativo, parecerá normal que o jurista dê essencial importância ao *problema das competências*. Ora, o regime das empresas nacionalizadas acabou de desordenar o assunto; hoje, não mais existe indício certo da competência administrativa: vale dizer que não há mais noção básica permitindo definir e caracterizar esse direito. Daí, a impressão de ruína há pouco evocada.

25. Com as empresas nacionalizadas, consuma-se o abandono da noção de serviço público como critério de competência. As duas demandas serão ora de competência da jurisdição judiciária, ora da dos tribunais administrativos; que se lhes recuse ou que nelas se reconheça a qualidade de serviço público, em nada se modificam, como já foi visto, os princípios que presidem à essa distribuição.

Quais são, pois, esses princípios? De um exame da jurisprudência, julgamos há muitos anos, poder deduzir novo critério de competência: a sua distribuição seria determinada pela natureza do direito aplicável à espécie: à instância judiciária — a solução dos litígios dependentes do direito privado, à instância administrativa — o exame dos casos derogatórios do direito comum, segundo a fórmula “a competência acompanha a substância”.⁸ Esse critério é, hoje, correntemente admitido pelo Conselho de Estado. Corresponde, em grande parte, ao direito positivo; e, portanto, nêle refletindo melhor, somos levados a reconhecer a sua insuficiência. Situações de direito público, situações de direito privado: sem se explicarem claramente, as noções de poder público, e, depois, de serviço público, partiam, no fundo, daquele princípio; mas tinham o mérito de fornecer um indício possibilitando o reconhecimento de umas e de outras; indício vago, indício muitas vezes errôneo, já que o campo do serviço público coincidia, cada vez menos, com o de aplicação do direito administrativo, indício suscetível, entretanto, de orientar o litigante. O critério que julgamos poder conservar, e que a jurisprudência efetivamente conserva,⁹ expõe o problema, mas não o resolve; falta-lhe este elemento essencial: de que serve reconhecer o caso que estando, no fundo, na dependência do direito administrativo, reclama a competência administrativa?

Ora, o contencioso das empresas nacionalizadas põe em todo o relêvo essa incerteza; se, em princípio, é possível aplicar-lhe a fórmula “a competência acompanha a substância”, e se essa fórmula vale, sem dificuldade, para a maioria dos casos, acontece, entretanto, que o judi-

8 J. Rivero, nota ao S. 1946, 2. pág. 129.

9 Vide, sobretudo, o artigo anteriormente citado de Chenot, in *Etudes et Documents*.

ciário se vê chamado a conhecer de litígios que versam, essencialmente, sobre questões de direito público, e as instâncias administrativas são chamadas a conhecerem de conflitos versando sobre problemas de direito privado. Querem-se exemplos? É sabido que algumas das leis de nacionalização conferem, às empresas nacionais, o direito de denunciarem os contratos, de longa duração, concluídos por seus antecessores. Esse direito de denunciação constitui mera regalia, ato do poder público, sem equivalente em direito privado; mas os contratos em questão são contratos cíveis ou comerciais: essa consideração bastou para estabelecer a competência judiciária nessa matéria, embora a norma a aplicar-se seja, por si mesma, da alçada do direito público; do mesmo modo, os tribunais judiciários conhecem de relações entre as empresas nacionalizadas e seus empregados, embora os estatutos desses empregados estejam, em certos casos, muito mais próximos do direito referente ao exercício da função pública, do que do direito comum do contrato de trabalho. Ainda aqui, a forma tem preferência sobre o conteúdo. Inversamente, nas instâncias administrativas, o julgador pode ser chamado a conhecer de questões de direito privado: a demissão de um administrador de empresa nacionalizada, emanada de ato do poder executivo, pode ser objeto de recurso por excesso de poder, mesmo quando as faltas cometidas na administração, que a motivaram e que condicionam a sua validade, não possam ser apreciadas senão em função do direito comercial.

26. A incerteza que pesa sobre o critério das competências administrativa e judiciária, e que com o direito das empresas nacionalizadas atingiu o máximo, não está, apenas, cheia de inconvenientes práticos, que, de tão evidentes, tornam desnecessário insistir no assunto; no terreno da doutrina, ela conduz, dada a dependência, até agora consagrada pelas condições de desenvolvimento do direito administrativo, entre as sistematizações esse direito e o critério de competência, à ruína dessas sistematizações e, o que é pior, à impossibilidade de ser dada ao problema, dentro das bases tradicionais, nova solução.

PARÁGRAFO SEGUNDO

27. Terminar aí, e concluir esse estudo sobre o panorama do direito administrativo retornado ao caos, seria, entretanto, pintar, da realidade, quadro incompleto; e seria, sobretudo, desconhecer que, assim como o poder não pode, segundo o dito famoso, se assentar em baionetas, o direito não pode tirar partido do caos; na ordem jurídica, os processos de demolição são também, e necessariamente, processos de reconstrução.

28. Acabamos de apontar a profunda desordem que se não infiltrada, no direito administrativo clássico, através das nacionalizações, foi, ao menos, por elas consideravelmente agravada; a idéia está exata, mas, talvez, esteja incompleta. É necessário, no entanto, medir, e precisamente, a extensão do campo em que essa desordem se apresentou; constatar-se-á que ela não se estende, e de longe, ao conjunto do direito administrativo; extensos setores subsistem, nos quais permanecem

intactas as instituições tradicionais. Essa coexistência de setores tranquilos e de setores revolucionados não é, de todo, obra ou acaso — tem uma razão profunda. O direito administrativo clássico foi elaborado pelos mais eminentes de seus organizadores, atendendo à uma concepção definida do homem e do poder, sintetizada pelo liberalismo, em seus dois aspectos, prático e econômico; concepção tão evidente e necessária no entender dos autores, que nem mesmo pensaram em apontar a estreita dependência de suas estruturas em relação a êsses postulados; apresentaram, como tendo valor absoluto e eterno, um sistema de direito administrativo que, na realidade, era estritamente função da ideologia adotada; reconhece-se, aí, um dos traços característicos do pensamento dos fins do século XIX, reflexo do universalismo do século XVIII, e de seu otimismo; talvez, aliás, ali se tratasse de uma constante das grandes civilizações: o exemplo dos Estados Unidos, assim como o da U.R.S.S., fazem pensar, hoje, que a confiança no valor absoluto e universal das concepções, que uma civilização forte e conquistadora traz em si mesma, não foi atributo exclusivo da hegemonia européia do século XIX.

Seja como fôr, o direito administrativo clássico apresentava, como tendo valor perene, um conjunto de soluções, cujo vínculo com o liberalismo só raramente era pôsto em evidência; talvez, apenas Hauriou tenha apontado, com energia, êsse laço, e mostrado como qualquer alteração da concepção tradicional do Estado não podia deixar de abalar o direito administrativo. Foram precisas as transformações que sobrevieram à primeira guerra mundial, foram precisas, sobretudo, as desordens consecutivas a 1944, das quais as nacionalizações permanecem como símbolo e obra central, ao mesmo tempo, para que as soluções clássicas se apresentassem, não mais na sua majestade de verdades absolutas, e sim como estruturas vinculadas a humano sistema.

Apenas, em França pelo menos, o sistema não foi integralmente desprezado; seria correto lembrar que o problema crucial, ao qual, por diferentes meios, as democracias ocidentais procuram dar solução, é a coexistência de uma ordem econômica, profundamente distinta do liberalismo, com uma ordem política que a êle pretende permanecer fiel. Conciliar a concepção política que fixa nos direitos do indivíduo, os limites da ação do poder, com o abandono da linha divisória que o liberalismo econômico traçara entre as atividades reservadas ao Estado, nitidamente definidas por seu objeto e por seu método, e as dos particulares, tal é a diretiva geral pela qual explica-se a desordenada perturbação verificada no direito administrativo.

29. Êsses “setores tranquilos” são os das instituições e das normas que traduzem, mais diretamente, o liberalismo político; permanecendo imutáveis os postulados, instituições e normas persistem; a teoria dos recursos contenciosos, o princípio da legalidade, até o direito da responsabilidade, fundado na regra essencialmente liberal da igualdade de todos diante dos impostos, tantos são os setores de nosso sistema clássico que escapam à perturbação evocada; o Estado pode realizar mais, empreender mais, mas, por isso, não pretende atuar sob outro título e em outro plano jurídico, do que aquêles que lhe foram destina-

dos pelo tradicional primado do indivíduo. Seria errôneo concluir por uma total estabilidade, nos setores assim delimitados; nêles, também, o direito evolui, porém sob a ação de fatores que lhes são peculiares; e, sobretudo, a evolução se faz partindo das soluções clássicas, seguindo a que deu origem a essas soluções, sem ruptura nem destruições.

30. Os setores revolucionados, pelo contrário, compreendem tãda a estrutura das emprêsas do poder: esta estrutura — teorias de policia, dos serviços públicos, do domínio — definia formas de administração correspondendo às necessidades de determinado tipo de emprêsas, as que o liberalismo permitia; ela pode convir, também, a emprêsas tradicionais — ainda quando, mesmo naquilo que as concerne, a renovação das concepções e dos métodos se faça sentir por via indireta —; ela não mais tem sentido para as novas atividades, às quais o poder se vê coagido; o direito das emprêsas nacionalizadas, já se disse, aclara, como com a luz de um dia límpido, a estreita dependência das concepções clássicas, em matéria de emprêsas — teorias da concessão, do domínio, do estabelecimento público, e, sobretudo, teoria geral do serviço público — em relação à concepção liberal das atividades públicas.

PARÁGRAFO TERCEIRO

31. “O processo de demolição” há pouco evocado, estando reduzido ao seu valor exato, será, talvez, possível precisar-se o sentido e a amplitude daquela perturbação.

O que, antes de tudo, resulta do direito das nacionalizações é a impossibilidade de ater-se à antiga delimitação do direito público relativamente ao direito privado; a crise é, antes de mais nada, crise de fronteira. A concepção clássica, fielmente refletia os postulados do liberalismo: a ação do poder, a dos particulares, constituíam duas zonas bem distintas; à cada zona, seus processos jurídicos próprios; era a equação, que triunfa com a escola do serviço público, entre o campo das intervenções do poder e a aplicação do direito administrativo. A nitidez da linha assim traçada, evoca a guerra de trincheira, e os mapas de linha de frente que, de 1914 a 1918, estabeleciam, para cada antagonista, área bem distinta; mas nós estamos no tempo da guerra de movimento, das cabeças de ponte blindadas, e das operações de pára-quedistas; e a noção de linha de frente contínua não tem mais muito sentido; nas mesmas áreas, operam fôrças adversas. Assim no direito: é inútil pretender, hoje, descobrir dois campos de aplicação distintos dos processos do direito privado e do direito público; na realidade, êles se interpenetram a tal ponto, que nem sempre se imagina; mesmo nos setores mais tradicionalmente administrativos, o recurso aos processos de direito privado torna-se, pela fôrça dos fatos, de mais em mais freqüente; seria interessante, por exemplo, saber com precisão, qual é, na localização dos serviços, a parte que cabe à requisição, em relação à do arrendamento de direito privado; não é certo que esta se mostre tão reduzida como se imagina. O que dizer do desenvolvimento

do seguro subscrito pelas coletividades locais? Em matéria de acidentes de automóveis, por exemplo, a maior parte delas toma as mesmas precauções que o simples particular, e pelo mesmo processo jurídico. O que é verdade, embora comumente despercebido, nos mais tradicionais setores da vida administrativa, torna-se ainda muito mais evidente quando se abordam os da ação econômica do poder; as empresas nacionalizadas são o mais típico exemplo dessa estreita imbricação de processos tomados às duas técnicas jurídicas; o fenômeno é de âmbito geral. É preciso considerá-lo como definitivo, pois ele traduz, apenas, no plano jurídico, o fim do liberalismo e o entrosamento no terreno econômico das atividades públicas e privadas, que torna supérflua toda pesquisa tendendo a restaurar áreas exclusivamente reservadas a cada disciplina.

PARÁGRAFO QUARTO

32. Esta constatação acarreta essencial consequência do ponto de vista da orientação que parece, doravante, se impor à pesquisa jurídica, em matéria de direito público. Até agora, já foi lembrado, as sistematizações sucessivas do direito administrativo foram tentadas tendo como ponto de partida, de um lado, o problema da competência, e de outro, as perspectivas do liberalismo econômico e da distinta separação que ele acarretava entre os setores privado e público; esta circunstância, aliada, talvez, ao gosto muito pronunciado pela síntese, levou os juristas a tentarem organizar, em torno de uma noção única, toda a matéria que se lhes apresentava; não era, pois, preciso, a fim de desempatar as competências, critério único e certo, que permitisse o reconhecimento imediato do domínio administrativo? Não tentava ao espírito, a unificação, em torno da noção assim isolada, da complexidade dos casos específicos? Poder público, serviço público, foram, um após outro, chamados ao desempenho dessa função central.

O método era sedutor, satisfatório? Pode-se duvidar; quem, pois, na mesma ocasião, se lembrou, realmente, de pretender reconduzir à uma única noção-chave o conjunto do direito civil? Trabalho de análise multisseccular revelara, nessa velha disciplina, a complexidade e a multiplicidade dos conceitos em jôgo, e mantinha o raciocínio de sobre-aviso contra a tentação das falsas sínteses. Já que não existe *um* critério do Direito civil, já que a autonomia da vontade nêle se alia à noção de ordem pública — para só citar dois conceitos fundamentais — por que haveria *um* critério do Direito Administrativo? Há, sem dúvida, nesse cuidado com o critério que desempenhou tão grande papel nas pesquisas de direito público em geral, grande parte de ilusão, e desconhecimento da complexidade do verdadeiro; de pesquisar, por exemplo, o sinal infalível e constante permitindo distinguir o federalismo da descentralização, cansou-se a doutrina; o sinal não existe, a realidade divisa situações confusas e gradativas, e apenas um feixe de indícios possibilita classificá-las sem muita arbitrariedade.

33. E, portanto, no sentido da análise que parece dever, hoje em dia, se dirigir a pesquisa; o direito daquelas que, entre as intervenções

do poder, não se enquadram nos moldes do comércio jurídico privado, estendendo-se, modificou-se muito para que se possa, *a priori*, pretender unificá-lo em tórno de um conceito básico; e o objeto dessa análise não mais pode ser, retomando-se velha distinção de Hauriou, *a empresa pública e sua natureza*, mas sim as *situações jurídicas* oriundas da atuação das pessoas públicas; já foi visto que a qualificação da empresa nacionalizada não possibilita a definição do regime dos atos que ela pratica, das relações de direito nascidas da sua atuação; é mister considerar em si mesmos êsses atos e essas relações. Hoje, para pôr um pouco de ordem nas incertezas do direito administrativo, é necessário retomar a análise de casos que escapam ao direito comum, dos atos, das normas, que o derogam, e precisar a natureza, as modalidades, a amplitude, as razões dessas derrogações. O objeto essencial que, hoje em dia, se apresenta à pesquisa do jurista, é o estudo das situações jurídicas de direito público; êsse estudo não pode, aliás, ser bem sucedido, senão pela estreita colaboração dos especialistas das duas disciplinas fundamentais; cabe, com efeito, indagar se em muitos setores, não se está diante de mal-entendidos provenientes de conhecimento, insuficientemente aprofundado, da outra disciplina; não se encontraria, por exemplo, tal cláusula contratual, proclamada “derrogatória do direito comum”, em contratos concluídos entre particulares? E, do mesmo modo, no terreno da responsabilidade em matéria de acidentes de automóveis, mencionado acima, não se chegaria a concluir pela identidade da situação jurídica, levando-se em conta a intervenção da seguradora, quer o veículo pertença a um particular ou a uma coletividade local?

Assim precisando os elementos e os caracteres das situações jurídicas de direito público, restituindo ao direito privado tudo quanto lhe toca, a análise ora encarada permitiria, talvez, o reencontro das noções fundamentais, hoje enfraquecidas, e a substituição, por novas sínteses, das sistematizações superadas; se fôsse possível antecipar os resultados de trabalho apenas esboçado, apontar-se-ia o fato de, nessas sínteses, parecer estar a antiga, a irredutível noção de poder público, chamada a retomar lugar, senão exclusivo, pelo menos capital; mas, ainda uma vez, é à análise que, hoje em dia, se deve ater.

34. Convém, ainda, precisar um último ponto, que é importante: as transformações, das quais persiste como sinal a estrutura das empresas nacionalizadas, fazem, já foi visto, com que se dê mais atenção, no estudo jurídico, à situação de direito considerada em si mesmo, do que à empresa à qual se refere esta situação; do mesmo modo, essas transformações tendem a fazer prevalecer, na análise, o ponto de vista do meio sôbre o do *fim*. Hauriou, cujo singular gênio não se cansa de admirar, e cuja obra tôda confusa, e que, às vêzes, pode ser até mesmo contraditória, continua a ser, apesar dos anos, fonte inesgotável. Hauriou, em seu trabalho de 1899 sôbre *A gestão administrativa* levantava, nitidamente, o dilema: o ato administrativo pode caracterizar-se, quer pelos meios empregados, quer pelo fim pretendido; mas, naquela época, talvez sob a influência de Ihering, êle dava sua preferência à prevalência do fim; o fim, no seu entender, reage sôbre os meios;

logo, é mais importantes do que êles: “o ato administrativo caracteriza-se por seu fim: a administração do serviço público, e não pelos meios empregados”.¹⁰ Talvez aí esteja a origem de tôda a evolução que se seguiu, e do primado da noção de serviço público. Mas no prefácio da 11.^a edição de seu tratado, Hauriou, retomando o problema em 1926, à luz dessa evolução, retorna à sua posição inicial, e reafirma, com brilho, a primazia do meio sôbre o fim.

O direito das emprêsas nacionalizadas confirma esta conclusão; o ponto de vista do fim mostra-se absolutamente secundário, insuscetível de caracterizar o regime jurídico daquelas emprêsas; o fato de haver sido lembrado o interêsse geral para justificar a nacionalização, e de a sua busca dever ser o fim da administração das emprêsas, nenhuma indicação fornece com referência à natureza dos atos pelos quais êsse fim será seguido; o que permitirá definir essa natureza, é a análise dos processos adotados, é a consideração dos meios postos a serviço do fim. Aliás, a análise do fim, nesse domínio, é assim tão simples? A emprêsa nacionalizada está, sem dúvida, a serviço do interêsse geral, mas não deixa de ser uma emprêsa, e, como tal, tem interêsses a defender, algumas vêzes contra o próprio Estado. Quando *Electricité de France*, pede ao Conselho de Estado a anulação da decisão ministerial que terminou por devolver à S.N.C.F. (*Société Nationale des Chemins de Fer Français*) linhas elétricas por esta reclamadas,¹¹ as duas emprêsas nacionais orientavam-se pelo interêsse geral, ou por seu próprio interêsse como emprêsas? Nada pode ser constituído sôbre fundamentos tão sem segurança: o terreno, como é o constituído pelo processo empregado, é bem mais seguro.

PARÁGRAFO QUINTO

35. As incidências evocadas não esgotam, por certo, o assunto; não apenas porque adiantou o rompimento da antiga fronteira contínua, e tornou, por isso mesmo, necessária uma análise das situações administrativas, orientada para o meio pôsto em prática, e não para o fim, deverá o regime das emprêsas nacionalizadas ser considerado como exprimindo a evolução do nosso direito. As incidências, porém, de que ora se cogitam, são antes virtuais do que pesquisadas; daí a razão de, finalizando, limitarmos-nos a indicá-las; trata-se, aqui, mais das direções, nas quais a emprêsa nacionalizada pode impelir a evolução jurídica, do que das direções já efetivamente tomadas; ora, o terreno do possível é terreno incerto; nêle não se deve penetrar senão com prudência, quando mais não seja, para que não se fique muito diretamente exposto aos desmentidos que o futuro reserva aos profetas não inspirados pelo céu...

36. Será possível, entretanto, terminar êste estudo sem evocar o mais considerável problema, oriundo das transformações que a nacio-

10 *Précis de droit administratif*. 5.^a edição. 1903, pág. 218 e ss.

11 Vide o parecer de 17 de novembro de 1950, anteriormente mencionado, n.º 23, nota 1.

nalização resume, o da nova divisão do Poder que ela arrisca introduzir no Estado? Certamente, o direito administrativo não é o único em causa nessa evolução, que não pode, entretanto, deixar de nêle ter incidências capitais.¹²

Em termos clássicos, e sem desconhecer o valor das críticas recentemente formuladas, contra a expressão seguinte,¹³ dir-se-á que a empresa nacionalizada realiza novo tipo de descentralização técnica; toda descentralização, porém (e é nesse ponto que descentralização e federalismo se encontram), nada mais é do que nova distribuição do Poder; é justamente disso que aqui se cogita.

37. A descentralização, no caso da empresa nacionalizada, é, então, mais avançada que no caso do estabelecimento público tradicional? A resposta não é fácil. Ela o era, indiscutivelmente, nas intenções primitivas do legislador, em cujo trabalho conhecem-se quais os vestígios deixados pelo antiestatismo latente na tradição sindicalista, conjugada com a vontade de evitar a delonga burocrática. Mas não se ignora, também, qual evolução restabeleceu, através do aumento de multiformes fiscalizações, a autoridade do Poder sobre a empresa, e, se fôsse possível ater-se, apenas, ao exame dos textos, ter-se-ia tentado a concluir que a descentralização por serviço voltou, depois de um período de incertezas, às suas normas tradicionais. Entretanto, é preciso levar em conta a realidade; e, por mais delicada que seja, nesse particular, a análise, faz pensar que o aparecimento das empresas nacionalizadas marca uma nova distribuição do Poder, que vai mais além do que a antiga descentralização técnica.

38. Duas ordens de razões para isso concorrem. Os detentores da parte de poder confiada à empresa nacionalizada, na verdade, não são, em sua maioria, como no estabelecimento público clássico, funcionários formados nas tradições da hierarquia; podem ser classificados em dois grupos, técnicos, de um lado, representantes de interesses coletivos organizados e, principalmente, sindicatos, do outro. Ora, o técnico, geralmente tem, no exercício do poder, senso de autoridade enraizado na consciência que tem de ser insubstituível, e na sua confiança no valor das soluções que preconiza; além disso, o técnico intimida o administrador que o fiscaliza; faz afirmações em nome da ciência na qual é mestre, e como contradizê-lo nesse terreno?¹⁴

Quanto àqueles que, entre os dirigentes, representam, nos conselhos de administração, grupos organizados, e sobretudo os sindicatos, eles vêm na força de seus mandantes autoridade e independência em face da administração, que, precisamente, não os estimulam à docilidade.

39. Ainda mesmo quando, aliás, a situação dos dirigentes, e sua psicologia, não tendessem a garantir à empresa nacionalizada, em face do Estado, autonomia superior à do estabelecimento público clássico,

12 Vide nossa crônica ao D. 1948, pág. 181, *Sur la réforme des entreprises nationalisées*, e a de Merle e Boulois, D. 1950, pág. 117, *Nationalisation et démocratie*.

13 Por Charles Eisenmann, em sua obra sobre a descentralização.

14 Vide, neste particular, nossas notas in *Droit Social*, 1950, pág. 391 e 1951, pág. 368

sua natureza, sua estrutura, e sua importância atuariam no mesmo sentido. A grande empresa tem suas leis, funções dos imperativos técnicos e econômicos que lhe são peculiares, mais mesmo que do quadro jurídico no qual ela gira.

É esse quadro, no caso a estrutura capitalista das empresas, que a opinião tornava responsável pela pressão por elas exercida sobre o Poder; para suprimi-la, interveio a nacionalização. Na realidade, se é evidente que o capitalismo agravava essa pressão dirigindo-a no sentido de certos interesses, é, contudo, certo que disso não era o único responsável. Os notáveis trabalhos de Philippe Simon,¹⁵ entre outros, mostraram que a grande empresa moderna tem suas exigências; sua posição na vida nacional, seja ela privada ou pública, aliás, não permite ao Estado ficar surdo a essas exigências; nacionalizando-a, dela se apossou; mas, ao mesmo tempo, ela se apossou dele também; se não fosse fora de propósito, evocar-se-ia o diálogo de Guignol como soldado: “Fiz um prisioneiro! clama o herói”; “Traga-o, responde o cabo” — “Acontece que ele não quer me largar...” É necessário que os *trusts* do Estado, tais como *Electricité de France*, *Gaz de France*, ou as *Charbonnages*, produzam e se desenvolvam; não se trata de ver as Companhias de Seguros, os Bancos nacionalizados, fracassarem numa aventura. A descentralização por serviços é, apenas, em suas clássicas aplicações, processo de administração; o estabelecimento público usual bem pode ser considerado como “um centro de interesses distintos”; esses interesses, não são, em regra, nem bastante fortes, nem suficientemente nítidos, para se imporem ao poder e conduzirem sua atuação; aqui existem, pelo contrário, os “interesses distintos”: não se compreenderia a possibilidade de, impunemente, os ignorar. Assim também, a jurisprudência consagra esse estado de coisas: qual é, pois, no fundo, o sentido do parecer do Conselho de Estado, anteriormente referido, no litígio que opunha *Electricité de France* ao ministro e à “SNCF”? Debaixo da argumentação jurídica, aparece a idéia de que *Electricité de France* tem direitos sobre “as obras e instalações necessárias ao seu funcionamento”, e de que o ministro não pôde desconhecer esses direitos em proveito da “S.N.C.F.”, sem excesso de poder; a lei da empresa, suas exigências técnicas, se lhe impunham.

40. Se assim é, e se o estabelecimento nacionalizado adquire, por si mesmo, independência muito superior à do estabelecimento clássico, percebem-se logo as conseqüências jurídicas daí decorrentes. Sobre esses centros de poder é preciso, entretanto, manter a autoridade do poder tradicional, sob pena de chegar-se a “esse desmembramento da noção de Estado”, discretamente evocado pelo fiscal do governo Agid, no mencionado caso de 17 de novembro de 1950; o problema é muito mais do que administrativo: toca aos próprios princípios de nossa ordem constitucional; deixá-lo sem solução, seria consagrar a abdicação da democracia política, diante da tecnocracia ou da democracia econômica.

15 Sobretudo, *Le chef d'entreprise*, em colaboração com Germain Martin, Flammarion, 1947.

Embora constitucional em sua extensão, no plano das técnicas administrativas deve ser resolvido; no atual estado de coisas, realmente, o arsenal das fiscalizações do qual dispõe o Estado, e do qual faz larga aplicação nas empresas nacionalizadas, não dispõe de meios adaptados à nova situação. As duas grandes categorias da Tutela e do Controle hierárquico, elaboradas para situações de direito ou de fato muito diferentes, evidenciam-se igualmente inadequadas, ora muito rígidas, acarretando o risco de paralisia, ora insuficientes, e deixando escapar o principal. Uma das tarefas fundamentais que se impõem ao direito administrativo parece, pois, ser o estudo, em novas bases, da função fiscalizadora do Estado. No sistema hierárquico ela nunca foi — salvo em matéria financeira, e, então, sobre bases hoje superadas — encarada de maneira distinta: a fiscalização, então, aparecia como parte da administração. Nas relações do Estado com as coletividades descentralizadas, o estudo foi mais sistemático: mas os processos de tutela, adaptados às exigências da vida administrativa, não são transferíveis à empresa econômica. É um dos sentidos — e não é o único! — no qual o estabelecimento nacionalizado parece exigir, de nosso direito, esforço criador e o aparecimento de novas normas e novas estruturas.

41. É possível concluir-se algo? Por mais paradoxal que possa parecer essa afirmativa, depois de uma experiência de seis anos, é ainda muito cedo para fazê-lo, e as nacionalizações ainda estão longe de esgotarem todos os seus efeitos na ordem jurídica.

Seus protagonistas nada menos esperaram, quer no plano econômico, quer no social, do que uma revolução, e por essa revolução, esperada por uns, que os fêz serem acerbamente combatidos pelos outros. Se, hoje, as polêmicas se acalmaram, se as paixões parecem estar desviadas para outras querelas, é que, talvez, o evento decepcionou as esperanças e abrandou o terror; o mito das nacionalizações dissipou-se; a realidade evidenciou-se mais modesta; no plano social, sobretudo, não parece que a nacionalização constituiu passo decisivo para o desaparecimento da condição proletária, e que a transformação do regime da empresa tenha provocado na psicologia daqueles que ela emprega, evolução notável.

Não é para admirar se, também, não se constata no plano jurídico, a evolução que não se produziu no plano social. O fenômeno revolucionário, com o que envolve de profundidade e celeridade na transformação, só muito excepcionalmente é encontrado na vida do Direito, e sempre ligado à uma revolução política geral — por isto se quer indicar, não a simples mudança nos moldes constitucionais, mas a substituição de uma concepção do mundo por uma outra; ainda mesmo nesse caso, a revolução jurídica é mais lenta e menos radical do que a revolução política que a suscita: o Código Civil aí está para dar testemunho. O processo normal de transformação do Direito, não é pois a mutação brusca, é a evolução na continuidade; há, nisso, profundas razões, ligadas à própria noção de Direito, à função do Direito em uma Sociedade, à dificuldade, também, que existe para os homens formados dentro de uma dada ordem jurídica, em conceberem uma outra que daquela totalmente se afasta. Teria sido, portanto, surpreen-

dente, que as nacionalizações tivessem ocasionado, em nossa ordem jurídica, uma subversão que não causaram, entretanto, em setores mais sensíveis ao embate do acontecimento.

Que ninguém se iluda, pelo menos. Por ser, de natureza, lenta, por dar lugar à continuidade, a evolução jurídica pode ser, também, tão radical quanto às transformações mais espetaculares verificadas em outros setores; e é essa certeza que impede a conclusão. Os estabelecimentos nacionais introduziram, no direito público clássico, fermento de desagregação e de renovação ao mesmo tempo, do qual seis anos puderam, apenas, evidenciar os primeiros efeitos; até que ponto esse fermento exercerá sua ação? Por prender-se a tantos fatores que escapam à precisão, é temerária a resposta. Tentou-se aqui um balanço provisório: o problema permanece em suspenso.