

## A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do Estado com a companhia controlada

[Mario Engler Pinto Junior](#)

**Resumo:** O texto aborda de forma sistemática a estrutura da administração pública indireta à luz da Constituição Federal de 1988, apontando as várias tipologias existentes e o regime jurídico aplicável a cada uma delas. Conclui-se que o modelo clássico de relacionamento entre o Estado e as empresas estatais, baseado na supervisão ministerial ou tutela administrativa, possui alcance limitado em matéria de controle finalístico. O dilema entre controle governamental e autonomia gerencial pode ser superado mediante a valorização do conselho de administração, na esteira do que propõem as boas práticas de governança corporativa.

**Palavras-chave:** Administração indireta. Autarquia. Fundação. Sociedade de economia mista. Empresa estatal. Supervisão ministerial. Tutela administrativa. Governança corporativa.

**Sumário:** 1 Descentralização administrativa e regime jurídico aplicável - 2 Interação entre administração direta e indireta: controle governamental e autonomia gerencial - 3 Empresa estatal e governança corporativa

### 1 Descentralização administrativa e regime jurídico aplicável

A Constituição Federal dispõe sobre a estrutura básica da administração pública nos três níveis de governo, embora sem estabelecer um tratamento sistêmico apoiado em conceitos unívocos. O caput do artigo 37 reconhece a possibilidade de divisão da administração pública entre direta e indireta, para qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto seus vários incisos contêm regras gerais aplicáveis a ambos os domínios organizacionais. Embora a categoria da administração indireta também possa existir nos Poderes Legislativo e Judiciário, sua presença ocorre em maior extensão no Poder Executivo, cuja função típica de formulação e implementação de políticas públicas justifica o recurso a instrumentos mais efetivos e flexíveis de ação governamental.

Em diversas passagens, o texto constitucional deixa transparecer que a administração indireta compreende as formas autárquicas, fundacional e societária, as quais, salvo algumas exceções, devem obediência aos mesmos princípios reitores da administração pública em geral. O recurso à descentralização administrativa serve tanto para organizar atividades tipicamente estatais (v.g. prestação de serviços públicos exclusivos, exercício do poder de polícia e função regulatória), quanto para exploração de empreendimentos econômicos em ambiente de mercado.

O grande diferencial da administração indireta reside na possibilidade de constituição de entidades com personalidade jurídica própria, o que viabiliza a separação patrimonial (i.e. a vinculação do patrimônio a uma atividade específica) e o surgimento de interesses específicos cuja existência passa a ser reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico. Daí também decorre a atribuição de maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária, cuja gradação varia conforme a tipologia adotada.

Os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são pessoas jurídicas, porém,

com objetivos multifacetários e dotadas de estrutura de governança sui generis. Tais características tornam bastante complexo o processo decisório interno e comprometem a agilidade para enfrentar situações concretas que demandam pronta resposta. Já as entidades da administração indireta, por possuírem foco de atuação mais restrito e modelo organizacional simplificado, podem desempenhar com maior eficiência a sua missão institucional. A racionalidade da descentralização administrativa assenta-se na combinação de três fatores: (i) especialização funcional, (ii) autonomia gerencial e (iii) flexibilidade de ação.

Os quatro tipos básicos de entidades que compõem a administração indireta são: (i) autarquia, (ii) fundação, (iii) empresa pública e (iv) sociedade de economia mista. Para a adoção de qualquer dessas modalidades de descentralização administrativa, a Constituição Federal exige autorização legislativa específica da respectiva esfera de governo, assim como para criação de subsidiárias de empresas estatais ou a sua participação em empresas privadas (cf. art. 37, XIX e XX).

No caso de órgão ou departamento da administração direta, não existe divisão de responsabilidades, pois toda autoridade está concentrada em uma única pessoa, que é o chefe do poder executivo e seus auxiliares diretos (Ministros e Secretários). A autarquia constitui um prolongamento personalizado do Estado, havendo certa confusão com os interesses do próprio criador. Daí porque não há praticamente espaço para o surgimento de conflito institucional de interesses. Já a opção pela forma fundacional ou societária (ainda quando o Estado seja o único sócio) implica a criação de centro autônomo de interesses, que se destacam dos demais objetivos encampados pela administração pública. Nesse contexto, é natural que surjam divergências de julgamentos e opiniões entre autoridades governamentais e gestores das entidades personificadas, na medida em que cada qual representa interesses distintos e algumas vezes também contrapostos.

O departamento, a autarquia e a fundação não possuem compromisso com lucratividade e nem estão expostos à concorrência de mercado. Consequentemente, seguem padrão de comportamento assemelhado ao das entidades sem fins lucrativos do setor privado, que estão imbuídas de uma função-utilidade diferente das empresas propriamente ditas. A eficiência não é medida pelo montante do lucro gerado, capital acumulado ou valorização do investimento, mas por outro tipo de relação custo-benefício, qual seja, a capacidade de realizar determinadas tarefas ou atividades com o menor dispêndio possível de recursos humanos, materiais e financeiros.

A adoção da forma societária (tanto para prestação de serviços públicos quanto para intervenção direta na economia), embora também se inspire no ideal da maior eficiência operacional, suscita outro tipo de preocupação com o desempenho econômico, na medida em que entra em cena o escopo de lucro característico da figura da sociedade anônima. A personalidade jurídica de direito privado confere à empresa estatal elevado grau de autonomia gerencial, orçamentária e financeira, permitindo-lhe maior flexibilidade de atuação. A redução da influência do Estado na condução rotineira dos negócios sociais faz surgir o desafio da coordenação com objetivos governamentais mais abrangentes, além da fiscalização sobre a lisura dos administradores. O grande dilema é encontrar o ponto ideal de equilíbrio entre controle estatal e autonomia gerencial.

A Constituição Federal não entra em detalhes sobre a estrutura e o funcionamento das autarquias, mas estabelece em normas esparsas alguns atributos que permitem inferir que se trata de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, à semelhança dos entes federativos.

A falta de um modelo constitucional de autarquia confere ampla liberdade a cada nível político para legislar sobre o assunto, por se tratar de matéria de organização administrativa de sua competência exclusiva (cf. arts. 25 e 29).

No caso das fundações, a linguagem empregada pelo constituinte não é uniforme, pois ora se refere simplesmente a "fundação" (cf. art. 37, XVII e XIX; art. 39, §7º; art. 40; art. 163, II; art. 167, VIII; art. 202, §§3º e 4º; art. 8º, §5º, DCT; art. 61, DCT; art. 72, I, DCT), ora a "fundação pública" (redação original do art. 39; art. 19, DCT), ora a "fundação instituída e mantida pelo poder público" (art. 71, II e III; art. 150, §2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 165, §5º, I e II; art. 169, §1º; art. 18, DCT; art. 35, §1º, V, DCT; art. 64, DCT), e ora ainda a "administração fundacional" (art. 22, XXVII; art. 37, XI; art. 38; art. 29 DCT). Essa confusão terminológica muitas vezes gera dúvidas se determinada fundação deve ser considerada parte integrante da administração pública, ou se se trata de entidade privada do chamado terceiro setor.

Somente uma fundação instituída e mantida pelo Estado considera-se inserida no domínio do setor público. O requisito da instituição, porém, não se esgota no ato de criação da entidade, mas pressupõe que o poder público instituidor preserve a capacidade de influir decisivamente na condução das atividades fundacionais, através dos canais institucionais competentes. Trata-se de situação semelhante ao exercício do poder de controle nas sociedades anônimas, em que o acionista controlador é identificado pelo artigo 116 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) como sendo a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas representando interesse comum, que atendam cumulativamente a duas condições: (i) ser titular de direitos de sócio que lhes assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usar efetivamente desse poder para dirigir as atividades da companhia e orientar o funcionamento dos órgãos de administração.

Como o modelo de fundação é incompatível com a participação capitalística característica das sociedades com fins lucrativos, a imposição da vontade estatal depende essencialmente do conteúdo do estatuto social, que pode, ou não, assegurar ao Chefe do Executivo ou alguma outra autoridade a ele diretamente subordinada a prerrogativa de nomear e destituir, a qualquer tempo, os membros do órgão deliberativo máximo responsável pela condução das atividades fundacionais. Se o ente federativo institui a fundação sem a pretensão de comandar os seus desígnios, ou esse poder-dever desaparece posteriormente por força de reforma estatutária, a entidade deixará de pertencer à esfera governamental.

O requisito da manutenção pelo poder público, para caracterizar a fundação como integrante da administração pública, é fruto do repasse de verbas orçamentárias para custeio das atividades fundacionais. Não se trata, porém, de qualquer injeção de recursos públicos, mas somente daquela realizada a título de subvenção econômica. O subvencionamento de entidades integrantes da própria administração não necessita ser instrumentalizado por convênio ou outro tipo de modalidade contratual, nem tampouco pressupõe lei autorizativa específica, bastando a existência de dotação específica no orçamento público.

A existência de autorização legislativa somente é imprescindível quando o beneficiário dos recursos oriundos do erário for entidade privada estranha à administração pública. É o que prescreve o artigo 26 da Lei Complementar nº 101/2000, segundo o qual "a destinação de recursos para,

direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas, deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais". O mesmo princípio também consta do artigo 19 da Lei nº 4.320/64, embora restrito às empresas propriamente ditas, não abrangendo as chamadas organizações não-governamentais que formam o terceiro setor. Reza o artigo 19 que "a Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenção cuja concessão tenha sido expressamente autorizada por lei especial".

A fundação e a sociedade empresarial constituem formas jurídicas tipificadas no direito privado, cuja competência legislativa é reservada privativamente à União (cf. art. 22, I, Constituição Federal). A estrutura e o funcionamento das fundações são matérias tratadas nos artigos 62 a 69 do Código Civil (Lei federal nº 10.406/2002), cuja incidência independe da qualificação pública ou privada da figura do instituidor. Já as empresas controladas pelo poder público devem revestir-se de alguma das formas admitidas pelo direito privado, inclusive a de sociedade anônima de economia mista prevista no capítulo XIX da Lei nº 6.404/76.

Quando algum ente subnacional resolve adotar a forma fundacional ou societária, deve submeter-se integralmente ao modelo consagrado na lei federal, com as adaptações admitidas no âmbito do estatuto social. A lei estadual ou municipal que autoriza a criação da entidade descentralizada não pode prescrever modificações consideradas conflitantes com o tipo básico, sob pena de invasão da competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Se o ente instituidor for a União, nada impede que a autorização legislativa correspondente derogue as disposições de direito privado para produzir uma entidade com perfil diferenciado em relação ao modelo padrão, ou mesmo a criação de novas formas personalizadas. Como exemplo da atuação inovadora do legislador federal nesse particular, pode-se citar o caso de vários serviços sociais autônomos (SENAC, SENAC e SESI), e também do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), instituído diretamente pelo artigo 16 da Lei nº 11.079/2004, "com natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas".

Isso não quer dizer, porém, que os Estados e Municípios estejam impedidos de criar pessoas jurídicas distintas da autarquia, fundação ou sociedade empresarial. Tem sido aceita a utilização, pelos entes subnacionais, de outras formas personificadas admitidas no direito privado para o exercício de atividades de interesse público, a exemplo da associação sem fim econômico referida nos artigos 53 e seguintes do Código Civil. A grande questão nesse caso é saber se tal entidade deve ser considerada como parte integrante da administração pública e ficar sujeita aos mesmos constrangimentos, mormente quando o instituidor mantém a prerrogativa de nomear e destituir os dirigentes, além de repassar numerário para custeio das atividades institucionais. Do contrário, a associação assim instituída será tratada como elemento externo à administração pública, passando a adotar o mesmo padrão de relacionamento aplicável a qualquer outra organização não governamental, caso em que a transferência de recursos públicos dependerá da celebração de instrumento bilateral (convênio, termo de parceria, contrato de gestão, etc.). Como a Constituição Federal omitiu-se sobre o assunto, subsiste a dúvida sobre as fronteiras da administração pública indireta.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900, 29 de

setembro de 1969, define a organização da administração pública federal. Esse diploma legal não é automaticamente aplicável aos Estados e Municípios, que possuem liberdade para se auto-organizar nos limites da Constituição Federal. O Ato Institucional nº 8, de 2 de abril de 1969, procurou induzir os governos subnacionais a seguirem o mesmo padrão da reforma administrativa então implementada no âmbito federal. Por força do Ato Institucional nº 8, os Estados federados e os Municípios mais populosos ficaram autorizados a fazer uso do mesmo instrumento normativo excepcional para reestruturar suas respectivas administrações, desde que seguissem os princípios adotados pela União, com algumas adaptações em função das peculiaridades locais.

O artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/67 estabelece que a administração pública federal compreende a administração direta, constituída pelos "serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios", e a administração indireta, que se desdobra em quatro categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), devendo cada qual estar vinculada ao "Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade". Por sua vez, o artigo 5º contém as seguintes definições: (i) autarquia "o 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"; (ii) empresa pública "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada 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 qualquer das formas admitidas em direito"; (iii) sociedade de economia mista "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta"; e (iv) fundação pública "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".

O §3º do mesmo artigo 5º excepciona as fundações públicas do regime comum de direito privado, ao dispor que "adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações". Trata-se de norma de exceção aplicável somente em nível federal, pelo fato de a União concentrar as competências legislativas sobre organização administrativa própria e direito civil. Não se estende, portanto, às fundações instituídas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Tendo em vista que a autarquia constitui pessoa jurídica de direito público e não adota nenhuma forma específica de direito privado, o seu nascimento como ente personalizado decorre automaticamente da lei de criação editada pela esfera de governo interessada. Esse diploma legal deve dispor ainda sobre outros aspectos relativos à estrutura e ao funcionamento da autarquia, como sua finalidade institucional e competências administrativas, formação do patrimônio, modelo de governança, vinculação tutelar, composição do quadro de pessoal etc. Já no caso das fundações governamentais e das empresas estatais, a lei específica exigida pelo artigo 37, XIX, da Constituição Federal, apenas autoriza a constituição da entidade, que deve ser formalizada

conforme o procedimento previsto no direito privado.

O entendimento de que as fundações instituídas pela União sob a égide do Decreto-Lei nº 200/67, assim como pelos entes subnacionais de acordo com o modelo do Código Civil, possuem sempre personalidade de direito privado, suscita algumas ressalvas. Há corrente doutrinária que admite a existência de fundação governamental como pessoa jurídica de direito público, sempre que lhe sejam atribuídas funções típicas de Estado, como o exercício do poder de polícia ou a competência regulatória setorial. Trata-se do fenômeno conhecido como autarquização das fundações, em que o tipo da atividade exercida passa a ser determinante para definir a natureza legal da entidade e o correspondente regime jurídico. Nesse caso, o qualificativo de fundação afigura-se impróprio e a entidade deve ser tratada como uma autarquia para todos os efeitos legais e constitucionais, podendo, inclusive, ser instituída diretamente pela lei de sua criação, sem necessidade da celebração do ato constitutivo e seu arquivamento no registro público competente.

As definições de empresa pública, sociedade de economia mista e função, contidas no artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67, encerram uma imprecisão terminológica, ao afirmarem que aquelas entidades são "criadas por lei". Na verdade, a lei apenas autoriza a sua criação, sem, entretanto, dispensar a celebração do competente ato constitutivo e o subsequente arquivamento no registro próprio (civil ou empresarial), como condição para adquirir a personalidade jurídica de direito privado.

Com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a constituição de novas fundações somente pode ter como finalidade institucional a persecução de objetivos religiosos, morais, culturais e de assistência (cf. art. 62, parágrafo único). A mesma restrição não existia na vigência do Código Civil de 1916, que admitia a vinculação do patrimônio fundacional a qualquer fim de natureza não lucrativa. A potencialização do uso da forma fundacional no setor público pressupõe a ampliação dos escopos previstos na atual legislação civil, de modo a abranger outras atividades de interesse público não propriamente assistencialistas.

A parte final do inciso XIX do artigo 37, da Constituição Federal, introduzida pela Emenda nº 19, de 1998, atribui à lei complementar a competência para definir as áreas de atuação das fundações governamentais, o que pode neutralizar a restrição finalística do parágrafo único do artigo 62 do Código Civil. Tramita atualmente no Congresso Nacional a proposta de projeto de lei complementar nº 92/2007, de iniciativa do Presidente da República, que prevê a possibilidade de constituição de fundações tanto de direito privado quanto de direito público. No primeiro caso, a fundação poderá desempenhar funções não exclusivas do Estado nas áreas de (i) saúde, (ii) assistência social, (iii) cultura, (iv) desporto, (v) ciência e tecnologia, (vi) meio ambiente, (vii) previdência complementar do servidor público, (viii) comunicação social, e (ix) promoção do turismo nacional. No segundo caso, a personalidade jurídica de direito público torna-se essencial para o exercício de atividades em que seja necessário o uso do poder de polícia.

A administração indireta está sujeita em grande parte à mesma disciplina legal e constitucional aplicável à generalidade do setor público. Vale lembrar dois aspectos que interferem profundamente na dinâmica das entidades descentralizadas e cujo tratamento jurídico não difere daquele relativo à administração direta: (i) exigência de concurso público para admissão de pessoal, salvo para o provimento dos chamados cargos em comissão (art. 37, II, Constituição Federal); e (ii) obrigatoriedade da licitação prévia para contratação de obras, fornecimentos e

alienações (art. 37, XXI, Constituição Federal). Em outras palavras, as autarquias, fundações governamentais e empresas estatais compartilham igualmente do dever de licitar e somente podem contratar empregados por meio de processo seletivo formal.

Toda a administração direta e indireta, incluindo autarquias, fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo poder público, encontra-se indistintamente sujeita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, exercida pelo Poder Legislativo nos termos do artigo 71 da Constituição Federal, por intermédio dos Tribunais de Contas. Para delimitar a competência fiscalizatória, o artigo 71, II, utiliza a expressão "sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público", que, por sua vez, é repetida na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92). O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo quando auferirem receita própria e sejam financeiramente autossuficientes, estão submetidas à fiscalização da Corte de Contas (vide acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 25.092).

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União somente se considera competente para fiscalizar as companhias em que o governo federal detenha direta ou indiretamente a maioria absoluta do capital votante, ainda quando o exercício do controle acionário seja compartilhado com acionistas privados, por meio de mecanismos institucionais consagrados no direito societário. Portanto, ficam excluídas do julgo da Corte de Contas as companhias em que a União (ou outra entidade da administração pública) figure como acionista dominante com capacidade para influir nas decisões empresariais, porém, não detém isoladamente a maioria do capital votante.

Não obstante os pontos comuns entre as administrações direta e indireta, existem diferenças marcantes de regime jurídico e grau de autonomia. Tendo em vista que as entidades da administração indireta são dotadas de personalidade jurídica própria, quer de direito público quer de direito privado, haverá sempre a formação de patrimônio separado para atendimento de uma finalidade específica. Por se tratar ainda de pessoa jurídica distinta do ente da federação, a entidade pode auferir receitas próprias, bem como assumir direitos e obrigações em seu nome.

Como as receitas e despesas das autarquias e fundações governamentais integram o orçamento público, ex vi do artigo 165, §5º, I, da Constituição Federal, a liberdade de contratar dessas entidades fica condicionada não só à existência de disponibilidade financeira, mas também de dotação orçamentária suficiente. Por outro lado, a parcela de orçamento consignada às autarquias e fundações integrantes da administração pública está sujeita ao contingenciamento por ato do Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Além disso, as despesas de pessoal das autarquias e fundações governamentais compõem o cálculo agregado do ente da federação e ficam sujeitas ao limite global no artigo 19 da Lei Complementar nº 101/2000, vis-à-vis a receita corrente líquida. Consequentemente, tais gastos submetem-se aos constrangimentos previstos nos artigos 22 e 23 do mesmo diploma legal, quando atingido o limite prudencial ou ultrapassado o teto máximo do respectivo Poder.

A movimentação financeira das empresas estatais ocorre à margem do orçamento público. Apenas o orçamento de investimento das empresas estatais deve estar retratado na lei orçamentária anual, porém, sem se sujeitar às mesmas restrições de execução orçamentária aplicáveis à administração direta, autárquica e fundacional (cf. art. 165, §5º, II, Constituição Federal).

Somente as empresas estatais dependentes assim entendidas aquelas que recebem recursos do ente controlador para pagamento de despesas de custeio em geral ou de investimento sem contrapartida de aumento da participação acionária subordinam-se ao controle de gastos de pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal (cf. art. 2º, III, Lei Complementar nº 101/2000). As empresas estatais consideradas autossuficientes possuem ampla autonomia administrativa, gerencial, orçamentária e financeira.

O fato de as autarquias constituírem pessoas jurídicas de direito público coloca-as praticamente em pé de igualdade com os entes da federação, vale dizer, são beneficiárias das mesmas prerrogativas e estão sujeitas às mesmas restrições aplicáveis ao poder público em matéria de (i) imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a" e §2º, da Constituição Federal; (ii) transformação do imposto de renda na fonte sobre rendimentos pagos a terceiros em receita do respectivo ente da federação, por força do disposto nos artigos 157, I e 158, I, da Constituição Federal; (iii) possibilidade de exercício do poder de polícia conforme a natureza da atividade; (iv) cumprimento de condenações judiciais pelo sistema de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal; (v) alienação de bens imóveis condicionada à autorização legislativa; (vi) instituição de quadro de pessoal e concessão de reajustes salariais sujeitos à reserva legal, nos termos do artigo 169, §1º, I e II, da Constituição Federal, mesmo em se tratando de regime celetista; (vii) admissão de pessoal para preenchimento de cargos já criados por lei, como regra, dependente de autorização do Chefe do Executivo.

As fundações governamentais instituídas segundo o modelo do Código Civil, para exercício de atividades sem fins lucrativos que não sejam exclusivas do poder público, são tratadas como pessoas jurídicas de direito privado. Da mesma forma que as autarquias, as fundações governamentais podem ter receitas próprias e receber subvenções econômicas do ente da federação instituidor. As restrições à autonomia administrativa, orçamentária e financeira das fundações resultam basicamente do fato de também integrarem o orçamento público, a exemplo das autarquias. No mais, a autonomia administrativa das fundações governamentais supera a das autarquias.

A autonomia ampliada das fundações é consequência do fato de disporem de estrutura de governança apta a tomar decisões gerenciais e a conduzir os destinos da entidade para atendimento à finalidade que justificou a sua criação. Seria conflitante com o modelo fundacional a exigência de autorização externa para a prática de determinados atos por seus dirigentes, salvo quando previsto no estatuto social. As fundações possuem um interesse institucional próprio, que não se confunde com o interesse público genericamente considerado e pode até circunstancialmente colocar-se em posição contraposta.

Ressalvada a hipótese extrema de desvio de finalidade, as relações negociais entre a fundação governamental e o ente público instituidor não precisam ser necessariamente sinalagmáticas ou equitativas sob o ponto de vista econômico. Da mesma forma que a fundação pode receber do ente público instituidor transferências patrimoniais a título gratuito e ser subvencionada economicamente, também pode colaborar com a implementação de políticas públicas compatíveis com seu fim estatutário, sem que isso caracterize favorecimento injustificável. Em outras palavras, a ausência de escopo lucrativo permite que a atuação da fundação governamental seja norteadada pelo espírito de colaboração com o ente público instituidor.



A relativa autonomia administrativa das fundações governamentais também possibilita maior flexibilidade em matéria de política de pessoal. Antes da Constituição Federal de 1988 e após a Emenda nº 19, de 1998, não havia dúvida de que as fundações instituídas e mantidas pelo poder público podiam optar pelo regime celetista para formação de seus quadros. Com a repriminção da redação original do caput do artigo 39, como resultado do julgamento da ADI nº 2.135 pelo Supremo Tribunal Federal, passa a haver incerteza jurídica nesse particular. No entanto, é possível interpretar a referência à figura da "função pública", contida no dispositivo constitucional revigorado, como abrangendo apenas as fundações com personalidade jurídica de direito público, vale dizer, com características próprias de autarquia. As fundações de direito privado, instituídas e mantidas pelo poder público, continuariam autorizadas a contratar pessoal com vínculo empregatício, a exemplo das empresas estatais.

A prevalecer semelhante interpretação, o quadro de pessoal da fundação governamental regida pela legislação civil seria composto apenas de servidores celetistas, sem necessidade de criação por lei, bastando para isso a edição de ato do Poder Executivo. De outra parte, o empregado fundacional não se enquadra no conceito de membro de Poder, a que se refere o artigo 39, §4º, da Constituição Federal, não lhe sendo aplicável o sistema de subsídios previsto no artigo 37, X, que está submetido ao princípio da reserva legal. Não é clara, entretanto, a sujeição dos empregados da fundação governamental a negociações salariais e dissídios coletivos na Justiça do Trabalho.

A adoção da forma fundacional não afasta a imunidade recíproca em relação ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (cf. artigo 150, §2º, Constituição Federal), nem descaracteriza como receita própria do ente da federação instituidor o imposto de renda retido na fonte sobre os pagamentos efetuados a terceiros (cf. artigos 157, I e 158, I, da Constituição Federal). Todavia, a falta de personalidade jurídica de direito público impede que a fundação exerça poder de polícia ou escape ao regime de execução comum previsto no Código de Processo Civil.

As empresas estatais sobretudo as chamadas não dependentes possuem nível mais elevado de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, uma vez que não se vinculam ao orçamento público, salvo no que se refere à decisão sobre investimentos. Além disso, as empresas estatais estão sujeitas a tratamento diferenciado na lei de licitações (Lei nº 8.666/93), no que se refere à previsão de limites mais elevados para dispensa em razão do valor, ou para a adoção de modalidades menos complexas de certame.

A referência a "outras entidades", contida na versão original do §1º do artigo 173 da Carta Política, dava a entender que o próprio Estado, suas autarquias ou fundações, poderiam exercer atividades econômicas reservadas à iniciativa privada, desde que se sujeitando ao regime jurídico de direito privado nas suas relações com terceiros. A adoção do modelo societário não tinha caráter obrigatório, mas se tratava de mera faculdade. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, atribuiu nova redação ao artigo 173 e suprimiu aquela menção genérica. Consequentemente, a exploração de atividade econômica pelo Estado, em regime de competição com o setor privado, passou a exigir necessariamente a organização sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista. Se na prestação de serviço público existe a liberdade de escolha do modelo de organização (prestação centralizada ou descentralizada, inclusive por intermédio de empresa estatal), a exploração de atividade econômica pelo Estado (sujeita a livre iniciativa e em regime de competição com o setor privado) pressupõe atualmente a adoção da forma societária.

## **2 Interação entre administração direta e indireta: controle governamental e autonomia gerencial**

A coordenação das atividades no seio da administração direta é obtida pelo exercício do poder hierárquico, que se baseia na ideia de comando-e-controle. Em princípio, todas as competências administrativas encontram-se enfeixadas na autoridade máxima da pessoa do Chefe do Executivo, mas podem ser delegadas em certa medida a autoridades inferiores, que passam a agir em nome próprio e sob sua responsabilidade pessoal. A delegação não transfere a titularidade da competência delegada, porquanto a autoridade inferior não adquire independência funcional e continua subordinada à autoridade superior, a quem cabe comandar, controlar e fiscalizar a atuação da autoridade inferior. As ordens emanadas da autoridade superior são juridicamente vinculantes para a autoridade inferior, que deve acatá-las sob pena de sofrer sanções disciplinares. A autoridade superior pode substituir a autoridade inferior no exercício da competência que lhe foi delegada, mediante a avocação de matéria pendente de decisão ou a revisão de atos já praticados.

O relacionamento entre as administrações direta e indireta baseia-se em lógica distinta da subordinação hierárquica. Não existe dever jurídico de obediência entre as autoridades da administração direta e os dirigentes das entidades da administração indireta. O mecanismo clássico para alinhar a atuação da administração indireta às diretrizes de governo definidas pela administração direta reside no exercício do chamado poder de tutela ou supervisão ministerial. O sentido e o alcance da tutela administrativa ficam ao sabor da legislação infraconstitucional de cada esfera de governo, já que não existe um padrão único ditado pelo texto constitucional ou por norma jurídica de abrangência nacional.

No âmbito federal, a supervisão ministerial das entidades da administração indireta é exercida através da "orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério", tendo por finalidade: (i) a realização dos objetivos fixados nos atos da constituição da entidade; (ii) a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; (iii) a eficiência administrativa; e (iv) a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade (cf. art. 20, Decreto-Lei nº 200/67). O exercício da tutela administrativa pressupõe que cada entidade da administração indireta esteja vinculada a algum Ministério ou Secretaria, cabendo ao respectivo titular participar institucionalmente do processo de nomeação e destituição dos respectivos dirigentes, de modo a estabelecer uma relação de confiança típica dos cargos em comissão. A autoridade supervisora também possui a prerrogativa de exigir relatórios periódicos e prestação de contas, assim como de sancionar a proposta orçamentária anual e a programação financeira de interesse das unidades tuteladas. Dependendo da natureza da entidade, torna-se possível ainda a instituição de controles sobre determinadas despesas, notadamente os gastos com pessoal (cf. art. 26, Decreto-Lei nº 200/67).

Não é difícil perceber as limitações da tutela administrativa para assegurar a atuação coordenada das entidades da administração indireta. O vínculo existente entre a autoridade tutelar e os dirigentes da entidade tutelada possui baixa efetividade institucional. O alinhamento de condutas em relação aos objetivos de política pública estabelecidos pelo governo central depende essencialmente do grau de credibilidade da ameaça implícita de substituição dos gestores recalcitrantes, que, por sua vez, está sujeita a toda ordem de injunções políticas.

A existência de uma autoridade ministerial situada no plano externo da empresa estatal não reúne condições necessárias para impor a observância de políticas empresariais específicas. Além da forte assimetria informacional presente no relacionamento entre a pessoa do supervisor e a companhia supervisionada, não existe aparato institucional para transformar as orientações superiores em comandos juridicamente vinculantes a seus destinatários. Os dirigentes de empresas estatais não devem obediência formal às ordens administrativas externas. Tais comandos possuem natureza de mera recomendação, salvo quando editados no exercício de competência regulatória legalmente reconhecida ou transformados em deliberação da assembleia geral de acionistas.

A insatisfação quanto aos resultados da supervisão ministerial pode ser creditada aos seguintes fatores: (i) ausência de clareza dos objetivos atribuídos às empresas supervisionadas; (ii) recursos humanos limitados para exercício da atividade supervisora; (iii) falta de unidade de direção e duplicação dos mecanismos de controle, em razão da existência de assessorias e órgãos colegiados com funções superpostas; (iv) preocupação prioritária com o controle de meios, em detrimento do controle finalístico; (v) isolamento da supervisão ministerial em relação ao ambiente em que se desenvolve a atividade empresarial; e (vi) dificuldade de enquadramento das grandes empresas, na medida em que seus dirigentes articulam-se diretamente com o Chefe do Executivo.

A falta de qualquer controle governamental, com ampliação máxima da autonomia gerencial, acaba desviando a empresa estatal de seus objetivos de política pública e colocando-a a serviço de outros interesses subalternos de natureza corporativista ou meramente financeira. Quando isso ocorre, a empresa estatal passa a atuar com a mesma lógica da empresa privada e desvinculada do cumprimento de objetivos de natureza publicista. Se contar com a presença de acionistas privados, a companhia procurará gerar lucros suficientes para atender às expectativas de retorno financeiro do mercado de capitais, deixando em segundo plano a satisfação do interesse coletivo que legitimou a sua constituição.

No contexto econômico atual, caracterizado pela necessidade de rápida adaptação às condições externas em constante mutação, o direcionamento das atividades exercidas pela empresa estatal deve privilegiar as estruturas internas de governança, em especial o conselho de administração. O conselho de administração passa a funcionar como locus privilegiado da interlocução entre autoridades governamentais e gestores sociais, reforçando a justificativa da sua existência obrigatória prevista no artigo 239 da Lei nº 6.404/76. A orientação geral dos negócios da companhia por intermédio do conselho de administração adquire feição descentralizada, na medida em que está mais próximo do local da ação e dispõe de melhores condições para definir estratégias específicas e monitorar a implementação. A função orientadora e fiscalizadora exercida pelo conselho de administração substitui, com vantagem, a supervisão ministerial distante e mal aparelhada, bem como outras formas centralizadas de controle externo com foco restrito e dissociadas da realidade concreta. Cabe ao conselho de administração zelar pelo cumprimento da missão pública inerente à empresa estatal, podendo contar inclusive com a participação de representantes dos segmentos da sociedade civil diretamente interessados, além naturalmente da presença dos representantes do Estado e dos acionistas privados.

De outra parte, cumpre ao Estado como acionista controlador valorizar o papel do conselho de administração e utilizar o poder do voto majoritário para eleger conselheiros comprometidos com o interesse público e a gestão eficiente da companhia controlada. A composição diversificada do conselho de administração, combinado com a ampliação de suas competências institucionais, serve

para fortalecer o controle social e preservar a feição publicista da companhia. Desde que preservada a soberania do Estado como acionista controlador, a existência de centros autônomos de decisão é compatível com o novo perfil de atuação da empresa estatal, que prioriza o atendimento do interesse público dentro do contexto microeconômico, e não propriamente como mecanismo de planejamento abrangente.

### **3 Empresa estatal e governança corporativa**

A governança corporativa compreende o conjunto de instituições que disciplinam e influenciam as relações entre aqueles que investem recursos na companhia, e os responsáveis por sua gestão. O conceito de instituições abrange leis, regulamentos, normas estatutárias, disposições contratuais, códigos de ética e conduta, e práticas negociais. Os recursos investidos na companhia podem assumir a forma de (i) aporte de capital dos acionistas sem garantia de retorno financeiro; (ii) celebração de empréstimo bancário ou emissão de títulos representativos de dívida; (iii) utilização da força de trabalho dos empregados e prestadores de serviços; (iv) equipamentos e insumos fornecidos por terceiros; (v) bens intangíveis como clientes, consumidores e a comunidade em geral. Os dirigentes da companhia são todas as pessoas que tenham poder de decisão sobre o emprego e a destinação dos recursos investidos, incluindo administradores profissionais, empreendedores e acionistas controladores. A grande preocupação da governança corporativa é assegurar que os dirigentes atuem sempre no interesse dos investidores (o conjunto dos acionistas e os terceiros vinculados à atividade empresarial), e não no seu próprio interesse.

O tema da governança não é relevante apenas no mundo corporativo das sociedades empresariais, mas também contribui para evitar disfunções na administração de sociedades profissionais, entidades sem fins lucrativos e mesmo no setor público. Conquanto o modelo de governança nesses casos seja distinto daquele aplicável às companhias, vários conceitos e técnicas podem ser aproveitados com as devidas adaptações, além de o objetivo maior permanecer o mesmo: assegurar que os gestores, sócios e associados atuem no melhor interesse da organização, ainda que a consecução do objetivo institucional não envolva o exercício de atividade econômica e a obtenção de lucros para posterior distribuição entre os beneficiários.

No caso de elevada dispersão do capital social e inexistência de acionista controlador definido, os vínculos entre administradores e acionistas ficam bastante tênues, a ponto de os primeiros sentirem-se descompromissados de agir prioritariamente no interesse dos segundos. Os administradores não se empenham verdadeiramente para tornar a companhia mais lucrativa em benefício dos acionistas, ao mesmo tempo em que usufruem de benesses pessoais consideradas exageradas ou indevidas (v.g. altos salários, mordomias, prestígio social, influência política).

O descompasso entre atuação dos administradores e vontade dos acionistas é agravado pela existência de fortes assimetrias de informação entre os dois lados. Os administradores conhecem os negócios sociais mais profundamente do que os acionistas, o que dificulta o monitoramento e mesmo a ciência sobre a verdadeira situação patrimonial da companhia. Trata-se do fenômeno identificado como problema de agência, que pode ser resumido no desalinhamento de interesses ou conflito de motivação entre duas categorias de atores: (i) os agentes (gestores autointeressados de bens alheios) e (ii) os principais (acionistas e beneficiários finais do patrimônio administrado pelos agentes).

Nas empresas de controle concentrado (abertas ou fechadas), o problema de agência possui conotação diferente. A relação agente-principal mais relevante passa a ser entre o acionista controlador e os demais acionistas, e não mais entre os acionistas em geral e os administradores. O potencial conflito entre controlador e minoritários é referido como problema de expropriação, caracterizado pela constante ameaça de apropriação pelo titular do controle acionário, em proveito próprio, dos recursos pertencentes à companhia, com a consequente espoliação dos demais acionistas.

A empresa estatal conjuga as disfunções características da dispersão acionária e do capital concentrado. Ao mesmo tempo em que enfrenta o problema de agência típico da macroempresa de capital pulverizado, também convive com o conflito latente entre acionistas controlador e não controladores, na medida em que a utilização da companhia para fins políticos, por influência do Estado, acaba prejudicando o seu desempenho e frustrando as expectativas de retorno financeiro dos investidores privados.

O problema de agência decorre da falta de organização do Estado para o exercício das prerrogativas associadas à propriedade acionária, o que acaba transformando-o em um controlador fraco e incapaz de vigiar os administradores da companhia controlada. Isso abre espaço para os gestores sociais agirem por conta própria e sem compromisso com os objetivos pretendidos pelo Estado. A situação é particularmente grave pelo fato de a empresa estatal não ter como única finalidade a geração de lucros, servindo também como instrumento de políticas públicas. Tudo isso acaba favorecendo o corporativismo e impactando negativamente o resultado da companhia, além de desviar o foco da missão pública que justificaria a manutenção da propriedade acionária estatal.

O acesso da empresa estatal ao mercado de capitais, especialmente quando acompanhado da assunção de compromissos mais rigorosos de governança corporativa, contribui para inibir a atuação predatória do acionista controlador público e minimizar o problema de agência. Com a ampliação da base acionária, o universo de potenciais prejudicados será muito maior. A existência de investidores institucionais com poderio econômico, combinado com acionistas particulares que também são eleitores, serve de desestímulo à adoção de práticas abusivas em detrimento do interesse da companhia. O mecanismo funciona com autêntico hedge contra risco político.

O fato de a empresa estatal ter ações listadas em bolsa de valores impõe padrões mais elevados de transparência e divulgação, o que contribui para melhorar o nível de informação do próprio Estado sobre o desempenho da companhia controlada. O monitoramento permanente dos analistas de mercado funciona como importante canal de vigilância dos administradores, permitindo ao Estado conhecer desde logo eventuais desvios de conduta, assim como tomar consciência dos fatores de risco inerentes aos negócios sociais, que não raro permanecem encobertos. Finalmente, a pressão por resultados exercida pelo mercado de capitais constitui poderoso instrumento de estímulo à eficiência operacional.

A presença de investidores privados altera significativamente a dinâmica interna da empresa estatal. A introdução da cultura de negócios reforça o compromisso com lucratividade, mediante o aumento da produtividade e a melhoria da gestão, especialmente no lado da redução de custos administrativos e eliminação da força de trabalho redundante. A implementação dessas medidas de ajuste é particularmente penosa no setor público, havendo a tendência natural de transferir o ônus da ineficiência ao preço dos bens e serviços fornecidos pela companhia. A nova conjuntura

societária coloca ainda a companhia e seu acionista controlador diante do desafio de conciliar o interesse público com a finalidade lucrativa, levando em conta as expectativas de retorno financeiro do mercado de capitais.

Com o arrefecimento da onda de privatizações, ganhou destaque a proposta de fortalecimento da governança corporativa das empresas estatais. Prova disso está na mudança do foco das políticas institucionais recomendadas pelos organismos multilaterais, cuja ênfase deixou de ser a estrutura da propriedade acionária, para recair na aplicação das chamadas boas práticas de governança.

A escolha do melhor modelo de gestão corporativa para as empresas estatais depende da redefinição de seu papel e do conteúdo do ordenamento jurídico vigente. Se a prioridade for apenas a geração de valor aos acionistas, basta profissionalizar a administração e assegurar o seu insulamento em relação ao acionista controlador público, que a companhia passará a agir com a mesma lógica maximizadora da empresa privada. Nesse caso, porém, caberá ao Estado ponderar seriamente sobre a conveniência de privatizar a companhia, pois não mais haverá motivo relevante para mantê-la no setor público. Os recursos arrecadados com a venda do controle acionário poderiam financiar outros projetos prioritários e geradores de externalidades sociais positivas.

Se houver preocupação com o atendimento do interesse público que justificou a criação da empresa estatal, a solução deve ser outra: (i) definir em que consiste exatamente a missão pública peculiar a cada companhia mista, de modo a evitar que ela possa ser invocada levemente para legitimar práticas de gestão condenáveis; (ii) ter clareza sobre o limite do sacrifício que pode ser validamente imposto à lucratividade da companhia mista, para custeio de políticas públicas compreendidas no seu objeto social; (iii) conferir estabilidade à convivência societária entre acionista controlador público e acionistas minoritários, obrigando a companhia a ser transparente na divulgação dos custos implícitos das políticas públicas e, ao mesmo tempo, restringindo a arbitrariedade na introdução de mudanças posteriores; (iv) valorizar a estrutura interna de governança da empresa estatal, especialmente o conselho de administração, reduzindo em contrapartida o peso de outros controles tipicamente governamentais e de cunho burocrático; e (v) transferir ao conselho de administração a responsabilidade de identificar o interesse público no caso concreto e de adotar as medidas necessárias à sua consecução; e (vi) abrir espaço à participação no conselho de administração de representantes dos grupos de interesse vinculados à atividade da companhia, com o propósito de institucionalizar o processo decisório sobre questões complexas que envolvem ponderação entre interesse público e finalidade lucrativa.

Várias das propostas apresentadas estão afinadas com os manuais de boas práticas de governança corporativa. Outras, porém, possuem caráter polêmico, embora sirvam para suscitar a reflexão sobre o futuro do setor público empresarial.

**Abstract:** This article address the public administration structure in Brazil and the legal framework applied to decentralized entities. The traditional model of government control seems insufficient to make state owned enterprises achieve their goals. An alternative could be to empower board of directors according to corporate governance best practices.

**Key words:** Decentralized entities in public administration. Autarchy. Government foundation. Mixed capital corporation. State owned enterprise. Government control.

Corporate governance.

---

**Como citar este artigo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PINTO JUNIOR, Mario Engler. A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do Estado com a companhia controlada. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=64264>>. Acesso em: 10 agosto 2012.