

3.8 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. DEVIDO PROCESSO LEGAL DE CRIAÇÃO

A Administração Pública Indireta ou Descentralizada é composta por **pessoas jurídicas autônomas** com natureza de **direito público** ou de **direito privado**.

A natureza jurídica de direito público ou de direito privado determina diversas características jurídicas especiais, definindo qual o regime jurídico aplicável.

Além disso, as pessoas jurídicas de **direito público** são **criadas por lei** (art. 37, XIX, da CF), o que significa dizer que o surgimento da personalidade jurídica ocorre com a entrada em vigor da lei instituidora, **sem necessidade de registro em cartório** (devido processo legal público de criação). Se não houver previsão de *vacatio legis*, a entrada em vigor da lei instituidora ocorre na data de sua publicação da lei. Se existir previsão de *vacatio legis*, a personalidade jurídica surge somente após o encerramento do intervalo entre a publicação e a entrada em vigor.

Já as pessoas jurídicas de **direito privado** são **autorizadas por lei** (arts. 37, XIX, da CF, 3º e 4º da Lei n. 13.306/2016), ou seja, é publicada uma lei permitindo a criação, depois o Executivo expede um decreto regulamentando a criação e, por fim, **a personalidade nasce com o registro dos atos constitutivos em cartório** (devido processo legal privado de criação, atendendo ao disposto no art. 45 do Código Civil).

São pessoas de **direito público: autarquias, fundações públicas, agências reguladoras e associações públicas.**

Possuem personalidade de **direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, fundações governamentais e consórcios públicos de direito privado.**

Pessoas jurídicas da Administração Indireta

De direito público	De direito privado
Autarquias	Empresas públicas
Fundações públicas	Sociedades de economia mista
Agências reguladoras	Fundações governamentais
Associações públicas	

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a afirmação: "Pessoa jurídica de Direito Público, com autonomia, com patrimônio e receita próprios, criada por lei para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada, constitui conceito de autarquia".

3.8.1 Autarquias

Autarquias são pessoas jurídicas de **direito público interno**, pertencentes à Administração Pública Indireta, criadas por **lei específica** para o exercício de **atividades típicas da Administração Pública.**

Algumas das **autarquias** mais importantes do Brasil são: Instituto Nacional do Seguro Social – **INSS**, Banco Central – **Bacen**, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – **Ibama**, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **Cade**, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – **Incra** e todas as universidades públicas, como a **USP** e a **UFRJ**.

A prova de Delegado de Polícia/SP considerou CORRETA a afirmação: “A existência de uma autarquia pressupõe a aplicação do princípio da especialidade”.

Na maioria das vezes, o nome “**instituto**” designa entidades públicas com natureza autárquica.

O conceito legislativo de autarquia é apresentado pelo art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67: **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.

3.8.1.1 Características

As autarquias possuem as seguintes características jurídicas:

a) **são pessoas jurídicas de direito público**: significa dizer que o regime jurídico aplicável a tais entidades é o regime jurídico público, e não as regras de direito privado;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: “As autarquias podem ter personalidade jurídica de Direito Privado”.

b) **são criadas e extintas por lei específica**: a personalidade jurídica de uma autarquia surge com a entrada em vigor da lei que a institui, dispensando o registro dos atos constitutivos em cartório. Nesse sentido, estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal que

A prova do Ministério Público/RN considerou ERRADA a afirmação: “As autarquias, depois de autorização expressa da lei, podem ser criadas por ato do Poder Público”.

“somente por lei específica será criada autarquia”. A referência à necessidade de lei “específica” **afasta a possibilidade de criação de tais entidades por meio de leis multitemáticas**. Lei específica é a que trata exclusivamente da **criação da autarquia**. Em respeito ao princípio da simetria das formas, se a criação depende de lei, então a extinção de autarquia igualmente exige lei específica, sendo **inaplicável o regime extintivo falimentar**;

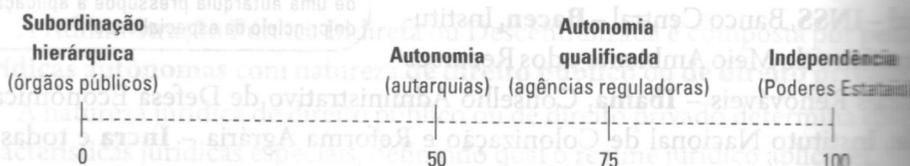
A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: “Uma lei que reestruture a carreira de determinada categoria de servidores públicos pode também dispor acerca da criação de uma autarquia”.

c) **dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial**: autonomia é **capacidade de autogoverno** representando

A prova de Técnico da DPU elaborada pelo Cespe em 2016 considerou ERRADA a afirmação: “A criação de autarquia federal depende da edição de lei complementar”.

um nível de liberdade na gestão de seus próprios assuntos, intermediário entre a subordinação hierárquica e a independência, conforme ilustração abaixo:

Escala quantitativa dos graus de liberdade dentro do Estado



A prova da Magistratura/GO considerou CORRETA a assertiva: "A autarquia é pessoa jurídica de Direito Público, criada por lei, com patrimônio próprio e funções típicas do Estado, sem subordinação hierárquica".

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "O controle das entidades que compõem a Administração indireta da União é feito pela sistemática da supervisão ministerial".

Assim, as autarquias **não estão subordinadas hierarquicamente** à Administração Pública Direta, mas sofrem um controle **finalístico** chamado de **supervisão ou tutela ministerial**. Esse grau de liberdade, no entanto, **não se caracteriza** como independência em razão dessa ligação com a Administração **central**;

d) nunca exercem atividade econômica;

autarquias somente podem desempenhar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67), **com** prestar **serviços públicos**, exercer o **poder de polícia** ou promover o **fomento**. Conceitualmente impossível autarquia exercer atividade econômica porque, **ao** atribuída legalmente a uma autarquia, automaticamente a atividade sai do domínio econômico e se transforma em serviço público;

e) são imunes a impostos: por força do art. 150, § 2º, da Constituição Federal, autarquias não pagam nenhum imposto. Em razão de a norma mencionar somente impostos, **taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, são devidos** normalmente;

A prova da Defensoria Pública/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Os bens de uma autarquia são impenhoráveis".

f) seus bens são públicos (art. 9º do

Código Civil): os bens pertencentes às autarquias são revestidos dos atributos de **penhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade**;

g) praticam atos administrativos: os atos praticados pelos agentes públicos pertencentes às autarquias classificam-se como atos administrativos sendo **dotados de presunção de legitimidade, exigibilidade, imperatividade e autoexecutoriedade**;

h) celebram contratos administrativos: como decorrência da natureza de pessoas públicas, os contratos celebrados pelas autarquias qualificam-se como **contratos administrativos**, ou seja, constituem avenças submetidas ao regime previsto no art. 3º da Lei n. 8.666/63 cujas regras estabelecem uma superioridade da Administração Pública sobre os particulares contratados;

i) o regime normal de vinculação é estatutário: em regra, os agentes públicos pertencentes às autarquias ocupam **cargos públicos**, compondo a categoria dos servidores públicos estatutários. A contratação celetista é excepcional;

A prova da Procuradoria da República considerou ERRADA a assertiva: "A natureza das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras não impõe o regime de cargo público para seus agentes, estando compatibilizada com o regime de emprego, nos termos da Consolidação da Legislação Trabalhista".

j) possuem as prerrogativas especiais da Fazenda Pública: as autarquias possuem todos os privilégios processuais característicos da atuação da Fazenda Pública em juízo, como prazos em dobro para recorrer, contestar e responder recurso), desnecessidade de adiantar custas processuais e de anexar procuração do representante legal, dever de intimação pessoal, execução de suas dívidas pelo **sistema de precatórios** etc.;

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a afirmação: "As autarquias têm prerrogativas típicas das pessoas jurídicas de Direito Privado, entre as quais se inclui a de serem seus débitos apurados judicialmente executados pelo sistema de precatórios".

k) responsabilidade objetiva e direta: as autarquias respondem objetivamente, isto é, **sem necessidade de comprovação de culpa** ou dolo, pelos prejuízos causados por seus agentes a particulares. Além de objetiva, a responsabilidade também é direta, porque é a própria entidade que deve ser acionada judicialmente para reparar os danos patrimoniais que causar. A **Administração Direta** (entidades federativas) só poderá ser acionada em **caráter subsidiário**, vale dizer, na hipótese de a autarquia não possuir condições patrimoniais e orçamentárias de indenizar a integralidade do valor da condenação;

l) outras características: além das características mencionadas, as autarquias sofrem **controle dos tribunais de contas**, têm o dever de observar as regras de **contabilidade pública**, estão sujeitas à **vedação de acumulação de cargos** e funções públicas, devem **realizar licitação** e seus dirigentes ocupam **cargos em comissão** de livre provimento e exoneração.

3.8.1.2 Espécies de autarquias

Quadro esquemático das espécies de autarquia

- a) Administrativas ou de serviço**
Exemplos: INSS, Ibama
- b) Especiais**
 - b1) especiais *stricto sensu***
Exemplos: Sudam, Sudene
 - b2) agências reguladoras**
Exemplos: Anatel, Ancine
- c) Corporativas**
Exemplos: Crea, CRM
- d) Fundacionais**
Exemplos: Procon, Funasa e FUNAI
- e) Territoriais**
Exemplos: Territórios Federais
- f) Associativas ou contratuais**
Exemplos: Associações Públicas

A doutrina identifica diversas categorias de autarquias:

a) autarquias administrativas ou de serviço: são as **autarquias comuns** dotadas do regime jurídico ordinário dessa espécie de pessoa pública. Exemplo: INSS;

b) autarquias especiais: caracterizam-se pela existência de determinadas peculiaridades normativas que as diferenciam das autarquias comuns, como uma mais acentuada **autonomia**. Essa categoria de autarquias pode ser dividida em duas subespécies: **b1) autarquias especiais *stricto sensu*:** como o Banco Central, a Sudam e a Sudene; **b2) agências**

A prova da Procuradoria do Estado de São Paulo/2005 considerou CORRETA a assertiva: "Por autarquia de regime especial entende-se aquela que desfruta de maior grau de independência administrativa em relação à Administração Direta, nos termos da lei".

reguladoras: autarquias especiais dotadas de uma qualificada autonomia garantida pela presença de dirigentes com mandatos fixos e estabilidade no exercício das funções. Exemplos: Anatel, Anvisa e Antaq;

c) autarquias corporativas: também chamadas de **corporações profissionais** ou **autarquias profissionais**, são entidades com atuação de interesse público encarregadas de exercer controle e fiscalização sobre determinadas categorias profissionais. Exemplo: Conselhos de Classe, como Crea, CRO e CRM. Já a **Ordem dos Advogados do Brasil perdeu o status de autarquia** no Supremo Tribunal Federal;

d) autarquias fundacionais: são criadas mediante a afetação de determinado patrimônio público a certa finalidade. São conhecidas como **fundações públicas**. Exemplos: Procon, Funasa e Funai;

e) autarquias territoriais: são departamentos geográficos administrados diretamente pela União. Na Constituição de 1988 tais autarquias recebem o nome de **territórios federais** (art. 33 da CF);

f) autarquias associativas ou contratuais: são as associações públicas criadas após a celebração de consórcio entre entidades federativas (art. 6º da Lei n. 11.107/2005). As associações públicas integram a Administração indireta de todas as entidades consorciadas com natureza de **autarquias transfederativas** (art. 6º, § 1º).

3.8.1.2.1 Natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil

A prova da Magistratura do Tocantins/2007 considerou INCORRETA a assertiva: "As autarquias profissionais de regime especial, como a Ordem dos Advogados do Brasil e as agências reguladoras, submetem-se ao controle do Tribunal de Contas da União".

No julgamento da ADIn 3.026/2006, o Supremo Tribunal Federal negou a natureza autárquica da OAB, entendendo que falta à entidade personalidade jurídica de direito público, não tendo **nenhuma ligação com a Administração Pública**.

Segundo o STF, perante a Constituição Federal de 1988, a OAB seria uma **entidade *sui generis***.

No referido acórdão, o tribunal fixou as seguintes premissas sobre a condição jurídica da Ordem dos Advogados:

1. Não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.
2. Não é uma entidade da Administração Indireta da **União**, mas um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.
3. Não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se têm referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.
4. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.
5. Ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CF/88). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados.
6. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.
7. A OAB, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.
8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.
9. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

A prova OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: “Segundo o STF, a OAB exerce função pública, mas não é pessoa jurídica pertencente à Administração Pública”.

3.8.2 Fundações públicas

Fundações públicas são pessoas jurídicas de **direito público** interno, instituídas por lei específica mediante a **afetação de um acervo patrimonial** do Estado a **uma dada finalidade pública**. Exemplos: Funai, Funasa, IBGE, Funarte e Fundação Biblioteca Nacional.

De acordo com o entendimento adotado pela maioria da doutrina e pela totalidade dos concursos públicos, as fundações públicas **são espécies de autarquias** revestindo-se das mesmas características jurídicas aplicáveis às entidades autárquicas. Podem exercer todas as atividades típicas da Administração Pública, como prestar serviços públicos e exercer **poder de polícia**.

Entretanto, a natureza de pessoas de direito público é negada pelo art. 5º, II, do **Decreto-Lei n. 200/67**, segundo o qual fundação pública é “a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exigam execu-

A prova do Ministério Público/MS considerou INCORRETA a afirmação: “As fundações públicas não podem exercer poder de polícia administrativa”.

ção por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Criticada veementemente pela doutrina, essa conceituação legislativa **não foi recepcionada pela Constituição de 1988**, cujo art. 37, XIX, trata das fundações públicas como figuras simétricas às autarquias, portanto, reconhecendo a natureza pública das referidas entidades fundacionais.

3.8.3 Agências reguladoras

A criação das agências reguladoras brasileiras teve uma direta relação com o processo de privatizações e a reforma do Estado iniciados no Brasil na **metade dos anos 1990**. Inevitável ligar sua origem a uma **concepção neoliberal** de política econômica voltada a reduzir a participação estatal em diversos setores da economia.

Basicamente, as agências foram introduzidas no direito brasileiro para fiscalizar e controlar a atuação de investidores privados que passaram a exercer as tarefas desempenhadas, antes da privatização, pelo próprio Estado.

A partir de 1995, iniciou-se um processo acelerado de privatizações e reformas estatais, cujo passo inaugural consistiu na promulgação de sucessivas emendas constitucionais abrindo caminho para a implantação do novo modelo. As mais importantes dessas emendas foram:

- 1) Emenda Constitucional n. 5, de 15-8-1995, que decretou o fim da exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado.
- 2) Emenda Constitucional n. 6, de 15-8-1995, responsável pela extinção do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional, especialmente quanto à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.
- 3) Emenda Constitucional n. 8, de 15-8-1995, que determinou o fim da exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicação.
- 4) Emenda Constitucional n. 9, de 9-11-1995, que determinou a quebra do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos.

Importante ressaltar que as Emendas Constitucionais n. 8 e 9 acrescentaram dispositivos no Texto Maior determinando a criação de “**órgãos reguladores**”, respectivamente, dos setores das telecomunicações e do petróleo.

Com base no art. 8º da Emenda Constitucional n. 8/95, o inciso XI do art. 21 da Constituição Federal ganhou a seguinte redação: “Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de **órgão regulador** e outros aspectos institucionais”.

Na mesma linha, o inciso III do § 2º do art. 177 da Constituição Federal, com redação dada pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 9/95, prescreve: “A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do **órgão regulador do monopólio da União**”.

Portanto, as **Emendas Constitucionais n. 8/95 e 9/95** são consideradas o **marco histórico** introdutor das agências reguladoras brasileiras.

O modelo de agências adotado no Brasil teve forte inspiração em **instituições similares** existentes em outros países, tais como as **agências** dos Estados Unidos, as **autoridades administrativas independentes** na França e os “quasi autonomous non governmental organizations” ou **quangos** na Inglaterra.

3.3.1 Cronologia de criação das agências federais

A partir do ano de 1995, já foram criadas diversas agências reguladoras no âmbito federal:

1) **Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel**, criada pela Lei n. 9.427, de 26-12-1996, regulamentada pelo Decreto n. 2.235/97, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo por finalidade regular e **fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica**, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

2) **Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel**, criada pela Lei n. 9.472, de 16-7-1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.338/97, vinculada ao Ministério das Comunicações, tendo como atribuições centrais o disciplinamento e a **fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações**, bem como da utilização dos recursos da órbita e espectro de radiofrequências.

3) **Agência Nacional do Petróleo – ANP**, criada pela Lei n. 9.478, de 6-8-1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.455/98, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tendo como competência central promover a regulação, a contratação e a **fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo**.

4) **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS**, criada pela Lei n. 9.961, de 28-1-2000, regulamentada pelo Decreto n. 3.327/2000, vinculada ao Ministério da Saúde, cabendo-lhe normatizar, controlar e **fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde**.

5) **Agência Nacional de Águas – ANA**, criada pela Lei n. 9.984, de 17-7-2000, regulamentada pelo Decreto n. 3.692/2000, vinculada ao Ministério do Meio Am-

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: “Segundo a Lei n. 9.472/97, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) caracteriza-se por ser autarquia especial que atua como autoridade administrativa independente”.

A prova OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a assertiva: “A lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) estabeleceu, dentre outros requisitos, que ela teria independência administrativa, autonomia financeira e seria vinculada ao Ministério das Comunicações. Isso significa que a Anatel é uma autarquia”.

biente, tendo competência a **implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos**.

6) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, criada pela Lei n. 9.782, de 26-1-1999, regulamentada pelo Decreto n. 3.029/99, vinculada ao Ministério da Saúde, tendo como finalidade promover a proteção da saúde da população, por intermédio do **controle sanitário**, da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, especialmente das **indústrias de medicamentos e cosméticos**, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o **controle de portos, aeroportos e de fronteiras**.

7) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada pela Lei n. 10.233, de 5-6-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.130/2002, vinculada ao Ministério dos Transportes, tendo como atribuição **fiscalizar** a prestação dos **serviços públicos de transporte rodoviário e ferroviário**.

8) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, também criada pela Lei n. 10.233, de 5-6-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.122/2002, vinculada ao Ministério dos Transportes, tendo como competência principal **fiscalizar os serviços públicos prestados em portos**.

9) Agência Nacional do Cinema – Ancine, criada pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 6-9-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.121/2002, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, tendo como finalidade **fomentar**, regular e fiscalizar a **indústria cinematográfica e videofonográfica**.

10) Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, criada pela Lei n. 11.182, de 27-9-2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.731/2006, vinculada ao Ministério da Defesa. A Anac sucedeu o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC, que era subordinado ao Comando da Aeronáutica. Tal agência tem competência para regular e **fiscalizar as atividades de aviação civil** e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

11) Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA, criada pela Medida Provisória n. 2.157-5, de 24-8-2001, regulamentada pelo Decreto n. 4.125/2002, **foi extinta em 2007** com a criação da **Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam**, criada pela Lei Complementar n. 124, de 3-1-2007, regulamentada pelo **Decreto n. 6.218/2007**, vinculada ao Ministério da Integração Nacional. A Sudam tem por finalidade promover o desenvolvimento incluyente e sustentável da Amazônia Legal, integrada pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e parte do Estado do Maranhão. Embora sucessora da ADA, a **Sudam não é agência reguladora** por faltar aos seus dirigentes o regime jurídico peculiar de estabilidade e mandatos fixos. A Sudam é **uma autarquia especial** (art. 1º da LC n. 124/2007), mas não uma agência.

12) Agência de Desenvolvimento do Nordeste – Adene, criada pela Medida Provisória n. 2.146-1, com alterações feitas pela Medida Provisória n. 2.156-5, de 24-8-2001, regulamentadas pelo Decreto n. 4.126/2002, **foi extinta em 2007** com a criação da **Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene**,

criada pela Lei Complementar n. 125, de 3-1-2007, regulamentada pelo **Decreto n. 6.198/2007**, vinculada ao Ministério da Integração Nacional. A área de atuação da Sudene abrange os Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia e parte dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. A Sudene não é agência reguladora, mas autarquia especial.

- ▶ **ATENÇÃO:** Recentemente a Lei n. 12.154, de 23-12-2009, ainda não regulamentada, criou a **Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc**, vinculada ao Ministério da Previdência Social, para atuar na **fiscalização e supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar** e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar. Embora possua algumas semelhanças com as agências, a **Previc não é agência reguladora**, mas uma **autarquia especial *stricto sensu***, pois os dirigentes não sofrem aprovação do Senado, não são estáveis e nem têm mandatos fixos.

Como se pode notar, a presença do nome “agência” não é essencial para qualificar a autarquia como agência reguladora. Interessante situação é a da **Comissão de Valores Mobiliários – CVM**, cuja lei de instituição declara tratar-se de autarquia especial dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária (art. 5º da Lei n. 6.385/76). A identidade de regime jurídico e natureza de suas atribuições impõem a conclusão de que **a CVM é uma agência reguladora**, apesar de não se chamar agência⁶. De outro lado, há casos de entidades batizadas legalmente com o nome de “agências”, mas que não têm natureza jurídica de agências reguladoras. É o caso da **Agência Brasileira de Inteligência – Abin**, que é um **órgão despersonalizado** subordinado à Presidência da República (art. 3º da Lei n. 9.883/99), da **Agência Espacial Brasileira – AEB**, com natureza de **autarquia comum** (art. 1º da Lei n. 8.854/94), da **Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil**, um Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 10.668/2003) e da **Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI**, também com natureza jurídica de Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 11.080/2004).

3.8.3.2 Natureza jurídica

As **agências reguladoras** são **autarquias com regime especial**, possuindo todas as características jurídicas das **autarquias comuns** mas delas se diferenciando pela presença de **duas peculiaridades** em seu regime jurídico:

A prova da Magistratura/MG considerou ERRADA a assertiva: “As agências reguladoras são, segundo a doutrina prevalente no Brasil, entidades que, de forma autônoma e independente, editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas e regulam o mercado”.

A prova da Magistratura/GO considerou ERRADA a assertiva: “As agências reguladoras possuem natureza jurídica de empresa pública em regime especial e são pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade administrativa”.

⁶ Alexandre Mazza, *Agências reguladoras*, p. 75.

a) dirigentes estáveis: ao contrário das autarquias comuns, em que os dirigentes ocupam cargos em comissão exoneráveis livremente pelo Poder Executivo, nas agências reguladoras os dirigentes são **protegidos contra o desligamento imotivado** (art. 9º da Lei n. 9.986/2000). A perda do cargo de direção em uma agência

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "As agências reguladoras são autarquias especiais que possuem regramento próprio, segundo as respectivas leis instituidoras. No plano federal, seus dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República e cumprem mandato fixo, não podendo ser exonerados *ad nutum*".

reguladora só pode ocorrer: 1) com o encerramento do mandato; 2) por renúncia; 3) por sentença judicial transitada em julgado. Essa proteção contra a exoneração imotivada ou ***ad nutum*** representa uma estabilidade mais acentuada, permitindo ao dirigente exercer tecnicamente suas funções sem preocupação com influências políticas ou partidárias;

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "As agências reguladoras são fundações públicas ou privadas de regime especial que possuem, em regra, maior autonomia e dirigentes com mandato fixo".

b) mandatos fixos: diferentemente do que ocorre com as demais autarquias, nas agências reguladoras os dirigentes **permanecem na função por prazo determinado** sendo desligados automaticamente após o

encerramento do mandato. A **duração** dos mandatos varia entre as diversas agências reguladoras, que pode ser de: 1) **3 anos:** no caso da Anvisa e da ANS; 2) **4 anos:** para a Aneel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Ancine; 3) **5 anos:** na Anatel. A legislação prevê uma alternância na substituição dos dirigentes de modo que o encerramento dos mandatos ocorre em datas diferentes, obrigando a uma **renovação parcial na cúpula diretiva**.

As agências brasileiras caracterizam-se também por um **alto grau de especialização técnica** no setor regulado⁷.

Bastante polêmica é a questão da não coincidência dos mandatos de dirigentes das agências com o do Presidente da República que os indicou. Isso faz com que o novo Presidente da República seja obrigado a aceitar a permanência de diretores de agências indicados pelo governo anterior, violando o princípio republicano e desencadeando diversas crises institucionais. Essa não coincidência de mandatos tem sido apontada como um dos fatores determinantes do atual momento de declínio das agências reguladoras.

A legislação de algumas agências reguladoras permite a **recondução de dirigentes**, como nos casos da ANP (art. 11, § 3º, da Lei n. 9.478/97), da Anvisa (art. 11 da Lei n. 9.782/99), da ANS (art. 7º da Lei n. 9.961/2000), da ANA (art. 9º, *caput*, da Lei n. 9.984/2000), da ANTT e da Antaq (art. 54, *caput*, da Lei n. 10.233/2001), sendo vedada, por falta de autorização legal, nas demais agências federais.

⁷ Fundação Getúlio Vargas. Padrão de Respostas. Prova Discursiva. Direito Administrativo. VIII Exame de Ordem Unificado.

3.8.3.2.1 Quarentena

Alguns autores consideram que o regime especial das agências seria composto ainda de uma terceira característica jurídica diferencial: a quarentena. **Quarentena** é o período de **4 meses**, contado da exoneração ou do término do mandato, durante o qual **o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades** ou de prestar qualquer serviço **no setor regulado** pela respectiva agência (art. 8º da Lei n. 9.986/2000), sob pena de incorrer na prática do crime de advocacia administrativa.

Durante o período de quarentena, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes (art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.986/2000).

3.8.3.2.1.1 Características da quarentena brasileira

O regime jurídico da quarentena nas agências reguladoras brasileiras é marcado pelas seguintes características:

a) **temporária**: embora a legislação específica possa estabelecer prazo diverso, a regra geral é que a quarentena tem duração de quatro meses. Em todos os casos, porém, trata-se de impedimento temporário, nunca definitivo;

b) **remunerada**: no Direito Brasileiro o ex-dirigente continua recebendo sua remuneração durante o período da quarentena;

c) **setorial**: a proibição imposta pela quarentena restringe-se ao mercado específico regulado pela agência na qual o ex-dirigente trabalhava. Nada impede, porém, que um ex-dirigente da Agência Nacional de Águas, logo após deixar suas funções, seja imediatamente contratado por empresa de telecomunicações ou energia elétrica, por exemplo;

d) **tem a finalidade de evitar a “captura”**: o objetivo primordial da quarentena é prevenir a contratação, por empresas privadas, de ex-agentes públicos para defesa de interesses contrários ao interesse público. Tal prática é conhecida como “captura”, prática bastante comum em muitos mercados regulados.

3.8.3.3 Diretorias colegiadas

A Lei n. 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências federais, determina a obrigatoriedade do sistema diretivo colegiado nas agências. As Diretorias Colegiadas são compostas por cinco, quatro ou três diretores, conforme a entidade, **nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal**, caracterizando-se tal forma de investidura como um **ato administrativo complexo** na medida em que sua prática pressupõe a convergência de duas vontades distintas.

Nas agências estaduais, a nomeação é feita pelo Governador com aprovação da Assembleia Legislativa. Nas agências distritais, cabe também ao Governador realizar

a nomeação e à Câmara Legislativa aprovar. Em âmbito municipal, o ato complexo exige o concurso de vontades entre o Prefeito e a Câmara Municipal.

3.8.3.3.1 Existe liberdade absoluta na escolha dos dirigentes das agências?

Embora a escolha do dirigente da agência envolva uma margem de discricionariedade, a característica **especialização técnica** das agências reguladoras **proíbe a nomeação de indivíduos cuja atividade profissional seja claramente desvinculada do setor objeto da regulação**⁸.

Nesse sentido, o art. 5º da Lei n. 9.986/2000 determina que os membros das Diretorias Colegiadas serão **brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados**.

Portanto, resta claro que padece de nulidade a nomeação, por exemplo, de um cardiologista para exercer o cargo de direção em agência reguladora de transportes públicos concedidos⁹.

3.8.3.4 Classificação das agências reguladoras

A grande quantidade de agências reguladoras existentes no Brasil tem obrigado os estudiosos a elaborar várias classificações agrupando as entidades de acordo com diversos critérios:

1) **Quanto à origem**, as agências reguladoras podem ser **federais, estaduais, distritais** ou **municipais**. Ao contrário das agências federais que são especializadas, as agências pertencentes às demais esferas federativas são caracterizadas pela existência de competências mais abrangentes, sendo comum uma mesma entidade atuar na regulação de todos os serviços públicos titularizados pela pessoa federativa.

2) **Quanto à atividade preponderante**, podem ser:

a) **agências de serviço**: encarregadas das funções típicas de poder concedente, isto é, fiscalizar e disciplinar a prestação de serviços públicos executados por empresas particulares. Exemplos: Aneel, Anatel, ANTT, Antaq e Anac;

b) **agências de polícia**: exercem predominantemente a fiscalização sobre o exercício de atividades econômicas. Exemplos: ANS e Anvisa;

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: "As agências reguladoras têm a função de regular e controlar atividades que são objeto de concessão, permissão ou autorização, mas não detêm poder de polícia para fiscalizar e impor sanções".

⁸ Fundação Getulio Vargas. Padrão de Respostas. Prova Discursiva. Direito Administrativo. Exame de Ordem Unificado.

⁹ Fundação Getulio Vargas. Padrão de Respostas. Prova Discursiva. Direito Administrativo. Exame de Ordem Unificado.

c) **agências de fomento**: criadas para promover o desenvolvimento de setores privados. Exemplo: Ancine;

d) **agências do uso de bens públicos**: realizam a gestão e o controle sobre o uso de bens públicos. Exemplo: ANA.

3) **Quanto à previsão constitucional**, as agências podem ser classificadas em:

a) **com referência constitucional**: é o caso da Anatel (art. 21, XI, da CF) e da ANP (art. 177, § 2º, III, da CF);

b) **sem referência constitucional**: com exceção da Anatel e da ANP, as demais agências reguladoras não têm previsão determinada diretamente pela Constituição Federal de 1988.

4) **Quanto ao momento de criação**: essa recente classificação das agências reguladoras federais parte da constatação de quatro períodos históricos relacionados à vida de tais entidades, podendo ser:

a) **agências de primeira geração (1996 a 1999)**: foram instituídas logo após o processo de privatizações, assumindo a função de gerir e fiscalizar setores abertos à iniciativa privada. Exemplos: Anatel, Aneel e ANP;

b) **agências de segunda geração (2000 a 2004)**: a segunda geração de agências brasileiras não possui vinculação direta com a onda de privatizações, sendo caracterizadas pela diversificação nos setores de atuação, como o poder de polícia e o fomento. Exemplos: ANS, ANA, Anvisa, ANTT, Antaq e Ancine;

c) **agências de terceira geração (2005 a 2007)**: o surgimento da Anac permitiu a identificação de uma terceira onda envolvendo a criação de **agências reguladoras pluripotenciárias**, que exercem sobre o setor regulado simultaneamente poder de polícia, fomento e tarefas típicas de poder concedente.

Atualmente, o Brasil passa por uma fase de **declínio das agências reguladoras** decorrente de fragilidades que a concepção tecnicista neoliberal imprimiu à atuação de tais entidades. Ao mesmo tempo, o surgimento de crises nos setores, objeto da atuação de algumas agências, especialmente no segmento da aviação civil, desgastou a fórmula de dirigentes estáveis e mandatos fixos. Observa-se uma preferência atual pelo **modelo das superintendências**, que preserva algumas características das agências, mas permite ao Presidente da República exonerar imotivadamente os membros da Diretoria Colegiada.

3.8.3.5 Poder normativo

As agências reguladoras são legalmente dotadas de competência para estabelecer regras disciplinando os respectivos setores de atuação. É o denominado **poder normativo** das agências.

Tal poder normativo tem sua legitimidade condicionada ao cumprimento do princípio da legalidade na medida em que os atos normativos expedidos pelas agências ocupam **posição de inferioridade em relação à lei** dentro da estrutura do ordenamento jurídico.

Além disso, convém frisar que **não se trata tecnicamente de competência regulamentar** porque a edição de regulamentos é privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, da CF). Por isso, os atos normativos expedidos pelas agências

A prova OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: "Das decisões finais das agências reguladoras, pode caber recurso hierárquico impróprio, caso previsto na lei ou na Constituição".

A prova da Magistratura/MG considerou CORRETA a assertiva: "As agências reguladoras devem adaptar-se ao sistema jurídico brasileiro, principalmente quanto ao controle de legalidade dos seus atos".

A prova da Magistratura/MG considerou ERRADA a assertiva: "As agências reguladoras não se submetem, de modo absoluto, à legislação formal, daí se falar hoje em 'deslegalização'".

reguladoras nunca podem conter determinações, simultaneamente, gerais e abstratas, sob pena de violação da privatividade da competência **regulamentar**.

Portanto, é fundamental não perder de vista **dois limites** ao exercício do poder normativo decorrentes do **caráter infralegal** dessa atribuição:

- a) os atos normativos **não podem contrariar regras fixadas na legislação** ou tratar de temas que não foram objeto de lei anterior;
- b) é **vedada a edição**, pelas agências, de **atos administrativos gerais e abstratos**.

3.8.3.5.1 Teoria da deslegalização (delegificação)

Desenvolvida no Direito Europeu, especialmente na Itália, a teoria da deslegalização ou delegificação defende a possibilidade de **o Parlamento rebaixar formalmente o assunto normatizado em uma lei para o nível de regulamento**, a fim de que a Administração Pública possa disciplinar com maior liberdade a matéria deslegalizada, inclusive revogando leis anteriores sobre o mesmo tema.

Assim, o **objetivo** original da deslegalização seria **delegar a autoridades administrativas o poder de disciplina normativa sobre matérias de competência do Legislativo**.

A evidente incompatibilidade desse rebaixamento normativo com o Texto Constitucional de 1988 pode ser sintetizada nos seguintes **argumentos contrários à deslegalização no Brasil**¹⁰:

- 1) descumprimento do devido processo para criação de leis no Brasil (inovação no processo legislativo);
- 2) instrumento ilegítimo e simulado de delegação de competência materialmente legislativa;
- 3) ruptura da primazia da lei ao permitir que ato administrativo revogue norma legal;
- 4) instituição de verdadeiros regulamentos autônomos formais sem fundamento na Constituição Federal;

¹⁰ Entre os autores que no Brasil rejeitam o instituto, ver, por exemplo: Letícia Queiroz de Andrade (Poder Normativo das Agências Reguladoras, *Redae*, n. 15, 2008) e Gustavo Binembojm (*Uma teoria do direito administrativo*, 2. ed., Renovar, 2008).

5) afronta à Tripartição dos Poderes, já que autoridade integrante do Executivo estaria invadindo competência do Parlamento (art. 48 da CF: “Compete ao Congresso dispor sobre todas as matérias de competência da União...”);

6) violação da legalidade na medida em que atos administrativos poderiam criar obrigações de fazer ou não fazer;

7) desrespeito ao art. 25, I, do ADCT, que proíbe delegação do Legislativo ao Executivo de competências normativas.

De outro lado, há **estudiosos favoráveis ao uso da deslegalização** como técnica capaz de abrir caminho para uma **ampliação do poder normativo atribuído às agências reguladoras**¹¹.

Entre os autores pátrios, a teoria original sofreu adaptações diante do regime constitucional brasileiro. Passou-se a falar mais em **atribuição de competência com natureza administrativa**, evitando com isso as dificuldades de uma “delegação de índole legislativa” transversa.

Para seus defensores, são **argumentos favoráveis à deslegalização**, fundamentando um amplo poder normativo conferido às agências reguladoras:

1) as entidades reguladoras são autoridades especializadas na atuação técnica, estando mais capacitadas para disciplinar os mercados regulados do que o legislador;

2) a autonomia qualificada favorece uma normatização menos influenciada por interesses político-partidários;

3) o poder deslegalizado no âmbito da agência aproxima a instância decisória e o cidadão, em benefício de uma mais ampla participação do usuário na gestão pública (reforço de legitimidade)¹², se comparado com as decisões adotadas distanciadas adotadas pelo Legislativo;

4) se o Legislativo tem o poder de revogar uma lei anterior, por que não o teria de simplesmente rebaixar o seu grau hierárquico?¹³;

5) a Administração Pública tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social¹⁴;

¹¹ Podem ser mencionados como defensores da aplicabilidade da teoria em nosso Direito: Diogo Figueiredo Moreira Neto (Mutações nos Serviços Públicos, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, 2009); Alexandre Santos de Aragão (O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito, *Revista de Informação Legislativa*, n. 148); Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (A Constitucionalização do Direito Administrativo, *Lumen Juris*, 2009); e o interessante artigo “A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras”, de Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior, disponível no site <www.ambitojuridico.com.br>, de cujo conteúdo foram extraídas as principais informações para a elaboração do presente tópico.

¹² Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, *Curso de direito administrativo*, 2. ed., p. 98.

¹³ O argumento é de Alexandre dos Santos Aragão (O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito, p. 289).

¹⁴ Alexandre dos Santos Aragão (O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito, p. 289).

6) a lei deslegalizadora estabelece parâmetros e princípios (*standards*) a serem seguidos pelo regulamento; que está vinculado aos princípios constitucionais (expressos e implícitos). Por isso, em vez de falar em delegação de poderes, seria mais adequado falar em atribuição de competência pelo legislador ao administrador. O ato normativo das agências atuará dentro dos limites estabelecidos na lei. Ao ente regulador a lei atribui o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada¹⁵.

Nota-se que nessa deslegalização “à brasileira”, diferente da técnica originalmente concebida na Europa, o Parlamento não rebaixa a competência legislativa em administrativa por meio de ato formal. Pelo contrário, tratar-se-ia de uma larguíssima margem de discricionariedade, transferindo ao ente regulador poderes para normatizar assuntos técnicos que a legislação intencionalmente evitou.

Porém, é importante destacar quais são os **limites constitucionais à deslegalização**, apontados pelos próprios defensores da teoria¹⁶:

- a) temas que exigem reserva de lei formal (ex.: art. 37, XIX, da CF);
- b) assuntos sob reserva de lei complementar (ex.: art. 146, III, da CF);
- c) matérias de natureza “nacional” ou “geral”, isto é, que vinculam simultaneamente todas as entidades federativas (ex.: art. 24, § 1º, da CF).

3.8.3.6 Supervisão ministerial e recursos hierárquicos impróprios

A Advocacia-Geral da União emitiu dois importantes pareceres sobre o controle administrativo da atuação das agências reguladoras federais. No **Parecer AGU 51/2006**, reconheceu-se a possibilidade de interposição de **recurso hierárquico impróprio**, dirigido ao ministro da pasta supervisora, contra decisões das agências que inobservarem a adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os Ministérios que o auxiliam.

No **Parecer AGU 04/2006**, foram abordados diversos temas relativos à supervisão ministerial sobre as atividades das agências reguladoras federais, especialmente para o fim de **admitir a avocação, pelo Presidente da República, de competências regulatórias das agências**. Abaixo segue a transcrição da ementa do referido parecer¹⁷:

“EMENTA: PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES.”

¹⁵ Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior, *A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras*.

¹⁶ Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Curso de direito administrativo*, 2. ed., p. 98.

¹⁷ Fonte: <<http://www.agu.gov.br/atosinternos>> (pareceres).

PORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES.

I – O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (DL n. 200/67, art. 170).

II – Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

III – Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

IV – No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n. 244/2005.

V – A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória.

VI – Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União.

VII – As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras.

VIII – As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP n. 2.229-43/2001”.

3.8.4 Agências executivas

Previstas no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, agências executivas é um **título atribuído pelo governo federal** a autarquias, fundações públicas e órgãos que celebrem **contrato de gestão** para ampliação **de sua autonomia** mediante a fixação de **metas de desempenho**.

Assim, as agências executivas não são uma nova espécie de pessoa jurídica da Administração Pública, mas uma **qualificação** obtida por entidades e órgãos públicos.

Importante instrumento da **administração gerencial**, o instituto da agência executiva foi uma tentativa de aumentar a eficiência da Administração Pública por meio da **flexibilização de exigências** legais em benefício da eficiência na gestão do interesse público.

A baixa qualidade técnica dos diplomas normativos disciplinadores da outorga do título de agência executiva e a falta de clareza quanto aos seus objetivos resultaram na diminuta repercussão prática do instituto, havendo poucos casos de entidades que obtiveram tal qualificação. Um raro **exemplo** de agência executiva é o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – **Inmetro**, uma autarquia federal que obteve a referida qualificação.

3.8.4.1 Histórico

A disciplina jurídica das agências executivas é realizada por diversos diplomas normativos abaixo mencionados.

1) **Decreto n. 2.487/98**: regulamenta o procedimento de outorga da qualificação. Segundo o decreto, as **autarquias** e as **fundações integrantes** da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, ser qualificadas como Agências Executivas (art. 1º).

A prova da Magistratura do Distrito Federal/2007 considerou INCORRETA a afirmação: “A qualificação como agência executiva é feita por meio de lei de iniciativa privativa do Presidente da República”.

A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante **iniciativa do Ministério supervisor**, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o

cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes **requisitos**:

- a) ter celebrado **contrato de gestão** com o respectivo **Ministério supervisor**;
- b) ter **plano estratégico de reestruturação** e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a **redução de custos**, já concluído ou em andamento.

O ato de qualificação como Agência Executiva dar-se-á **mediante decreto**.

O art. 1º, § 4º, do decreto disciplina o **processo de desqualificação**, sendo realizado por iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sempre que houver descumprimento dos requisitos para outorga do título.

2) **Decreto n. 2.488/98**: delegou aos Ministérios supervisores competência para aprovar ou readequar estruturas regimentais ou estatutos das Agências Executivas. O Ministro supervisor poderá subdelegar ao dirigente máximo da Agência Executiva a competência mencionada.

3) **Lei n. 9.649/98**: dispo sobre a organização da Presidência da República, a Lei n. 9.649/98, no art. 51, trata especificamente do processo de qualificação como agência executiva, *in verbis*: “O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor”.

A lei prescreve que **a qualificação como agência executiva será feita em ato do Presidente da República**, sendo que o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos contratos de gestão.

4) **Emenda Constitucional n. 19/98**: a Emenda da Reforma Administrativa acrescentou o § 8º no art. 37 da Constituição Federal, determinando que **a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta** poderá ser **ampliada mediante contrato**, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

O texto do § 8º do art. 37 da CF é o único que menciona a possibilidade de **órgãos públicos também receberem a qualificação** de agências executivas. Trata-se de possibilidade polêmica na medida em que, não tendo personalidade jurídica própria, os órgãos públicos não poderiam vincular-se contratualmente com a União, especialmente levando em conta que a União e seus órgãos constituem uma única pessoa jurídica. Assim, o contrato de gestão, nessa hipótese, seria um autocontrato.

3.8.4.2 Características

As **características fundamentais** das agências executivas são as seguintes:

a) são **autarquias**, fundações e órgãos que recebem a qualificação por decreto do Presidente da República ou portaria expedida por Ministro de Estado;

A prova do Ministério Público/MS considerou INCORRETA a afirmação: “O contrato de gestão só pode ser celebrado entre a União e suas empresas estatais”.

b) celebram contrato de gestão com o Ministério supervisor para ampliação da autonomia;

A prova da Magistratura Federal/5ª Região considerou ERRADA a afirmação: "A qualificação de uma autarquia como agência executiva, o que lhe assegura aumento dos valores de contratação de obras e serviços de engenharia com dispensa de licitação, depende de ela ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento ou, alternativamente, da celebração de contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor".

c) possuem um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos.

► **MUITO IMPORTANTE:** Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, as agências executivas têm o **dobro do limite** para **contratação direta por dispensa de licitação**. Assim, obras e serviços de engenharia de até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e demais objetos de até R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) podem ser contratados pelas agências executivas sem **licitação**. Cabe lembrar que com a promulgação do Novo Estatuto Jurídico da Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e suas Subsidiárias, criado pela Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, os limites de contratação direta por dispensa de licitação nas empresas públicas e sociedades de economia mista foram alterados para (art. 29):

- R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia;
- R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e compras.

3.8.4.3 Comparação entre agências executivas e agências reguladoras

A nomenclatura assemelhada e as frequentes confusões entre os institutos recomendam esclarecer as mais importantes diferenças entre agências executivas e agências reguladoras.

Quadro comparativo entre agências executivas e agências reguladoras

	Agências executivas	Agências reguladoras
Natureza	Qualificação jurídica atribuída a órgãos ou pessoas governamentais	Autarquias com regime especial
Atuação	Visam a operacionalidade mediante exercício descentralizado de tarefas públicas	Controle e fiscalização de setores privados
Surgimento	Contexto da reforma administrativa	Contexto da reforma administrativa
Exemplos	Inmetro	Anatel, Aneel, Anac
Base ideológica	Modelo da administração gerencial	Modelo da administração gerencial
Âmbito Federativo	Existem somente no âmbito federal	Existentes em todas esferas federativas

3.8.5 Associações públicas

O **art. 241 da Constituição Federal** prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos** e os **convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a **gestão associada** de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos,

serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços **transferidos**.

Regulamentando a citada norma constitucional, a **Lei n. 11.107/2005** disciplinou o instituto do consórcio público. **Consórcio público** é o **negócio jurídico plurilateral de direito público** que tem por objeto medidas de **mútua cooperação** entre **entidades federais**, resultando na criação de uma **pessoa jurídica autônoma** com natureza de direito privado ou de direito **público**.

A maior novidade do regime estabelecido pela Lei n. 11.107/2005 é a personificação (“pejotização”) dos consórcios. As entidades consorciadas podem optar entre duas naturezas distintas para a sociedade de propósito específico criada após a celebração do contrato (art. 6º):

a) **consórcio com natureza de direito privado sem fins econômicos**: basicamente submete-se às **regras da legislação civil**, mas tem que seguir a legislação administrativa quanto à licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal sob regime **celetista**. Os consórcios de direito privado **não integram a Administração**;

b) **associação pública**: se as entidades consorciadas optarem por conferir **natureza jurídica de direito público**, a nova pessoa jurídica recebe a denominação de associação pública. De acordo com a regra prevista no art. 6º da Lei n. 11.107/2005, a **associação pública integra a Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados**. Essa estranha característica inaugura no Brasil a figura da **entidade transfederativa** porque a associação pública poderá ser ao mesmo tempo federal, estadual e municipal, integrando todas as esferas federativas das pessoas consorciadas.

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: “Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais”.

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “O sistema legislativo pátrio possibilita aos consórcios públicos a promoção de amplo rol de atividades, entre as quais se inclui receber subvenções econômicas ou sociais de órgãos do Governo, promover a arrecadação de tarifas e outorgar concessão de serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público”.

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: “No caso de se revestir de personalidade jurídica de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela CLT”.

A prova da Magistratura do Paraná/2008 considerou CORRETA a afirmação: “O consórcio público com personalidade jurídica de Direito Público integra a Administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

▶ PERGUNTA: O que são entidades transfederativas?

Resposta: São as associações públicas pertencentes à Administração Pública Indireta de todas as pessoas federativas consorciadas.

A novidade certamente implica diversas dificuldades práticas a respeito da legislação aplicável às associações pertencentes a mais de uma esfera federativa. Parece razoável concluir que se aplica à associação a legislação do âmbito federativo da entidade consorciada geograficamente mais extensa. Assim, por exemplo, se a União participa do consórcio, então a legislação aplicável será a federal quanto ao regime de contratação, procedimento licitatório, sistemas de controle etc.

É certo que as **associações públicas** são **pessoas jurídicas de direito público interno** pertencentes à **Administração Pública Indireta**. Nesse sentido, prescreve o art. 41, IV, do Código Civil: “São pessoas jurídicas de direito público interno: (...) IV – as autarquias, inclusive as associações”. Predomina o entendimento de que as associações públicas são uma **nova categoria de pessoas da Administração Indireta**. José dos Santos Carvalho Filho, em posição minoritária, considera que é uma **espécie de autarquia**.

As associações públicas possuem alguns **privilégios**, também extensivos aos consórcios com natureza de direito privado, tais como:

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional elaborada pela Esaf considerou CORRETAS as quatro assertivas abaixo: “1) os consórcios públicos podem realizar licitação da qual decorram contratos administrativos celebrados por órgãos dos entes da Federação consorciados; 2) o consórcio público com personalidade jurídica de Direito Público integra a Administração indireta de todos os entes da Federação consorciados; 3) os consórcios públicos podem ter personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado; 4) revestindo personalidade jurídica de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à celebração de contratos”.

Levando em conta que empresas públicas e sociedades de economia mista têm regime predominantemente privado, e não próprio das empresas privadas, a prova da Magistratura do Tocantins/2007 considerou INCORRETA a assertiva: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime de monopólio submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.

a) poder de **promover desapropriações** e de instituir **serviços** – art. 2º, § 1º, II;

b) possibilidade de **serem contratadas** pela Administração Direta ou Indireta, **com dispensa de licitação** – art. 2º, § 1º, III;

c) **o dobro do limite para contratação direta** por dispensa de licitação em razão do valor – art. 24, I e II, **Lei n. 8.666/93**.

3.8.6 Empresas estatais

Dá-se o nome de empresas estatais às pessoas jurídicas de **direito privado** pertencentes à Administração Pública Indireta, a saber: **empresas públicas** e **sociedades de economia mista**. Em que pese a personalidade de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista têm em comum as seguintes **características**:

a) sofrem controle pelos **Tribunais de Contas**, Poder Legislativo e Judiciário;

b) dever de contratar mediante **prévia**

licitação. Entretanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras de atividade econômica não precisam licitar** para a contratação de bens

e **serviços relacionados diretamente com suas atividades finalísticas**, sob pena de inviabilizar a competição com as empresas privadas do mesmo setor;

- c) obrigatoriedade de realização de **concurso público**;
- d) **proibição de acumulação** de cargos, empregos ou funções públicas;
- e) contratação de pessoal pelo **regime celetista** de emprego público, com exceção dos dirigentes, sujeitos ao regime **comissionado** (cargos “de confiança”);
- f) **remuneração dos empregos não sujeita ao teto constitucional**, exceto se receberem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral;
- g) jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerando **inconstitucional a exigência de aprovação prévia**, no âmbito do Poder Legislativo, como requisito para nomeação de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo;
- h) **impossibilidade de falência** (art. 2º, I, da Lei n. 11.101/2005).

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a assertiva: “Os dirigentes das empresas estatais que não são empregados dessas empresas não são considerados celetistas”.

3.8.6.1 Empresas públicas

Empresas públicas são **pessoas jurídicas de direito privado**, criadas por **autorização legislativa**, com **totalidade de capital público** e regime **organizacional livre**. Exemplos: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – **BNDES**, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – **ECT**, Caixa Econômica Federal – **CEF**, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – **Embrapa** e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – **Infraero**.

O **conceito legislativo** está previsto no art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67: empresas públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, **com patrimônio próprio e capital exclusivo da União**, criadas por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência, ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de quaisquer das formas admitidas em direito.

Elaborado no final dos anos 1960, o conceito de empresa pública presente no Decreto-Lei n. 200 está desatualizado em três pontos principais:

- a) “capital exclusivo da União”: na verdade a doutrina considera que o **capital** da empresa pública deve ser **exclusivamente público**, podendo sua origem ser federal, distrital, estadual ou **municipal**;
- b) “criadas por lei”: a nova redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal, dada pela Emenda n. 19/98, prescreve que empresas públicas e sociedades de eco-

A prova da Defensoria Pública/BA elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: “O capital das empresas públicas é totalmente público, podendo pertencer a diversos entes públicos”.

A prova da Magistratura/GO considerou ERRADA a assertiva: “A empresa pública da União é pessoa jurídica de Direito Privado, criada por lei específica mediante proposta do Presidente da República”.

nomia mista não são criadas por lei, mas mediante **autorização legislativa**;

c) “para exploração de atividade econômica”: atualmente empresas públicas podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações:

exercer **atividades econômicas** ou prestar **serviços públicos**.

3.8.6.1.1 Características

As empresas públicas possuem as seguintes características fundamentais:

a) **criação autorizada por lei** específica: sempre que a Constituição utiliza a locução “mediante autorização legislativa” é porque a forma de instituição da entidade submete-se a um procedimento distinto da simples “criação por lei”. A instituição por meio de lei específica envolve **três fases**: a) **promulgação de lei** autorizadora;

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou ERRADA a assertiva: “As fundações têm necessariamente personalidade jurídica de Direito Público, assemelhando-se às autarquias”.

b) **expedição de decreto** regulamentando a lei; c) **registro dos atos constitutivos em cartório** e na Junta **Comercial**. Ao contrário das autarquias criadas por lei, a personalidade jurídica das empresas públicas não surge com

a simples promulgação do diploma legislativo, mas com o registro de sua constituição no cartório competente. É o que determina o art. 45 do Código Civil: “**começa a existência legal** das pessoas jurídicas de direito privado **com a inscrição do ato**

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou ERRADA a assertiva: “Mediante autorização de lei específica, as empresas públicas podem contar com participação privada em seu capital”.

Admitindo que o capital público pode estar repartido entre diversas pessoas governamentais, a prova de Procurador do Banco Central elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “No Direito brasileiro, uma empresa cujo capital seja de titularidade de três acionistas: União Federal – que possui maioria do capital votante –, uma autarquia estadual e uma empresa pública municipal integra a Administração indireta, sendo considerada empresa pública”.

A prova de Técnico da DPU elaborada pelo Cespe em 2016 considerou ERRADA a afirmação: “Cria-se empresa pública e autoriza-se seu imediato funcionamento por meio de publicação de lei ordinária específica”.

constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”. Trata-se de forma de criação imposta pela natureza privada das empresas públicas. Pela mesma razão, **extinção de empresa pública exige idêntico procedimento**: 1) lei autorizando; 2) decreto regulamentando a extinção; 3) baixa dos atos constitutivos no registro competente;

b) **todo capital é público**: nas empresas públicas não existe dinheiro privado integrado o capital **social**;

c) **forma organizacional livre**: o art. 9º do Decreto-Lei n. 200/67 determina que a estrutura organizacional das empresas públicas pode adotar qualquer forma admitida pelo Direito Empresarial, tais como: **sociedade anônima**, limitada e **comandita**;

A prova do Ministério Público/MS considerou CORRETA a afirmação: “É possível, na esfera federal, uma empresa pública ser organizada sob a forma de sociedade anônima sendo a União sua única proprietária”.

d) **suas demandas são de competência da Justiça Federal:** nos termos do art. 109 da Constituição Federal, cabe à **Justiça Federal** julgar as causas de interesse da União, entidade autárquica ou **empresa pública federal**. No caso das empresas públicas distritais, estaduais ou municipais, em regra, as demandas são julgadas em varas especializadas da Fazenda Pública na justiça comum estadual.

3.3.6.2 Sociedades de economia mista

Sociedades de economia mista são **pessoas jurídicas de direito privado**, criadas mediante **autorização legislativa**, com **maioria de capital público** e organizadas obrigatoriamente como **sociedades anônimas**. Exemplos: **Petrobras, Banco do Brasil, Telebras, Eletrobras e Furnas**.

O **conceito legal** de sociedade de economia mista está previsto no art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67: “a 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 pertencam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta**”.

Assim como nas empresas públicas, o conceito de sociedade de economia mista apresentado pelo Decreto-Lei n. 200/67 exige dois reparos: são **criadas mediante autorização legislativa**, e não por lei; além de explorar atividades econômicas, **podem também prestar serviços públicos**.

É relevante destacar, ainda, que a referência à maioria do capital votante pertencente à União ou à entidade da Administração Indireta diz respeito às sociedades de economia mista federais. Aquelas ligadas às demais esferas federativas, evidentemente, terão maioria de capital votante pertencendo ao Estado, Distrito Federal, Municípios, ou às respectivas entidades descentralizadas.

3.3.6.2.1 Características

Bastante semelhantes às empresas públicas, as sociedades de economia mista possuem as seguintes características jurídicas relevantes:

a) **criação autorizada por lei:** a personalidade jurídica surge com o registro dos atos constitutivos em cartório, assim como ocorre com as empresas públicas, não sendo criadas diretamente **pela lei**;

b) **a maioria do capital é público:** na composição do capital votante, pelo menos 50% mais uma das ações com direito a voto devem pertencer ao Estado. É obrigatória, entretanto, a presença de capital votante privado, ainda que amplamente minoritário, sob pena de a entidade converter-se em empresa pública. Quanto às ações sem direito a voto, a legislação não faz qualquer exigência em relação aos seus de-

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou ERRADA a assertiva: “As autarquias, fundações e empresas estatais, de acordo com o princípio da legalidade, devem ser criadas por meio da lei”.

tentores, podendo inclusive todas pertencer à iniciativa privada. A lei preocupa-se apenas em garantir ao Poder Público o controle administrativo da entidade, o que depende somente da composição do capital votante. Porém, se o Estado detiver **minoridade do capital votante**, estaremos diante de **empresa privada com participação estatal**, caso em que a entidade não

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a afirmação: "Existem entidades que contam com a participação do Poder Público na formação de seu capital social, juntamente com o setor privado, mas que não integram a Administração indireta".

pertence à Administração Pública;

c) forma de sociedade anônima: por expressa determinação legal, as sociedades de economia devem ter obrigatoriamente a estrutura de S.A.;

A prova da Magistratura/PR considerou ERRADA a assertiva: "É competente a Justiça Federal para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista cujo acionista controlador seja a União Federal".

d) demandas são julgadas na justiça comum estadual: ainda que federais, as sociedades de economia mista demandam e são demandadas perante a justiça estadual (art. 109 da CF).

Quadro comparativo entre empresas públicas e sociedades de economia mista

Empresas públicas	Sociedades de economia mista
Base legal: art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67	Base legal: art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67
Pessoas jurídicas de direito privado	Pessoas jurídicas de direito privado
Totalidade de capital público	Majoria de capital votante é público
Forma organizacional livre	Forma obrigatória de S.A.
As da União têm causas julgadas perante a Justiça Federal	Causas julgadas perante a Justiça Comum Estadual
As estaduais, distritais e municipais têm causas julgadas, como regra, em Varas da Fazenda Pública	As estaduais, distritais e municipais têm causas julgadas em Varas Cíveis

3.8.7 Outras características das empresas públicas e sociedades de economia mista

As demais características das empresas públicas e sociedades de economia mista variam conforme a atuação preponderante da entidade.

Assim:

A prova da Procuradoria da República considerou INCORRETA a assertiva: "Os bens das empresas públicas prestadoras de serviços públicos estão sempre sujeitos a penhora".

1) Prestadoras de serviço público:

imunes a impostos; os bens são públicos, respondem objetivamente (sem comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; o Estado é responsável subsidiário pela quitação

condenação indenizatória; estão sujeitas à impetração de mandado de segurança; sofrem uma influência maior dos princípios e normas do Direito Administrativo.

Exemplo: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

1) Exploradoras de atividade econômica:

não têm imunidade tributária; seus bens são privados; respondem subjetivamente (com comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; o Estado não é responsável por garantir o pagamento da indenização, não se sujeitam à impetração de mandado de segurança contra atos relacionados à sua atividade-fim e sofrem menor influência do Direito Administrativo. Exemplos: Banco do Brasil e Petrobras.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: “Recente decisão do STF, levando em consideração a peculiar situação jurídica de uma estatal (regida pelo Direito Privado), afirmou a impossibilidade de se penhorarem seus bens e determinou que sua execução só poderia ocorrer pelo regime do precatório (art. 100 da Constituição Federal). Tal decisão ocorreu em referência à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por se tratar de empresa pública que executa serviço público”.

▶ **IMPORTANTE: Pessoas jurídicas de direito privado nunca titularizam serviços públicos.** Assim, ao contrário do que ocorre com autarquias e fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público recebem da lei somente a titularidade da prestação, e não do serviço público em si. Desse modo, por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública federal, detém a titularidade da prestação do serviço postal, enquanto a titularidade do serviço público em si pertence à União.

Quadro comparativo entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica

Prestadoras de serviço público	Exploradoras de atividade econômica
Imunes a impostos	Não têm imunidade
Bens públicos	Bens privados
Responsabilidade objetiva	Responsabilidade subjetiva
O Estado responde subsidiariamente	O Estado não tem responsabilidade pelos danos causados
Sujeitam-se à impetração de Mandado de Segurança	Não se sujeitam à impetração de Mandado de Segurança contra atos relacionados à sua atividade-fim
Maior influência do Direito Administrativo	Menor influência do Direito Administrativo
Obrigadas a licitar	Obrigadas a licitar, exceto para bens e serviços relacionados com suas atividades finalísticas

3.8.7.1 Empresas subsidiárias e empresas controladas

Empresas subsidiárias são pessoas jurídicas de direito privado criadas para integrar um grupo empresarial encabeçado por uma holding (empresa-matriz) estatal. É o caso da Petrobras (empresa estatal holding), que atualmente possui cinco empresas subsidiárias principais a ela vinculadas: a) Transpetro; b) Petrobras Distribuidora; c) Petroquisa; d) Petrobras Biocombustível; e) Gaspetro.

De acordo com o art. 37, XX, da CF, “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

A prova de Advogado da Casan elaborada pela AOCP em 2016 considerou CORRETA a afirmação: “A criação de subsidiárias pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como sua participação em empresas privadas, depende de autorização legislativa, exceto se já houver previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”.

Segundo entendimento do STF, é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa estatal matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida **autorizadora** (Adin 1.649/DF).

O certo é que as empresas subsidiárias criadas por autorização legislativa **integram a Administração Pública indireta** na qualidade de empresas públicas ou sociedades de economia mista, conforme estabelecido em seus atos institutivos.

Já as **empresas controladas** são pessoas jurídicas de direito privado **adquiridas integralmente** ou **com parcela de seu capital social assumido** por empresa estatal. Nesse caso, como a sua instituição realiza-se independentemente de autorização legislativa, as empresas controladas **não integram a Administração Pública**. Exemplo: a Agip do Brasil hoje é empresa controlada pela Petrobras.

3.8.8 Fundações governamentais de direito privado

Bastante **polêmica** cerca o debate sobre a possibilidade de o Estado criar fundações com personalidade jurídica de direito privado.

O art. 5º, IV, do **Decreto-Lei n. 200/67**, incluído pela Lei n. 7.596/87, admite essa possibilidade ao conceituar fundação pública como “a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de **autorização legislativa**, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Celso Antônio **Bandeira de Mello rejeita** veementemente a legitimidade de **instituição de fundações estatais submetidas ao direito privado**, sob o argumento de que sua criação seria uma manobra inconstitucional para fugir dos controles moralizantes impostos pelas regras de Direito Público¹⁸. Para o autor, as fundações estatais são espécies do gênero autarquia, caracterizando-se, portanto, como **pessoas jurídicas de direito público**.

¹⁸ Curso de direito administrativo, p. 183.

Entretanto, a **corrente doutrinária majoritária**, adotada em provas e **concursos públicos, admite a possibilidade de criação de fundações governamentais de direito privado.**

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunes considerou ERRADA a assertiva: "As fundações têm necessariamente personalidade jurídica de direito público, assemelhando-se às autarquias".

O argumento central favorável a tal possibilidade está, além da expressa conceituação do art. 5º, IV, do Decreto-Lei n. 200/67, disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda n. 19/98: "somente por **lei específica** poderá ser criada autarquia e **autorizada a instituição** de empresa pública, de sociedade de economia mista e **de fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

É fácil notar que o texto constitucional não alocou a fundação dentro da categoria a que pertencem as autarquias, cuja criação realiza-se "somente por lei específica". A fundação de que fala o **art. 37, XIX**, da Constituição Federal não é a fundação pública, espécie do gênero autarquia. O dispositivo, pelo contrário, alinha a referida **fundação** ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, entre as **pessoas jurídicas de direito privado**, cuja criação cabe à lei específica somente autorizar.

Assim, deve-se reconhecer a possibilidade de o Estado, ao criar uma fundação, escolher qual o regime jurídico aplicável, decidindo livremente entre a instituição de fundação pública, espécie do gênero autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, ou optar pela criação de fundação governamental com regime de direito privado.

Portanto, as **fundações governamentais** são conceituadas como pessoas jurídicas de **direito privado**, criadas via **autorização legislativa**, por meio de **escritura pública**, tendo **estatuto próprio**, e instituídas mediante a afetação de um acervo de bens a determinada finalidade pública. Exemplo: **Fundação Padre Anchieta**, fundação governamental do Estado de São Paulo mantenedora da Rádio e TV Cultura.

Um maior detalhamento normativo sobre as formas de atuação das fundações governamentais de direito privado tornou-se imprescindível para esclarecimento das incertezas em torno do polêmico instituto. Nesse sentido, a própria redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal faz referência à necessidade de promulgação de **lei complementar** para **definir as áreas de sua atuação**.

Por fim, é conveniente reforçar as diferenças existentes entre fundações públicas e fundações governamentais de direito privado.

Quadro comparativo entre fundações públicas e fundações governamentais de direito privado

Fundações públicas	Fundações governamentais
Pessoas jurídicas de direito público	Pessoas jurídicas de direito privado
Pertencem à Administração Pública Indireta	Pertencem à Administração Pública Indireta
Criadas por lei específica	Criadas por autorização legislativa
A personalidade jurídica surge com a entrada em vigor da lei instituidora	A personalidade jurídica surge com o registro dos atos constitutivos em cartório, após publicação de lei autorizando e do decreto regulamentando a instituição
São extintas por lei específica	São extintas com a baixa em cartório
Espécie do gênero autarquia	Categoria autônoma
Titularizam serviços públicos	Não podem titularizar serviços públicos

3.8.9 Empresas subsidiárias

Empresas subsidiárias são aquelas **controladas por empresas públicas ou sociedades de economia mista**. Nos termos do art. 37, XX, da Constituição Federal, depende de **autorização legislativa** a criação de subsidiárias controladas por entidades da Administração Pública Indireta.

As subsidiárias, em princípio, **não integram a Administração Pública**, exceto se preencherem todas as condições exigidas para instituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

3.8.10 Fundações de apoio

As fundações de apoio são **pessoas jurídicas de direito privado**, instituídas sob a forma de **fundações privadas** para **auxiliar instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica**. Sua atuação dá apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (art. 1º da Lei n. 8.958/94).

As fundações de apoio submetem-se à **fiscalização do Ministério Público**, contratam em **regime trabalhista** e dependem de **prévio registro e credenciamento** no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renováveis bienalmente.

Podem ser **contratadas por dispensa de licitação** pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica (art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93).

3.1.1 Novo Estatuto Jurídico da Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e Subsidiárias (Lei n. 13.303/2016)

Com fundamento no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, foi publicada recentemente a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, criando o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e Subsidiárias.

A nova lei declara-se aplicável a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos (art. 1º).

Assim, embora o art. 173, § 1º, da Constituição Federal impusesse ao legislador o dever de criar um estatuto jurídico somente para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a Lei n. 13.303/2016 foi além e estendeu sua abrangência **também para as prestadoras de serviços públicos**, tanto federais quanto estaduais, distritais ou municipais.

Importante destacar que a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93) continua aplicável às empresas estatais, principalmente quanto aos temas sem tratamento expresso na lei específica.

O estatuto define empresa pública como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios (art. 3º).

Nos termos do art. 4º, sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

O art. 8º da Lei n. 13.303/2016 estabelece **requisitos mínimos de transparência** a serem observados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, a saber:

I – elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II – adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III – divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV – elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V – elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI – divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

VII – elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;

VIII – ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX – divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

A mais festejada inovação trazida pelo Estatuto consiste no estabelecimento de **requisitos mais rigorosos para nomeação dos dirigentes nas empresas estatais**. Assim, nos termos do art. 17, os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

“I – ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III – não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990”.

Em matéria de **licitação e contratos** a Lei n. 13.303/2016 criou um sistema especial para a empresas públicas e sociedades de economia mista, inspirado no Regime Diferenciado de Contratação – o RDC (Lei n. 12.462/2011). Destacam-se as seguintes inovações, derogatórias do regime geral previsto na Lei n. 8.666/93:

a) aumento dos valores para contratação direta por dispensa de licitação: agora os patamares passam a ser de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para os demais objetos (art. 29, I e II);

b) procedimento licitatório dividido em dez fases: I – preparação; II – divulgação; III – apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; IV – julgamento; V – verificação de efetividade dos lances ou propostas; VI – negociação; VII – habilitação; VIII – interposição de recursos; IX – adjudicação do objeto; X – homologação do resultado ou revogação do procedimento (art. 51);

c) inversão das fases naturais do certame, de modo que o julgamento das propostas sempre antecede a habilitação;

d) ampliação dos critérios de julgamento do certame: I – menor preço; II – maior desconto; III – melhor combinação de técnica e preço; IV – melhor técnica; V – melhor conteúdo artístico; VI – maior oferta de preço; VII – maior retorno econômico; VIII – melhor destinação de bens alienados (art. 54);

e) criação de quatro procedimentos auxiliares da licitação: I – pré-qualificação permanente; II – cadastramento; III – sistema de registro de preços; IV – catálogo eletrônico de padronização (art. 63).

3.8.11.1 Extinção do procedimento licitatório simplificado no âmbito da Petrobras

Com o advento da Lei n. 13.303/2016 foi revogado expressamente o art. 67 da Lei Geral do Petróleo (Lei n. 9.478/97), que previa a realização de procedi-

mento licitatório simplificado pela Petrobras. Por óbvio, o Decreto n. 2.745/98, que regulamentou o referido procedimento, também perdeu o objeto. Assim, a **Petrobras passa a sujeitar-se ao regime da Lei n. 13.303/2016**, como ocorre agora com todas as demais empresas estatais federais, estaduais, distritais e municipais.

3.9 ENTES DE COOPERAÇÃO

Entes de cooperação são pessoas jurídicas de **direito privado** que colaboram com o Estado exercendo **atividades não lucrativas** e de **interesse social**.

A doutrina divide os entes de cooperação em duas categorias: entidades paraestatais e terceiro setor.

3.9.1 Entidades paraestatais. Serviços sociais do Sistema "S"

O nome *paraestatais* significa literalmente entidades que **atuam ao lado do Estado** (do grego *pára*, lado). A ideia central do conceito remete a pessoas privadas colaboradoras da Administração Pública.

Não existe, entretanto, **um conceito legislativo** de entidades paraestatais, circunstância que desperta uma impressionante **controvérsia doutrinária** a respeito de quais pessoas fazem parte da categoria das paraestatais.

Reduzindo a disputa às concepções mais relevantes para concursos públicos, pode-se concluir pela existência de **sete posicionamentos distintos** sobre quem pertence à classe das entidades paraestatais:

- a) **Hely Lopes Meirelles**: empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais;
- b) **José Cretella Júnior**: somente as autarquias;
- c) **Celso Antônio Bandeira de Mello**: pessoas colaboradoras que **não** preordenam a fins lucrativos, como os serviços sociais;
- d) **Sérgio de Andrea Ferreira**: empresas públicas e sociedades de economia mista;
- e) **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**: serviços sociais, partidos políticos e sindicatos;
- f) **José dos Santos Carvalho Filho**: toda a Administração Indireta e os serviços sociais;
- g) **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**: serviços sociais e entidades do terceiro setor.

Assim, as diversas correntes podem ser sintetizadas no quadro a seguir:

Quadro das entidades paraestatais

	Serviços sociais (sistema S)	Empresas públicas e sociedades de economia mista	Autarquias	Terceiro setor	Partidos políticos	Sindicatos
Hely Lopes Meirelles	✓	✓				
José Cretella Júnior			✓			
Celso Antônio Bandeira de Mello	✓					
Sérgio de Andrea Ferreira		✓				
Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	✓				✓	✓
José dos Santos Carvalho Filho	✓	✓	✓			
Maria Sylvia Zanella Di Pietro	✓			✓		

Embora a controvérsia também tenha reflexos nas questões de prova, tem predominado em **concursos públicos** o entendimento de que o conceito de entidades paraestatais inclui **somente os serviços sociais**, na esteira da opinião sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Os **serviços sociais autônomos** são pessoas jurídicas de **direito privado**, criadas mediante **autorização legislativa** e que compõem o denominado **sistema "S"**. O nome sistema "S" deriva do fato de tais entidades estarem **ligadas à estrutura sindical** e terem sempre sua denominação iniciando com a letra "S" de serviço.

A prova de Delegado de Polícia/PE elaborada pelo Ipad considerou CORRETA a afirmação: "Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação depende de lei autorizadora, prestadoras de serviços de utilidade pública e financiadas por contribuições parafiscais".

Exemplos de serviços sociais paraestatais:

- Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – **Senai**;
- Serviço Social da Indústria – **Sesi**;
- Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – **Senac**;
- Serviço Social do Comércio – **Sesc**;
- Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – **Senat**;
- Serviço Social do Transporte – **Sest**;
- Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – **Sebrae**;
- Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – **Senar**.

Importante destacar que o último nome e, portanto, a letra final da sigla indica o **ramo sindical** a que o serviço social está ligado. Assim:

- a) terminação “**I**”: serviços ligados aos sindicatos da **indústria**. Exemplos: Senai e Sesi;
- b) terminação “**C**”: serviços ligados aos sindicatos do **comércio**. Exemplo: Sesc;
- c) terminação “**T**”: serviços ligados aos sindicatos de **transportes**. Exemplos: Sest e Senat;
- d) terminação “**AE**”: serviços ligados às **micro e pequenas empresas**;
- e) terminação “**R**”: serviços ligados ao **setor rural**.

Recentemente, algumas **agências sociais** têm sido criadas sem observar as nomenclaturas tradicionais atribuídas aos serviços sociais. É o caso da **Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil**, um serviço social autônomo criado para realizar a promoção comercial das exportações (art. 1º da Lei n. 10.668/2003), e da **Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI**, também com natureza jurídica de serviço social autônomo instituído para promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial (art. 1º da Lei n. 11.080/2004). Segundo José dos Santos **Carvalho Filho**, entretanto, as recém-criadas agências sociais possuem algumas **características jurídicas diferenciadas** em comparação com os serviços sociais tradicionais¹⁹, tais como:

- a) o presidente é nomeado pelo Presidente da República;
- b) a supervisão compete ao Poder Executivo;
- c) previsão de celebração de contrato de gestão;
- d) dotações orçamentárias consignadas no Orçamento Geral da União.

Adotando entendimento isolado, **Carvalho Filho** defende que as **novas agências sociais** teriam natureza de agências executivas sob a forma de **autarquias**²⁰. A referida posição induz à conclusão inaceitável de que a Apex-Brasil e a ABDI fariam parte da Administração Pública Indireta como pessoas autárquicas de direito público, contrariando a própria legislação instituidora dos mencionados serviços sociais.

3.9.1.1 Características

Os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características fundamentais:

- a) são pessoas jurídicas de **direito privado**;
 - b) são criados mediante **autorização legislativa**;
 - c) **não têm fins lucrativos**;
 - d) executam **serviços de utilidade pública**;
- ca, mas não serviços públicos;**

A prova de Procurador da República considerou INCORRETA a afirmação: “Os serviços sociais autônomos destinam-se a prestar serviços públicos”.

¹⁹ Manual de direito administrativo, p. 510.

²⁰ Manual de direito administrativo, p. 510.

- e) produzem benefícios para **grupos ou categorias profissionais**;
- f) **não pertencem ao Estado**;
- g) são **custeados por contribuições** compulsórias pagas pelos sindicalizados (art. 240 da CF), constituindo verdadeiros exemplos de **parafiscalidade tributária** (art. 7º do CTN);
- h) os valores remanescentes dos recursos arrecadados constituem **superávit**, e não lucro, devendo ser revertidos nas finalidades essenciais da entidade²¹;
- i) estão sujeitos a **controle estatal**, inclusive por meio dos **Tribunais de Contas**;
- j) **não precisam contratar** pessoal **mediante concurso público** (RE 789.874)²²;
- k) estão **obrigados a realizar licitação** (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93). Deve-se registrar, no entanto, a existência de entendimento do **Tribunal de Contas da União**²³ no sentido de que o procedimento licitatório adotado pelos serviços sociais visa garantir transparência na contratação de fornecedores, podendo os **regimentos internos** de cada entidade **definir ritos simplificados próprios**, desde que não contrariem as regras gerais previstas na Lei n. 8.666/93;
- l) são **imunes a impostos** incidentes sobre patrimônio, renda e serviços (art. 150, VI, c, da CF).

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "As entidades do denominado sistema S (Sesi, Sesc, Senai, Senac) não se submetem à regra da licitação nem a controle pelo TCU".

No XI Exame de Ordem Unificado/2013, a FGV/RJ considerou CORRETA a assertiva que justifica o dever de Serviços Sociais do Sistema "S" realizarem licitação no fato de que "tais entidades são custeadas, em parte, com contribuições compulsórias cobradas sobre a folha de salários". Trata-se de licitação ou "procedimento seletivo simplificado" fundamentados em **devido processo legal regimental**;

A prova da Magistratura Federal considerou CORRETA a afirmação: "O Estado compõe o primeiro setor, ao passo que o mercado configura o segundo setor".

3.9.2 Terceiro setor

O nome "terceiro setor" designa atividades que não são **nem governamentais** (primeiro setor) **nem empresariais e econômicas** (**segundo setor**). Desse modo, o terceiro setor é

²¹ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 511.

²² "Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema 'S', vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho - SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal" (Voto do Ministro Relator Teori Zavascki).

²³ 1ª Câmara do TCU, Decisão n. 47/2005.

A prova da Procuradoria da Fazenda Nacional/2006 elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "As pessoas jurídicas que integram o chamado Terceiro Setor têm regime jurídico predominantemente de Direito Privado, parcialmente derogado por normas de Direito Público". A mesma prova entendeu ERRADA a assertiva: "As pessoas jurídicas que integram o chamado Terceiro Setor têm regime jurídico predominantemente de Direito Público, parcialmente derogado por normas de Direito Privado".

composto por **entidades privadas** da sociedade civil que exercem **atividades de interesse público sem finalidade lucrativa**.

O **regime jurídico** aplicável a tais entidades é **predominantemente privado**, parcialmente derogado por normas de **Direito Público**.

A Administração Pública incentiva o desenvolvimento das atividades do terceiro setor em razão do alcance social dessa atuação. O

estímulo a tais entidades enquadra-se na função administrativa denominada **fomento**, que juntamente com os serviços públicos e o poder de polícia formam o conjunto das três **atividades precípua da Administração Pública moderna**.

No âmbito federal, **duas qualificações** podem ser atribuídas para entidades do terceiro setor: a) organizações sociais (**OSSs**); e b) organizações da sociedade civil de interesse público (**Oscips**).

3.9.2.1 Organizações sociais

Criada pela Lei n. 9.637/98, organização social é uma **qualificação especial** outorgada pelo governo federal a entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos, cuja outorga autoriza a fruição de **vantagens peculiares**, como isenções fiscais, destinação de recursos orçamentários, repasse de bens **públicos**, bem como **emprego temporário de servidores governamentais**.

Exigindo conhecimento de uma peculiaridade do regime jurídico aplicável ao terceiro setor na legislação paulista, a prova da Procuradoria do Estado de São Paulo elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "As organizações sociais criadas na área da saúde, no âmbito do Estado de São Paulo, afastam-se em parte do modelo federal, na medida em que não se cogita da possibilidade de substituição dos serviços prestados pelo Estado no setor, mas, sim, de sua mera complementação por essas entidades".

As áreas de atuação das organizações sociais são **ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde**. Desempenham, portanto, **atividades de interesse público**, mas que não se caracterizam como serviços públicos *stricto sensu*, razão pela qual é incorreto afirmar que as organizações sociais são concessionárias ou permissionárias.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.637/98, a **outorga da qualificação** constitui **decisão**

discricionária, pois, além da entidade preencher os requisitos exigidos na lei, o inciso II do referido dispositivo condiciona a atribuição do título a "haver **aprovação**, quanto à **conveniência e oportunidade** de sua qualificação como organização social, do **Ministro ou titular de órgão supervisor** ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do **Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado**". Assim, as entidades que preencherem os requisitos legais possuem simples **expectativa de direito** à obtenção da qualificação, munida

direito adquirido. Evidentemente, o **caráter discricionário** dessa decisão, permitindo outorgar a qualificação a uma entidade e negar a outro que igualmente atendeu aos requisitos legais, **viola o princípio da isonomia**, devendo-se considerar inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98.

Na verdade, as organizações sociais representam uma **espécie de parceria** entre a Administração e a iniciativa privada, exercendo atividades que, antes da Emenda 19/98, eram desempenhadas por entidades públicas. Por isso, seu surgimento no Direito Brasileiro está relacionado com um **processo de privatização lato sensu** realizado por meio da abertura de atividades públicas à iniciativa privada.

O instrumento de formalização da parceria entre a Administração e a organização social é o **contrato de gestão**, cuja aprovação deve ser submetida ao **Ministro de Estado** ou outra autoridade supervisora da área de atuação da entidade.

A prova da Magistratura Federal considerou CORRETA a afirmação: "A qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como de se viabilizarem o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei n. 9.637/98, como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde".

O contrato de gestão discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, devendo obrigatoriamente **observar os seguintes preceitos**:

I – especificação do **programa de trabalho** proposto pela organização social, a estipulação das **metas a serem atingidas** e os respectivos **prazos de execução**, bem como previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação** de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos **limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens** de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções;

III – os **Ministros de Estado ou autoridades supervisoras** da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

A **fiscalização** do contrato de gestão será exercida pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, devendo a organização social apresentar, ao término de cada exercício, **relatório de cumprimento das metas** fixadas no contrato de gestão.

Se descumpridas as metas previstas no contrato de gestão, o Poder Executivo poderá proceder à **desqualificação da entidade** como organização social, desde que **precedida de processo administrativo** com garantia de contraditório e ampla defesa.

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "A organização social é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que pode receber do Poder Público, através de contrato de gestão, verbas e bens públicos, com dispensa de licitação, bem como a cessão de servidores públicos para o cumprimento de suas metas".

A prova de Procurador do Estado/PE considerou CORRETA a afirmação: "As organizações sociais, disciplinadas pela Lei n. 9.637/98 na esfera federal, são aquelas assim declaradas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que celebram contrato de gestão com o Poder Público para obtenção de recursos orçamentários e desenvolvem serviços sociais não exclusivos do Estado, podendo estar dispensadas de licitar no decorrer do exercício de suas atividades".

Por fim, convém relembrar que o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 prevê hipótese de **dispensa de licitação** para a celebração de **contratos de prestação de serviços** com as **organizações sociais**, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de **gestão**. Excessivamente abrangente, o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 tem a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal

Federal na ADIn 1.923/98. Recentemente, foi indeferida a medida cautelar que suspendia a eficácia da norma, de modo que **o dispositivo voltou a ser aplicável**.

3.9.2.2 Oscips

As organizações da sociedade civil de interesse público – Oscips – são **pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos**, instituídas por iniciativa dos particulares, para desempenhar **serviços não exclusivos do Estado**, com fiscalização pelo Poder Público, formalizando a parceria com a Administração Pública por meio de **termo de parceria**.

A prova do Ministério Público/RN considerou CORRETA a afirmação: "A Oscip é pessoa jurídica de direito privado e firma seu compromisso com a Administração Pública, através de um termo de parceria, sem ingerência de agentes do Poder Público em seus Conselhos de Administração".

A outorga do título de Oscip é disciplinada pela **Lei n. 9.790/99**, regulamentada pelo Decreto n. 3.100/99, e permite a concessão de benefícios especiais, como a destinação de **recursos públicos**.

A prova de Procurador da República considerou CORRETA a afirmação: "As Oscips, segundo regime legal em vigor, poderão ser destinados recursos públicos".

O campo de atuação das Oscips é mais abrangente do que o das organizações sociais.

Nos termos do art. 3º da Lei n. 9.790/99, a qualificação somente poderá ser outorgada às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes **finalidades**:

- I – promoção da assistência social;
- II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V – promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII – promoção do voluntariado;

- VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos”.

O **termo de parceria** firmado entre o Poder Público federal e a Oscip discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, prevendo especialmente **metas** a serem alcançadas, **prazo de duração, direitos e obrigações** das partes e **formas de fiscalização**.

Ao contrário das organizações sociais, a **outorga** do título de Oscip é **decisão vinculada**, podendo-se falar em **direito adquirido à qualificação** para todas as entidades que preencherem os requisitos exigidos na legislação.

O art. 2º da Lei n. 9.790/99 **veda a concessão do título de Oscip** para as seguintes pessoas jurídicas:

- I – as **sociedades comerciais**;
- II – os **sindicatos**, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- III – as **instituições religiosas** ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- IV – as **organizações partidárias** e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- V – as **entidades de benefício mútuo** destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- VI – as entidades e empresas que comercializam **planos de saúde** e assemelhados;
- VII – as **instituições hospitalares privadas** não gratuitas e suas mantenedoras;
- VIII – as **escolas privadas** dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- IX – as **organizações sociais**;
- X – as **cooperativas**;
- XI – as **fundações** públicas;
- XII – as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- XIII – as **organizações creditícias** que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal”.

A prova de Procurador do Trabalho considerou INCORRETA a assertiva: “A um sindicato pode ser outorgada a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público para, por exemplo, promover o desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza”.

O requerimento de qualificação será formalizado perante o **Ministro da Justiça** que, analisando o preenchimento dos requisitos legais, decide sobre a outorga do título.

Assim como ocorre com as organizações sociais, as **obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas pelas Oscips**, com os **recursos ou bens repassados voluntariamente pela União**, serão contratadas mediante processo de **licitação pública**, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente (art. 1º, § 5º, do Decreto n. 5.504/2005). Sendo **bens e serviços comuns**, torna-se obrigatória a utilização do **pregão**, preferencialmente na **modalidade eletrônica**.

A prova do Ministério Público/DF elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Sobre o chamado Terceiro Setor, que abrange os serviços sociais autônomos, fundações, associações, cooperativas, organizações sociais e Oscips pode-se dizer que não é permitida a participação de servidores públicos na composição do Conselho de Oscips".

Deixando de preencher as exigências legais, a entidade pode **perder a qualificação de Oscip**, mediante processo administrativo com garantia de ampla defesa e **contraditório**.

Deixando de preencher as exigências legais, a entidade pode **perder a qualificação de Oscip**, mediante processo administrativo com garantia de ampla defesa e **contraditório**.

3.9.2.3 Comparação entre organizações sociais e Oscips

Por fim, torna-se oportuno sintetizar as diferenças fundamentais entre as duas qualificações outorgadas pelo governo federal às entidades que atuam no terceiro setor.

Quadro comparativo entre OSs e Oscips

Organizações sociais	Oscips
Lei n. 9.637/98	Lei n. 9.790/99
Exercem atividades de interesse público anteriormente desempenhadas pelo Estado, como ensino, pesquisa científica e preservação do meio ambiente	Exercem atividades de natureza privada
Contrato de gestão	Termo de parceria
A outorga é discricionária	A outorga é vinculada
A qualificação depende de aprovação do Ministro de Estado ligado à área de atuação da entidade	A qualificação é outorgada pelo Ministro da Justiça
Podem ser contratadas por dispensa de licitação	Não há previsão legal de contratação direta sem licitação
Devem realizar licitação para contratações resultantes da aplicação de recursos e bens repassados diretamente pela União	Idem
Estão proibidas de receber a qualificação de Oscips	Não há previsão legal equivalente
Participação do Poder Público na gestão é obrigatória	Participação do Poder Público na gestão é facultativa
Podem ser contratadas por dispensa de licitação para prestação de serviços contemplados no contrato de gestão (art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93)	Não podem ser contratadas por dispensa de licitação
Repasso de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão de servidores públicos sem custo para a entidade	Repasso de recursos orçamentários e permissão de uso de bens públicos

3.2.3.1 O novo regime das parcerias voluntárias (Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014)

A Lei n. 13.019/2014 instituiu **novo instrumento de cooperação** entre a Administração e as organizações da sociedade civil **visando finalidades de interesse público**, as denominadas **parcerias voluntárias**.

Nos termos do art. 1º: “Esta Lei institui normas gerais para as parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, com organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil; e institui o termo de colaboração e o termo de fomento”.

Pode-se notar, logo de início, que diferentemente de outras leis na área de fomento, a **Lei n. 13.019/2014 tem natureza nacional, aplicando-se simultaneamente a todas as esferas federativas**. Desse modo, enquanto, por exemplo, a Lei das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98) e a Lei das Oscips (Lei n. 9.790/99) valem somente para o âmbito federal, **as parcerias voluntárias podem ser firmadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas entidades descentralizadas**.

Considera-se “organização da sociedade civil” a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva (art. 2º, I).

No outro polo do ajuste figura a “administração pública”, entendida como a “União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias” (art. 2º, II).

Já a “parceria” é conceituada pelo art. 2º, III, da Lei n. 13.019/2014 como “qualquer modalidade prevista nesta Lei, que envolva ou não transferências voluntárias de recursos financeiros, entre administração pública e organizações da sociedade civil para ações de interesse recíproco em regime de mútua cooperação”.

Muito importante destacar que as exigências previstas na Lei n. 13.019/2014 **não se aplicam aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, mas são aplicáveis, no que couber, às relações entre a administração pública e as Oscips** (arts. 3º, III, e 4º).

A lei prevê dois instrumentos principais para formalização das parcerias:

a) **termo de colaboração**: deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de **planos de trabalho propostos pela administração pública**, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, **selecionadas por meio de chamamento público**;

b) **termo de fomento**: deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de **planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil**, em regime de mútua cooperação com a administração pública, **selecionadas por meio de chamamento público**.

Como se nota, a iniciativa da parceria pode partir da Administração (termo de colaboração) ou das organizações sociais (termo de fomento). Por isso, a lei disciplina o **procedimento de manifestação de interesse**. Nos termos do art. 18: “É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria”.

A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá atender aos seguintes requisitos: I – identificação do subscritor da proposta; II – indicação do interesse público envolvido; III – diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida (art. 19).

Importante destacar que **a escolha da entidade que celebra a parceria não ocorre mediante licitação, mas por meio de chamamento público**. É o que estabelece o art. 24 da lei: “Para a celebração das parcerias previstas nesta Lei, a administração pública deverá realizar chamamento público para selecionar organizações da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto”.

Quanto ao rito do chamamento, devem ser observadas as seguintes normas específicas:

a) O edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial do órgão ou entidade na internet (art. 26);

b) As pessoas jurídicas de direito público interno e as entidades personalizadas da administração poderão criar portal único na internet que reúna as informações sobre todas as parcerias por elas celebradas, bem como os editais publicados (art. 26, parágrafo único);

c) O grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e ao valor de referência constante do chamamento público é critério obrigatório de julgamento (art. 27);

d) As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada (art. 27, § 1º);

e) A administração pública homologará e divulgará o resultado do julgamento em página do sítio oficial da administração pública na internet ou sítio eletrônico oficial equivalente (art. 27, § 4º);

- f) Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a administração pública procederá à verificação dos documentos (art. 28);
- g) A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:
 - I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida a ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame;
 - II - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009;
 - III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança (art. 30);
- h) Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica (art. 31).

Manual de
**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

**Alexandre
Mazza**

7ª Edição

Atualizada de
acordo com
o NCPC

NOVIDADE
Com quadros
esquemáticos
ao final de
cada capítulo

saraiva **jur**