

MARÇAL JUSTEN FILHO

**CURSO
DE DIREITO
ADMINISTRATIVO**

**5ª edição
revista e atualizada
2010**

**NUBI - JF/SP
BIBLIOTECA CENTRAL**

 **Editora
Saraiva**

V.1) *Estrutura administrativa do Estado*

A teoria da separação de Poderes compreende tanto a diferenciação das funções estatais (funções administrativa, jurisdicional e legislativa) como a criação de estruturas organizacionais tradicionalmente adotada¹⁾ como a criação de estruturas organizacionais distintas para seu desempenho (que correspondem ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo²⁾). Mas não há uma equivalência perfeita e absoluta entre cada Poder e cada função. Em outras palavras, não existe uma separação absoluta de poderes. Cada Poder exerce preponderantemente uma função, mas também desempenha acessoriamente funções de outra natureza. Assim, a doutrina costuma referir-se à *função típica*, como aquela função para a qual a entidade foi especificamente criada, e a *funções atípicas*, como sendo as funções auxiliares destinadas à manutenção da estrutura e organização do Poder.

A função administrativa materializa-se na atividade administrativa, a qual é desempenhada preponderantemente pelo Poder Executivo. Lembra-se, no entanto, que todos os Poderes exercitam funções administrativas.

Para desempenhar a função e a atividade administrativa, são criadas organizações estatais, indicadas normalmente por meio da expressão "Administração Pública".

V.1.1) A expressão "Administração Pública"

Utiliza-se, geralmente, a expressão *Administração Pública* para fazer referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa. Mas a expressão pode ser interpretada em diversos sentidos.

Numa acepção subjetiva, *Administração Pública* é o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa. Em sentido objetivo, *Administração Pública* é o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa.

1. Como exposto no Capítulo II, defende-se a existência de quatro funções estatais distintas. Além das três tradicionais, reputa-se que existe uma função de "controle".

2. Na concepção adotada nesta obra, as outras duas estruturas estatais são o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Sob um enfoque funcional, a *Administração Pública* é uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais.

V.1.2) A *Administração Pública* em sentido subjetivo

Nesta obra, a expressão "*Administração Pública*" é utilizada na acepção subjetiva. Indica, portanto, o sujeito personificado ou não personificado, integrante da estrutura estatal, exercente de função administrativa.

V.1.2.1) *Abrangência dos três Poderes*

A expressão "*Administração Pública*" abrange todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório. Assim, a *Administração Pública* compreende o Poder Executivo, mas também o Judiciário e o Legislativo enquanto exercentes de atividade administrativa. Ou seja, *Administração Pública* não é sinônimo de Poder Executivo.

V.1.2.2) *Abrangência das três esferas da Federação*

A expressão abarca não apenas a *Administração Pública* da União, mas todas as órbitas federativas. Justamente por isso, pode-se aludir à *Administração Pública* federal em contraposição à estadual, à distrital, ou à municipal.

V.1.2.3) *Administração Pública e sujeitos de direito*

Numa acepção subjetiva, a expressão *Administração Pública* é utilizada para aludir ao conjunto de sujeitos de direito e de órgãos que desempenham função administrativa. Logo e rigorosamente, não existe um sujeito de direito específico, consistente na "*Administração Pública*".

É verdade que, na linguagem usual, costuma-se utilizar a expressão tal como fazendo referência a um sujeito de direito específico. Diz-se que "a administração pública pode decretar a invalidade dos próprios atos", por exemplo. Mas essa construção verbal é uma simplificação: indica que os entes estatais que desempenham função estatal são investidos de certas competências, tais como a de promover a invalidação dos próprios atos.

A utilização genérica da expressão se justifica por outra razão. É que a atividade administrativa é desempenhada por estruturas organizacionais que não são dotadas de personalidade jurídica específica e autônoma. A expressão *Administração Pública* permite abranger, de modo sintético, todas as organizações que desempenham atividade administrativa, mesmo não sendo titulares de personalidade jurídica própria, tal como adiante explicado.

VI.3) A distinção entre sujeito de direito e órgão: a desconcentração
O conceito de sujeito de direito é fundamental na teoria geral do direito privado, mas apresenta menor relevo no âmbito do direito público. No âmbito público, é frequente que os poderes e as competências sejam atribuídos a núcleos organizacionais que não têm personalidade jurídica.

VI.3.1) Sujeitos de direito: pessoas físicas e jurídicas
Sujeito de direito é o ser humano ou uma organização integrante da vida social dotada de autonomia jurídica, a quem é atribuída a titularidade de direitos e obrigações. Ele é investido na capacidade de participar de relações jurídicas e na titularidade de um patrimônio. É dotado de personalidade jurídica, o que significa também a titularidade de um patrimônio (conjunto de relações jurídicas economicamente avaliáveis).

A existência de um sujeito de direito produz efeitos de diferenciação e de autonomia. Cada sujeito de direito diferencia-se dos demais e é juridicamente autônomo, inclusive para o fim de participação em relações jurídicas.

As características inerentes aos seres humanos tornam mais simples a compreensão do conceito de pessoa. Todo ser humano é uma pessoa (física), com autonomia e patrimônio próprios — mesmo quando não for dotado de capacidade de fato para agir por si só na vida jurídica.

A situação é menos simples quando se trata das organizações que, criadas pela convivência social, recebem a condição de sujeitos de direito. Os processos sociais produzem o surgimento de estruturas organizadas para a realização de certos fins. Algumas dessas organizações recebem do direito o tratamento de sujeitos de direito. Esses entes, distintos do ser humano e reconhecidos como sujeitos de direito, são denominados *personas jurídicas*. A pessoa jurídica por excelência é o Estado, que é um sujeito de direito, dotado de personalidade jurídica autônoma. Não se confunde juridicamente

3. Na desconcentração as atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de caráter superior para esferas inferiores, dentro da mesma entidade ou à mesma pessoa jurídica (descentralização de descentralização, em que se transferem atribuições próprias para a própria pessoa jurídica). (ODETE MEDALHA, *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed., 2004, p. 200). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 200. A atribuição administrativa de atividades aos vários órgãos que compõem a estrutura de uma entidade de administração pública é diferente da descentralização administrativa, que ocorre em uma entidade de administração pública, em que se transferem atribuições próprias para a própria pessoa jurídica (descentralização de descentralização, em que se transferem atribuições próprias para a própria pessoa jurídica). (ODETE MEDALHA, *Curso de Direito Administrativo*, 20. ed., São Paulo, 2007, p. 200).

com os cidadãos. Há inúmeras organizações estatais públicas *personas jurídicas*. Mas também existem organizações privadas que gozam da *personificação*. Mas pessoas físicas e pessoas jurídicas não são idênticas. O ser humano é reconhecido como sujeito de direito simplesmente por essa qualidade, em virtude da titularidade de direitos fundamentais inalienáveis. Existe uma dignidade intrínseca no ser humano, que conduz à afirmação da sua condição de pessoa física, independentemente da existência do próprio direito. Ou seja, não se admite que o direito possa *negar* a condição de pessoa a um ser humano.

Já a existência de uma pessoa jurídica depende do direito⁴. Somente são pessoas jurídicas aquelas organizações reconhecidas como tais pela ordem jurídica, sendo muito questionável reconhecer direitos fundamentais a elas. Mas a afirmativa exige dois complementos.

Em alguns casos, o reconhecimento de direitos fundamentais de titularidade de pessoas jurídicas pode ser uma extensão dos inquestionáveis direitos fundamentais das pessoas físicas que participam daquela organização. Assim, por exemplo, o direito de manifestar livremente o pensamento pode ser exercitado por um ser humano em nome próprio ou por meio de uma pessoa jurídica.

Em outros casos, as relações sociais são indistinguíveis em face da participação de um ser humano ou de uma organização qualificada juridicamente como pessoa. É o caso do sigilo de correspondência.

O que se pode afirmar, então, é que os "direitos fundamentais da pessoa jurídica" serão apurados e reconhecidos em vista das peculiaridades próprias da entidade.

VI.3.2) A formação e a exteriorização da vontade das pessoas jurídicas

Ocorre que as pessoas jurídicas não têm existência concreta, física. Não são dotadas de autonomia existencial. Não são titulares de uma personalidade psicológica. Não têm *vida humana* em si mesmas. É necessário o direito construir um modo de formação e manifestação da vontade das pessoas jurídicas.

4. Nem todos os autores estão de acordo com essa formulação. Existem aqueles que defendem concepções instrumentalistas, que afirmam que a existência de uma pessoa jurídica independe das normas jurídicas. Desse modo, basta existir uma entidade capaz de exercer autonomia de manifestação de vontade para ser reconhecida. Outros afirmam que a existência de uma pessoa jurídica depende da vontade humana. Logo, não seria impossível que uma pessoa jurídica tivesse existência real, mas não fosse reconhecida pelo direito. Mas não se admite que uma entidade jurídica tenha existência real, mas não seja reconhecida pelo direito. Outros afirmam que a existência de uma pessoa jurídica depende da vontade humana, mas não se admite que uma entidade jurídica tenha existência real, mas não seja reconhecida pelo direito.

V.1.4) Órgãos públicos

Mas o conceito de órgão público adquiriu relevância muito significativa, exigindo um estudo específico. O direito atribui indiretamente direitos e deveres aos órgãos, e lhes reconhece uma parcela relevante de autonomia jurídica, ainda que não suficiente para transformá-los em sujeitos de direito autônomos.

V.1.4.1) Órgãos públicos individuais e coletivos

A função de órgão nem sempre é reservada para um ser humano único. Em inúmeros casos, o direito prevê que a formação da vontade da pessoa jurídica será produzida por uma outra estrutura orgânica, composta por diversos seres humanos⁷.

Quando se trata de pessoas jurídicas de direito público, o fenômeno adquire uma relevância extrema, especialmente em vista da ampliação da complexidade organizacional.

Algumas pessoas jurídicas estatais são dotadas de órgãos unipessoais. Nesse caso, há uma única pessoa física que concentra individualmente competências para formar e exteriorizar a vontade do ente estatal. O exemplo é a Presidência da República. O Presidente é uma pessoa física, titular de um conjunto de competências que exercita em nome próprio e individualmente.

Mas há uma tendência a reservar a condição de órgão para um conjunto de pessoas físicas, exigindo sua atuação conjunta e complexa para produzir e exteriorizar a vontade do ente estatal. Ou seja, a formação e a exteriorização da vontade da pessoa jurídica, para certos efeitos, dependem da manifestação de um conjunto de pessoas físicas.

V.1.4.2) Órgãos públicos e competências heterogêneas

Em muitos casos, a formação da vontade do sujeito estatal é dissociada em inúmeras etapas, cada qual a cargo de um órgão diferente. Veja-se o caso da produção de uma lei. O processo legislativo se origina com a iniciativa da produção de uma lei. O processo legislativo se origina com a iniciativa da apresentação de um projeto, que é discutido por dois órgãos (no plano federal). A Câmara dos Deputados e o Senado Federal são *órgãos públicos*. Cada um tem poderes diversos quanto ao processo legislativo. Depois de aprovado o projeto por ambas as Casas, vai à sanção do Presidente.

7. E, às vezes, até mesmo por pessoas jurídicas, que atuam por meio dos próprios órgãos. Isso se passa no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado. Assim, uma pessoa jurídica pode ser sócia de outra e exercitar a administração dela.

V.1.4.6) A criação de alguns órgãos estatais, a quem atribui-se o exercício das funções político-administrativas. Isso significa que, em princípio, esses órgãos publicamente concentram competências extensas e amplas.

A criação de novos órgãos de uma parcela do poder político-administrativo — originariamente concentrado no órgão constitucional — para outros órgãos, instituídos infraconstitucionalmente.

Utiliza-se a expressão "desconcentração" para indicar essa ampliação do número de órgãos públicos, com a repartição e dissociação de competências. A expressão indica esse fenômeno de ampliação quantitativa do número de titulares das competências e de redução qualitativa da intensidade e da extensão de suas atribuições. Ou seja, quanto maior o número de órgãos administrativos no âmbito de um sujeito, tanto menos concentradas são as competências, o que implica menor amplitude de atribuições para cada órgão. Em outras palavras, se existisse um único órgão, titular de todas as competências, haveria um poder extremamente concentrado.

Não se pode negar a relevância desse processo de desconcentração para tornar mais racional o exercício do poder estatal. Mais ainda, essa ampliação orgânica reduz o poder político-administrativo e amplia a dimensão democrática da organização estatal.

V.1.5) A Administração direta e a Administração indireta

A Constituição atribui, de modo direto e imediato, a um conjunto de sujeitos políticos a titularidade de competências administrativas. Utiliza-se a expressão "Administração direta" para indicar o ente político que, por determinação constitucional, é o titular da função administrativa. Em termos práticos, a Administração direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em princípio, todas as funções administrativas são atribuídas constitucionalmente a esses entes políticos.

Mas o direito permite que o ente político atribua uma parcela de suas competências administrativas a outros sujeitos de direito, criados diretamente por lei ou mediante autorização legal. Essas outras pessoas jurídicas não são entes políticos, nem titulares de poderes atribuídos diretamente pela Constituição. Utiliza-se a expressão "Administração indireta" para referir-se a essas pessoas meramente administrativas. Elas recebem as suas competências de modo indireto, por uma decisão infraconstitucional das pessoas

políticas. Na origem, tais competências foram atribuídas diretamente às pessoas políticas.

V.1.5.1) As pessoas políticas

As pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são integrantes do pacto federativo e investidas na titularidade dos poderes de soberania estatal por decisão da Nação. A existência desses poderes deriva de uma escolha política do povo brasileiro.

Justamente por isso, as pessoas políticas não podem ser suprimidas — ainda que seja possível a criação e extinção de Estados e Municípios. A Constituição não identifica quais são os Estados e os Municípios. Ela prevê a existência de uma pluralidade de Estados e Municípios, pluralidade essa que não pode ser eliminada infraconstitucionalmente.

A Constituição Federal também atribui competências e poderes, inclusive de natureza administrativa, aos entes políticos.

V.1.5.2) As pessoas administrativas

As pessoas políticas podem produzir a criação desses outros sujeitos de direito, delegando-lhes o desempenho de competências que a Constituição lhes atribuíra. Essas pessoas não têm uma existência política, visto que não foram criadas pela vontade da Nação. A existência dessas outras pessoas destina-se apenas ao desempenho de funções administrativas.

A instituição e a extinção das pessoas administrativas, que compõem a Administração indireta, dependem de uma decisão das pessoas políticas. O mesmo se diz relativamente às competências e aos poderes cujo exercício é atribuído às pessoas administrativas.

Como dito, a Constituição não instituiu essas pessoas meramente administrativas. São elas criadas diretamente ou mediante autorização legislativa. Como decorrência, é impossível apresentar um elenco exaustivo das espécies de pessoas administrativas existentes. Tradicionalmente, são incluídas as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações. Mas a ampliação da complexidade da Administração indireta é contínua. Assim, surgiram entidades *subsidiárias* de outras. Mais recentemente, foi prevista a criação de *consórcios públicos*, que apresentam semelhança com as autarquias.

V.1.5.3) A razão do surgimento da Administração indireta

A criação de entes simplesmente administrativos (Administração indireta) derivou, na origem, de razões meramente técnicas, relacionadas ao princípio da eficiência administrativa. Verificou-se que a acumulação de todas as competências no âmbito do ente político gerava dificuldades insu-

paráveis na gestão pública. A tomada de decisões e a sua execução tornavam-se extremamente lentas e difíceis. A criação de entes administrativos, litigiosas e extremamente específicas, reflete a necessidade de especialização, de competências específicas, a criação de algumas entidades autônomas decorre também e redução da burocracia.

No entanto, a criação de algumas entidades autônomas decorre também e redução da burocracia. No entanto, a criação de algumas entidades autônomas decorre também e redução da burocracia. No entanto, a criação de algumas entidades autônomas decorre também e redução da burocracia.

Sob esse prisma, o surgimento da Administração indireta reflete exigências não apenas de ampliação da eficiência mas também de democratização das funções administrativas.

V.1.5.4) Reconhecimento constitucional da Administração indireta

O surgimento e a difusão da Administração indireta foram reconhecidos pela própria Constituição de 1988. Há inúmeras referências à Administração indireta, sendo a mais notável aquela constante do art. 37. Ali se estabelece que os direitos fundamentais que disciplinam a atividade administrativa aplicam-se tanto à Administração direta como à indireta.

V.1.6) Desconcentração e descentralização do poder

Os fenômenos acima descritos envolvem a desconcentração e a descentralização do poder (ou da função administrativa).

A multiplicação de órgãos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica produz o fenômeno da desconcentração do poder. Já a criação de outras pessoas jurídicas gera efeito de descentralização do poder.

Pode-se dizer que, no nível constitucional, toda a competência administrativa é concentrada e centralizada. A Constituição atribui as competências administrativas às pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o que significa a sua centralização. Mais ainda, os poderes são atribuídos, em princípio, ao Chefe do Poder Executivo, o que significa a sua concentração num núcleo de poder ao interno de cada ente político.

A necessidade impõe, em primeiro lugar, a desconcentração das competências administrativas. É materialmente impossível que o Chefe do Poder Executivo desempenhe todas as funções administrativas. Por isso, produz-se a criação de outros órgãos administrativos ao interno do ente político. São criados os Ministérios e outras repartições públicas.

No entanto, verificou-se que a simples desconcentração é insuficiente para assegurar a eficiência na gestão administrativa. Mais do que isso, o

controle do poder torna desejável a criação de sujeitos dotados de personalidade jurídica autônoma. A criação dos entes da Administração indireta configura a descentralização do poder.

A diferença entre as duas figuras (desconcentração e descentralização) reside em que o mecanismo da descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito de direito distinto e autônomo. Portanto, a descentralização produz um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já o processo de desconcentração mantém os poderes e atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos meramente internos (em virtude da partilha dos poderes e competências de titularidade de um único sujeito entre uma pluralidade de órgãos).

Alguns exemplos facilitam a compreensão. A Constituição reconhece competências para o Poder Executivo. Em princípio, essas competências são do Presidente da República. Uma lei pode criar um Ministério, atribuindo-lhe certa competência, que, até então, era do Presidente da República. Isso configura desconcentração, criando-se novos órgãos para exercer certa competência que permanece atribuída a um mesmo sujeito de direito. O ministério não é um sujeito de direito autônomo. Ele integra a União, que é o sujeito de direito. Mas uma lei pode transferir uma parcela da competência da União para uma autarquia. A autarquia é dotada de personalidade jurídica própria, o que significa ser ela pessoa jurídica distinta do ente que a criou. Então, alude-se à descentralização para indicar um processo de distribuição de competências entre diversos sujeitos de direito distintos entre si.

A distinção é tradicional no direito administrativo e deve ser examinada com certa cautela¹⁰.

Jurisprudência do STJ

"1. A descentralização administrativa pressupõe a delegação de competência de uma autoridade investida de poderes de administrar, cuja execução pode delegar a outros agentes públicos" (RMS 3.614/DF, STJ, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 14-12-1994, DJ de 13-2-1995).

10. É evidente que a descentralização produz reflexos de desconcentração. Assim, imagine-se que todos os poderes estivessem concentrados na União e que existisse um único órgão administrativo. Se houver a criação de uma autarquia, uma parcela de poderes da União é transferida para o novo sujeito. Isso significa necessária redução dos poderes internos daquele imaginário órgão único. Ou seja, o processo de descentralização também produz um efeito genérico de desconcentração.

V.1.7) A conjugação das competências: os consórcios públicos

Mas a produção de sujeitos integrantes da Administração Indireta não, resulta apenas dos processos de descentralização e desconcentração do poder. Também decorre da conjugação de poderes.

A Lei n. 11.107/2005 regulamentou o art. 241 da CF/88, que previu a existência de consórcios públicos. Segundo o disposto no diploma, os consórcios públicos são pessoas administrativas, criadas a partir do consenso entre pessoas físicas, visando o atendimento de necessidades administrativas comuns. Os consórcios públicos podem ser dotados de personalidade jurídica de direito público e traduzem um processo de associação entre pessoas físicas. Portanto, não se pode aludir a um fenômeno de pura e simples descentralização. Os consórcios públicos envolvem um processo oposto, em que se conjugam competências que a Constituição atribuiu a entes políticos diversos. Trata-se de um fenômeno de cooperação entre entes políticos.

V.1.8) Administração Pública: conjunto dos centros de imputação jurídica

A expressão "Administração Pública" compreende esses diversos centros de imputação jurídica, compreendendo as pessoas que exercitam atividade administrativa e os órgãos públicos que formam e exteriorizam a vontade delas e que, para certos efeitos, são investidos em poderes, deveres e direitos. Essa terminologia foi incorporada à própria legislação, como se compreende no exame da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre contratações administrativas. No art. 2º, parágrafo único, está previsto que contrato administrativo é um ajuste entre "órgãos ou entidade da administração pública e particulares". Já o art. 6º, XII, define administração como "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a administração pública opera e atua concretamente".

Acrescente-se que não é incomum aludir a Administração Pública federal, estadual ou municipal, para indicar os subconjuntos dos centros de imputação integrantes da estrutura de determinada órbita federativa, independentemente de serem formalmente vinculados ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário — ou, mesmo, ao Tribunal de Contas ou ao Ministério Público, e sem vinculação à circunstância de disporem ou não de personalidade jurídica própria.

V.2) A sistematização das pessoas jurídicas exercentes de função administrativa

Os órgãos públicos estão integrados em pessoas jurídicas, cuja vontade de produzir e exteriorizam. Cabe examinar, então, os sujeitos de direito que exercitam função administrativa.

No atual cenário brasileiro, a configuração da organização subjéctiva do Estado pode ser assim esquematizada:

Administração Pública direta

- União
- Estados
- Distrito Federal
- Municípios

personalidade jurídica de direito público

- autarquias
- consórcios públicos

Administração Pública indireta

personalidade jurídica de direito privado

- empresas públicas
- sociedades de economia mista
- fundações públicas
- consórcios públicos privados
- sociedades comunitárias

Essa sistematização reflete a disciplina consagrada no Decreto-lei n. 200/67 e a evolução legislativa posterior.

V.3) A disciplina do Decreto-lei n. 200/67

Como se sabe, a estrutura da Administração Pública foi objeto de disciplina pelo Decreto-lei n. 200/67, que sofreu diversas alterações legislativas, mas que permanece em vigor. O diploma introduziu uma reforma administrativa e promoveu a sistematização quanto às pessoas integrantes da Administração Pública.

V.3.1) A cautela na interpretação do Decreto-lei n. 200/67

A disciplina do Decreto-lei n. 200/67 quanto à estrutura da Administração Pública gera alguns equívocos. Costuma-se examinar a esematização contida no diploma como se fosse uma solução final e imutável.

Mas não se esqueça que o Decreto-lei n. 200/67 não tem hierarquia normativa superior a nenhuma lei federal ordinária.

Até se pode reputar que a Constituição brasileira tenha incorporado algumas distinções delineadas no corpo do Decreto-lei n. 200/67. Assim, é inquestionável que a distinção entre Administração direta e indireta foi explicitamente referida pela Constituição, em várias passagens. Apenas para lembrar, o art. 37, *caput*, alude a ela.

tração indireta de direito privado federal funcionário como normas gerais para a disciplina da Administração indireta dos demais entes federativos.

Jurisprudência do STJ:

“1. Dispondo o Decreto-Lei n. 200/67 sobre a Organização da Administração Pública Federal, é de ser reconhecida sua inaplicabilidade no âmbito estadual, em face do Princípio Federativo (...)” (REsp 809.559/PI, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. em 9-8-2007, DJ de 17-9-2007).

V.4) Pessoas de direito público e de direito privado

As pessoas políticas, que compõem a Administração direta, têm necessariamente personalidade jurídica de direito público. Já as pessoas administrativas que integram a Administração indireta podem ser dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, o que reflete diferenças no regime jurídico aplicável à sua organização e atuação.

Em princípio, todas as atividades administrativas relacionadas diretamente com a promoção de direitos fundamentais ou com o exercício de poderes de coerção jurídica devem ser reservadas para sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito público.

V.4.1) Pessoas jurídicas de direito público

A pessoa jurídica de direito público é aquela intrinsecamente estatal. É uma manifestação por meio da qual a organização política (“Estado”) adquire existência jurídica. A pessoa jurídica de direito público apenas pode ser instituída por lei (aí abrangida a própria Constituição), sendo-lhe atribuídas funções e competências inerentes à qualidade estatal, entre as quais se encontra o próprio poder de utilização da coerção jurídica. Sua atividade se sujeita ao regime de direito público, com todas as características já expostas.

V.4.1.1) Pessoas políticas

É costumeiro diferenciar, dentro da categoria das pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito público, as chamadas *pessoas políticas*. São aquelas manifestações estatais insuprimíveis, instituídas pela Constituição Federal como materialização da organização política que é o Estado.

As pessoas políticas são dotadas de competências não apenas administrativas, mas também legislativas, ainda que não sejam titulares necessariamente de função jurisdicional. São elas a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

entidades decorre de escolhas dos integrantes da categoria. Por isso, afirmava-se que essas entidades não eram propriamente integrantes da estrutura administrativa estatal, mas manifestações da própria sociedade civil¹⁶, ainda que exercitem competências estatuais, especialmente no tocante ao poder de polícia, a que corresponde a cobrança compulsória de contribuições.

Mas a pretensão de submeter esses entes ao regime autárquico impunha a aplicação de regras inafastáveis, incompatíveis com a natureza de sua atuação. Havia duas questões fundamentais a enfrentar. A primeira envolvia a aplicação do regime dos servidores públicos para os seus agentes, o que importava problemas no tocante à investidura, remuneração, inativação etc. A segunda se relacionava ao regime das contratações praticadas, com a incidência das normas atinentes às licitações públicas.

Y6.6.2) A disciplina de art. 58 da Lei n. 9.649/98

Talvez por isso é que a Lei federal n. 9.649/98 determinou, no art. 58, que "Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa". E o § 2º estabelecia que "Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico". Mas o art. 58 e seus parágrafos tiveram reconhecida a sua inconstitucionalidade no julgamento da ADIn 1.717¹⁷. O STF afirmou que a Constituição Federal imporia a "indelegabilidade a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas".

Como decorrência, reafirmou-se a submissão dos órgãos reguladores de profissão ao regime jurídico de direito público inerente ao seu cunho autárquico.

Jurisprudência do STJ

"AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DE ENTIDADE DE FISCALIZAÇÃO. REGIME JURÍDICO. AUTARQUIAS

16. Sobre o tema, confira-se a obra de VITAL MOREIRA, *Autorregulação profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997.

17. Plenário, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7-11-2002, DJ de 28-3-2003, p. 61.

DE REGIME ESPECIAL. LEI N. 9.649/98, ART. 58, § 3º. ADIn 1.717/DF QUE NÃO ALCANÇOU O REFERIDO PARÁGRAFO. REGIME CELETISTA. IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER A TALS SERVIDORES O ENQUADRAMENTO NO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.

1. Os conselhos de fiscalização possuem a natureza de autarquia especial, por força da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 1.717/DF. Contudo, seus servidores permanentes celetistas, em razão do art. 58, § 3º, da Lei n. 9.649/98, que não foi atingido pela referida ADIn. 2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 221.836/CE, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 12-6-2007, DJ de 6-8-2007).

Y6.6.3) A solução específica para a OAB

Mas o tema recebeu importante inovação por parte do STF, especificamente a propósito da Ordem dos Advogados do Brasil — OAB. No julgamento da ADIn 3.026¹⁸, o STF reconheceu que "a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional".

Sob um enfoque puramente teórico, é questionável a orientação de que apenas a OAB mereceria um regime jurídico diferenciado. Afigura-se que

18. Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 8-6-2006, DJ de 29-9-2006, p. 31.

os demais órgãos de regulação profissional comportam tratamento jurídico equivalente. Mas não foi essa a solução adotada pelo STF.

De todo o modo, a decisão do STF representa uma marcante inovação na tradicional sistemática dos ADIns 1.717 e 3.026 é bastante reveladora. Na decisão mais antiga, reconheceu-se que os órgãos de fiscalização profissional eram investidos de competências tipicamente estatais. Na decisão mais recente, sustentou-se que um desses órgãos não integra a Administração Pública. Isso significa afirmar a possibilidade de que poderes estatais sejam investidos em órgãos não integrantes da Administração Pública. Trata-se, portanto, de uma entidade não estatal, investida de competências públicas.

Jurisprudência do STF

"1. A OAB possui natureza de autarquia especial ou *sui generis*, por mesmo incumbida de realizar serviço público, nos termos da lei que instituiu, não se inclui entre as demais autarquias federais típicas, já que não busca realizar os fins da Administração. 2. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária. 3. As cobranças das anuidades da OAB, por não possuírem natureza tributária, seguem o rito do Código de Processo Civil, e não da Lei n. 6.830/80. Recurso especial provido" (REsp 915.753/RS, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 22-5-2007, DJ de 4-6-2007).

*V.7) Os consórcios públicos*¹⁹

A Lei n. 11.107²⁰, de 6 de abril de 2005, regulamentou o art. 241 da CF/88 e dispôs sobre os "consórcios públicos". Segundo o art. 1º, § 1º, do referido diploma, os consórcios públicos poderão ser constituídos ou como "associações públicas" ou como pessoas jurídicas de direito privado. Logo, é possível diferenciar consórcios públicos *públicos* de consórcios públicos

privados. Interessado, nesse primeiro tópico, analisar apenas os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público.

V.7.1) Definição

De acordo com o art. 2º, I, do Decreto federal n. 6.017, considera-se consórcio público a "pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei n. 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos".

Preferiu-se a definição seguinte: **O consórcio público com personalidade jurídica de direito público consiste numa associação pública, criada por meio de leis editadas por entes políticos diversos e investida na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações de cooperação federativa.**

V.7.1.1) Consórcio público com personalidade jurídica de direito público

Tal como exposto, a Lei n. 11.107/2005 facultou a criação de consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado ou com personalidade de direito público. A distinção é extremamente relevante, visto que os consórcios públicos *públicos* serão investidos de funções e competências inerentes ao Estado, a eles incumbindo atuar à semelhança da Administração direta.

V.7.1.2) consiste numa associação pública.

A expressão *associação pública* foi introduzida pela Lei n. 11.107, indicando pessoas jurídicas de direito público que resultam da conjugação de esforços e recursos de entes federativos distintos, para a realização de atividades de interesse comum.

Esse é um ponto diferencial entre a figura da autarquia e do consórcio público com personalidade de direito público. A autarquia resulta do processo de descentralização de uma ordem política determinada. Ela surge em virtude da lei de um ente federativo, que segrega bens e competências, criando um novo sujeito de direito. Já o consórcio público é resultado de um processo mais complexo. Existe, por um lado, a descentralização, mas proveniente da atuação coordenada de diferentes entes políticos. Há diversos entes políticos e cada qual segrega uma parcela de bens e competências, para o fim específico de produzir a associação com outros entes políticos.

19. Para uma análise mais aprofundada das concepções do autor sobre a figura do consórcio público, consulte-se o parecer fornecido ao Ministério das Cidades, destinado a avaliar a constitucionalidade da figura. O texto pode ser encontrado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Parceres/consorcio_MarcelJustenFilho.pdf>. Confira-se também a análise de ODETE MEDAUAR e GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, *Consórcios públicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

20. O Decreto federal n. 6.017, de 17-1-2007, regulamentou a Lei n. 11.107, dispondo sobre o tema.

O consórcio público é o resultado dessa conjugação de esforços e recursos de diferentes entes federativos.

Portanto, afirmar que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público configura uma espécie do gênero autárquico é insuficiente. A autarquia, tal como conhecida entre nós, é sempre uma manifestação limpa e restrita à órbita de um ente federativo. Não havia, até a edição da Lei n. 11.107, a possibilidade de autarquias de natureza associativa, formadas como instrumento de atuação administrativa de diferentes entes federativos.

Um pequeno exemplo permite compreender a grande complexidade da figura do consórcio público. Numa autarquia tradicional, o administrador é designado pela autoridade integrante do ente federativo a que a autarquia se vincula. Assim, o governador do Estado designa o diretor geral do departamento estadual de rodovias. A qualquer momento, o governador do Estado pode exonerar o referido diretor geral. O regime jurídico é radicalmente diverso no consórcio público, que resulta da conjugação de esforços e competências de vários entes federativos. O administrador do consórcio é indicado de comum acordo entre os vários entes federativos consorciados.

Para ser mais preciso, a autarquia não apresenta a natureza associativa inerente ao consórcio público. O consórcio público é uma manifestação da tendência ao chamado "federalismo de cooperação". Essa concepção preconiza a associação entre entes federativos, inclusive para a prestação conjugada de serviços públicos.

O consórcio público representa um passo além da figura dos convênios, que são acordos entre entes estatais para a atuação conjugada em áreas de interesse comum. O convênio produz direitos e obrigações para as partes, mas não gera o surgimento de uma entidade autônoma, titular de patrimônio próprio. Não seria exagero afirmar que o consórcio é um convênio dotado de personalidade jurídica própria.

O aspecto marcante da figura do consórcio reside na afirmação de relações de colaboração institucional e permanente entre entes federativos distintos e autônomos. Sob esse prisma, é evidente que o consórcio não apresenta qualquer semelhança com as autarquias tradicionais. Logo, a referência contida no Decreto federal n. 6.017 à "natureza autárquica" do consórcio público deve ser tomada com reservas. Significa que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público encontra-se em situação jurídica similar à de uma autarquia, já que não é uma pessoa política. Mas não pode significar que existiria uma figura exatamente idêntica à que lá até então praticada no Brasil.

V.7.1.3) Criada por meio de leis editadas por entes políticos diversos

Somente a lei pode criar um consórcio público. Mas a natureza associativa da figura impõe a existência de leis diversas, provenientes de cada um dos entes consorciados. Não basta a previsão legislativa de um único deles: afinal, o consórcio é o produto da associação de diferentes entes políticos. Todos eles deverão prever, por meio de lei, a criação do consórcio.

Em outras palavras, será insuficiente, para o surgimento de um consórcio, a edição da lei de um único dos entes políticos que pretendem produzir o consórcio.

V.7.1.4) e investida na titularidade de atribuições e poderes públicos

O consórcio público receberá, por meio das leis provenientes dos diferentes entes políticos consorciados, atribuições e poderes de natureza pública. Essas atribuições e poderes eram, até a edição da lei, de titularidade de cada um dos consorciados.

V.7.1.5) para relações de cooperação federativa

O objeto do consórcio é o desenvolvimento de relações de cooperação federativa. No entanto, somente há cabimento na criação de um consórcio quando existir a necessidade de instituição de uma estrutura organizacional própria, destinada a atuar de modo contínuo e permanente. Por exemplo, não haverá cabimento, via de regra, em criar um consórcio público para executar uma obra pública, mesmo quando diversos entes estatais colaborem com a sua execução. Nesses casos, a solução será realizar um convênio, com o repasse de recursos de uma esfera para a execução da construção por parte da outra.

Mas há relações de cooperação federativa que apresentam natureza contínua e permanente, o que propicia o surgimento do consórcio público. Isso se passa, de modo muito específico, no tocante à prestação associada de serviços públicos. Em tais hipóteses, o consórcio público será um instrumento de atuação coordenada e harmônica de diversos entes federativos no tocante a serviços públicos que, embora de titularidade de cada qual, necessitam ser prestados de modo associado.

Um exemplo permite compreender com maior facilidade essa hipótese. Imaginem-se os serviços de transporte coletivo em áreas contíguas, que compõem o território de mais de um município. Segundo a visão tradicional, cada município é titular da competência para prestar os serviços de transporte coletivo no próprio território. No entanto, o desenvolvimento econômico e social conduz, muitas vezes, à impossibilidade de circunscrição da

V.7.5) A posição jurídica do consórcio público ao território de cada município, é prestação do referido serviço público entre diversos municípios. Eles poderão necessariamente uma atuação conjunta em consórcio público, o qual poderá concentrar promover a constituição de competências que, em princípio, estavam distribuídas e centralizar o exercício de competências.

V.7.2) A constituição dos consórcios públicos

A criação dos consórcios públicos dependerá de lei ordinária autônoma, editada por cada um dos entes federativos envolvidos, aprovando um protocolo de intenções prévio firmado pelos chefes dos respectivos Poderes Executivos. Esse protocolo de intenções definirá as condições essenciais sobre a organização e o funcionamento do consórcio.

Como visto, o consórcio público apresenta natureza associativa, o que se evidencia inclusive pela circunstância de que a estrutura organizacional da entidade comportará uma assembleia geral integrada pelos diferentes entes federativos consorciados — o que não significa que todos tenham participação igualitária. Admite-se que os números de votos reservados a cada ente seja diverso. A assembleia geral terá competência, dentre outros temas, para eleger o representante legal do consórcio público (que será, obrigatoriamente, chefe do Poder Executivo de algum dos entes federativos consorciados).

Ou seja, as condições de administração e atuação do consórcio deverão ser pactuadas entre os diversos entes consorciados e serem objeto de aprovação por meio de lei proveniente de cada qual. A gestão efetiva far-se-á segundo um modelo associativo, em que as deliberações serão adotadas por maioria de votos. É perfeitamente possível que sejam previstas regras de *quorum* qualificado, por exemplo.

V.7.3) A definição das competências transferidas

O consórcio público poderá ser investido em competências conjuntas de titularidade dos entes consorciados. Assim, por exemplo, poderá incumbir ao consórcio a outorga de concessões de serviços públicos geridos de modo associado.

V.7.4) O contrato de rateio

O consórcio público será mantido pelos entes consorciados. Por isso, prevê-se que anualmente deverá haver um *contrato de rateio*, determinando os valores e as condições de transferências de recursos por parte de cada ente consorciado.

V.7.5) A posição jurídica do consórcio público

O consórcio público integrará a Administração indireta de todos os entes consorciados.

V.7.6) A fiscalização pelo Tribunal de Contas

Segundo a Lei n. 11.107, caberá ao Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do chefe do Poder Executivo que estiver investido na condição de representante legal do consórcio²¹.

V.7.7) O contrato de programa

Autoriza-se, no entanto, que o consórcio público assuma diretamente direitos e obrigações em face dos entes consorciados, o que se traduzirá em um *contrato de programa*. Em virtude de um contrato de programa, o consórcio poderá assumir diretamente a prestação de serviços públicos de interesse dos consorciados. Mas não é excessivo afirmar que é muito mais adequado que o contrato de programa envolva os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado, do qual se tratará em item específico, abaixo.

V.8) As empresas públicas

As empresas públicas são, basicamente, organizações empresariais mantidas exclusivamente pelo Estado. Exemplos típicos são a Caixa Econômica Federal — CEF e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT.

V.8.1) Definição

Segundo o Decreto-lei n. 200, empresa pública é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade

21. A definição do Tribunal de Contas competente para fiscalizar a atuação do consórcio público é um sério problema prático. O art. 12 do Decreto federal n. 6.017 determinava que "O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do seu representante legal, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atas, comunicações e remessas de recibos, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos que os entes da Federação consorciados vierem a celebrar com o consórcio público". Mas essa orientação é de validade duvidosa, na medida em que cada ente federativo pode invocar a titularidade de competência para controlar a aplicação dos recursos que transferiu para outra pessoa estatal.

econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito".

Também essa definição é excessiva e pouco útil. Melhor é dizer que empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público.

V.8.1.1) Empresa pública é uma pessoa jurídica
A primeira característica é a titularidade de personalidade jurídica própria. Isso significa autonomia organizacional e titularidade de patrimônio próprio.

V.8.1.2) de direito privado
A empresa pública é dotada de personalidade de direito privado, o que significa o afastamento de algumas prerrogativas de direito público e a atuação segundo as regras comuns.

V.8.1.3) dotada de forma societária
A empresa pública adota forma societária, o que significa, em princípio, a associação de recursos e esforços para o atingimento de um fim de interesse comum aos sócios. Mas não há impedimento à criação de empresa pública com um único sócio²².

Não existe definição precisa acerca da forma societária por meio da qual seria constituída a empresa pública. Como visto, aplicam-se as normas de direito privado (comercial ou civil) atinentes à forma societária.

Alguns supõem que, à semelhança das sociedades de economia mista, deve-se tratar sempre de uma sociedade anônima. Mas não há,

22. Tradicionalmente, reputava-se que as sociedades apresentavam origem contratual, resultando de acordos de vontade entre pelo menos duas pessoas. Essa concepção foi superada no âmbito privado pela evolução da atividade empresarial. O próprio direito comercial brasileiro permite a existência de sociedades unipessoais, tal como a subsidiária integral disciplinada pelo art. 251 da Lei n. 6.404. A criação e o funcionamento de uma sociedade unipessoal não configuram atuação ilícita nem significam sequer a responsabilidade do único sócio pelas obrigações contraídas pela subsidiária integral. Essas concepções refletem a natureza institucional (não contratual) das grandes empresas. Sob certo prisma, aplicam-se essas concepções ao âmbito das empresas públicas unipessoais. Nada impede, enfim, que um ente político crie uma empresa pública da qual seja o único sócio.

em rigor, impedimento²¹ a considerar que a empresa pública é um tipo societário específico, dotado de características próprias, inconfundíveis com a sociedade por ações. Se essa for a opção, será necessário disciplinar por lei a estrutura e o funcionamento da empresa pública. Se a lei que autorizar a criação da empresa pública não contiver todo um conjunto de regras sobre a organização e o funcionamento dela, a única alternativa será constituí-la de acordo com uma das formas já conhecidas. Considerando as circunstâncias, a melhor alternativa seria a sociedade por ações.

Lembre-se que, havendo lei federal autorizando a criação de empresa pública sob determinado regime jurídico especial, tal modelo deve ser reputado como extensível para os demais entes federativos.

V.8.1.4) cujo capital é de titularidade de pessoas de direito público
O quadro societário é composto apenas por pessoas de direito público, admitindo-se, inclusive, empresas públicas unipessoais, em que o capital seria integralmente de um único sujeito. Não há impedimento à constituição de empresa pública unipessoal, em que todo o capital se encontre em mãos de um único sócio. A alternativa é admitida inclusive no âmbito privado. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) faculta a instituição da subsidiária integral (art. 251), que é uma sociedade anônima cujas ações se encontram na titularidade de uma única sociedade brasileira.

Quando houver vários sócios, será possível reputar que existe uma modalidade de *convênio*, utilizada a expressão para indicar uma opção organizacional entre diferentes sujeitos, voltada à realização de fins de interesse público.

V.8.1.5) e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público

Por fim, a empresa pública não dispõe de poderes regulatórios, não exerce poder de polícia administrativa. Sua atuação é prestacional, podendo envolver a prestação de serviço público ou o desenvolvimento de atividade econômica propriamente dita.

V.8.2) Regime jurídico

O exame do regime jurídico das empresas públicas propicia uma medida aplicável a todas as demais entidades dotadas de personalidade

23. A não ser de competência legislativa. Um Estado-membro não poderia adotar uma forma societária nova, porque não pode legislar sobre direito comercial.

jurídica de direito privado integrantes da Administração Pública. É necessário destacar que a aplicação de técnicas organizacionais próprias da atividade privada levou a multiplicação de entidades estatais modeladas segundo o regime de direito público, mas isso não equivale a afirmar que todas ao regime de direito privado.

exemplos abrangidas totalmente pela legislação legislativa

Y.8.2.1.1. A criação indireta impedito o controle estatal e da própria sociedade sobre sua atuação. Daí a preocupação da Constituição em evitar que a Administração indireta se transforme num meio de fuga ao sistema de limitação do poder.

Y.8.2.1.1.A disciplina constitucional

O art. 37, XIX e XX, da CF/88 disciplina a criação da Administração indireta. O inciso XIX estabelece que apenas a lei específica pode criar e autorizar a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação.

Já o inciso XX complementa a regulamentação sobre o tema, estabelecendo que "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".

Os dispositivos refletem a submissão da organização administrativa estatal ao princípio da legalidade, e importam a impossibilidade de instituição de entidades administrativas sem atos legislativos para respaldá-lo.

Ou seja, o postulado de que a atuação da Administração Pública subordina-se à lei aplica-se não apenas ao desenvolvimento da atividade administrativa propriamente dita, mas também à própria instituição de entidades administrativas.

Y.8.2.1.2.A impossibilidade de autorização indeterminada e ilimitada

Teria pequena relevância a determinação constitucional se fosse facultado instituir entidades com campo de atuação indeterminado ou ilimitado. Ofende a Constituição, por exemplo, uma lei autorizar a criação de sociedade de economia mista para desenvolver "qualquer atividade comercial ou industrial". Isso equivaleria à delegação da competência legislativa para a órbita administrativa. A indeterminação legislativa equivaleria à renúncia do Legislativo ao exercício de competência reservada a ele constitucional e privativamente.

O mesmo raciocínio se aplica — o até com maior razão — à criação de controladas das entidades integrantes da Administração indireta. Se a restrição constitucional fosse aplicável apenas à criação da entidade da Administração indireta, mas não às suas controladas, a restrição constitucional do art. 37, XIX e XX, seria inócua. Teria de haver uma lei para criar a entidade administrativa, mas, a partir daí, ficaria tal entidade liberada para produzir a instituição de tantas sociedades controladas quantas entendesse, com objeto o mais variado, o que seria inadmissível.

A cautela da Constituição refletiu a preocupação em proscurever a utilização ampla e indiscriminada do patrimônio público em empreendimentos ou atividades não autorizados diretamente na Carta nem disciplinados por meio legislativo. A proliferação de empresas controladas das entidades estatais depende de autorização legislativa em cada caso. O mesmo regime constitucional se aplica a propósito da participação de qualquer empresa estatal numa empresa privada.

O tema chegou a ser tratado de passagem pelo STF, ao apreciar a liminar em medida cautelar na ADIn 1.649/DF. Questionavam-se os arts. 64 e 65 da Lei n. 9.478/97, que autorizavam (em termos genéricos) a Petrobras a associar-se majoritariamente ou não a outras empresas.

Reputou-se cabível a autorização legislativa genérica para a constituição de controladas e a participação no capital de empresas privadas. No entanto, esse entendimento relacionou-se com enfoque muito preciso, tal como se pode extrair da ementa da decisão que sublinhou que "A Constituição Federal ao referir-se à expressão *autorização legislativa*, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A *autorização legislativa*, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional de petróleo definida pela Lei n. 9.478/97".

A decisão do STF reputou válida a autorização genérica para a proliferação de entidades se e enquanto tal envolvesse o desempenho da atividade empresarial disciplinada na lei autorizadora. A existência de uma única empresa estatal ou a criação de controladas seria entevada, nessa visão, como opção organizacional de exercício da atividade empresarial autorizada. Ou seja, o STF não reconheceu como válida a autorização limitada para a criação de controladas.

Y.8.2.1.3) A questão da autorização por lei específica

A Constituição exige que a criação seja produzida por meio de lei e faz referência a "cada caso". Isso não significa a necessidade de que a lei autorizadora da criação da entidade seja específica e limitada a dispor sobre

aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria reservada no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea d do inciso XXIII do art. 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas" (ADIn 1.642, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. em 3-4-2008, DJe de 19-9-2008).

"1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, a, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. 2. Ação cível originária julgada procedente" (ACvOr 959, Pleno, rel. Min. Menezes Direito, j. em 17-3-2008, DJe de 16-5-2008).

Jurisprudência do STJ

"(...) II – Sendo a recorrida empresa pública integrante da administração indireta como prestadora de serviços públicos, sem que se apresente, conforme delineado no acórdão recorrido, situação de exploração de atividade econômica, rescai de rigor a aplicação da prescrição quinquenal, conforme o Decreto 20.910/32. III – Agravo regimental improvido" (AgRg no AgRg no REsp 107.526-4/RJ, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 2-12-2008, DJe de 10-12-2008).

"Administrativo. Empresa Pública e Empresa Privada. Locação de Imóvel. CF, arts. 37 e 173, § 1º. Lei 8.666/93 (arts. 1º e 54). Decreto-Lei 200/67. 1. A empresa pública, de finalidade e características próprias, cujos bens são considerados públicos, sujeita-se aos princípios da Administração Pública, que são aplicáveis para as suas atividades-fins, bem distanciado do Direito Privado. A rigor, a sua função administrativa consiste no dever do Estado, com regime jurídico-administrativo, com regras próprias e prevalecentemente de Direito Público. Os contratos que celebra têm por pressuposto lógico o exercício de

função pública. Soma-se que a empresa pública está inserida no capítulo apropriado à Administração Pública (art. 37, CF)" (REsp 206.044/ES, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. Milton Luiz Pereira, j. em 2-5-2000, DJ de 3-6-2002).

V.8.2.2.2) O objeto social e a forma jurídica de direito privado.

A adoção de forma de direito privado é uma imposição necessária quando o Estado exercita atividade econômica em sentido próprio (art. 173, § 1º). Mas a Constituição não esclarece a forma jurídica para a prestação do serviço público pelo próprio Estado.

Esse autor filiou-se ao entendimento de que a prestação direta de serviço público pelo Estado compreende não apenas o desempenho por meio da Administração direta como por via de entidades descentralizadas, inclusive dotadas de personalidade jurídica de direito privado²⁸. Aliás, essa orientação parece ter prevalecido na disciplina adotada pela Lei n. 11.107/2005, que previu que a atribuição à administração indireta da prestação de serviços públicos far-se-á, em princípio, por uma via específica e diferenciada (consistente no chamado *contrato de programa*).

V.8.2.2.3) A dissociação absoluta entre atividades: a qualificação da entidade

Esse cenário conduziu a doutrina a agrupar as entidades da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado em dois grandes grupos. A partir do exame da natureza de suas atribuições, costumam-se distinguir as entidades estatais ou como *prestadoras de serviços públicos* ou como *exploradoras de atividade econômica*²⁹.

A distinção é extremamente importante, porque reflete a submissão a regimes jurídicos distintos e permite identificar, de modo imediato, o conjunto de princípios e regras aplicáveis à atuação de cada entidade. Como exemplo, o TCU reconheceu não ser obrigatória a licitação para os contratos relacionados a atividades-fim de empresas estatais exploradoras de atividade econômica³⁰. Apontando a submissão dessas entidades ao

28. Para aprofundar o tratamento do tema, consulte-se Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 117 e s., no qual há indicação, inclusive, da doutrina (majoritária) que adota entendimento idêntico.

29. Reitere-se a advertência anterior, no sentido de que existem pessoas administrativas destinadas a prestar suporte aos demais entes estatais. O regime jurídico dessa categoria é o mesmo das entidades prestadoras de serviço público.

30. Acórdão n. 121/98 — Plenário, disponível no site do TCU.

mesmo regime das empresas privadas, o Tribunal afastou a necessidade de licitação nas operações "de mercado" praticadas pela referida categoria de empresa estatal³¹.

V.8.2.2.4) A ampliação da complexidade da atuação estatal
Ocorre que, já há algum tempo, a ampliação da complexidade da organização econômica e a busca de novas oportunidades de negócios conduziram ao surgimento de situações mistas³². Começou-se a verificar o exercício cumulativo por uma única e mesma entidade administrativa de atividades de serviço público e de natureza econômica em sentido próprio. Assim e se modelando pelo figurino das empresas privadas, as entidades estatais começaram a alterar seu foco de atuação, na tentativa de obter novos negócios. Tal se pôs especialmente com as prestadoras de serviço público, que vislumbraram na abertura dos mercados antes monopolizados uma oportunidade de novos negócios.

Enfim, o tema do regime jurídico para entidades estatais que desempenham atividades heterogêneas mereceu atenção do próprio STF, em um julgado interessante. Apreciando o RE 229.696, o Supremo Tribunal discutiu o regime jurídico aplicável à Empresa de Correios e Telégrafos, entidade que originariamente se dedicava apenas ao serviço público postal, mas que passou a desenvolver ampla gama de atividades, grande parte das quais em competição com a iniciativa privada. Chegou-se a questionar a divisibilidade das operações, para subordinação a regime jurídico distinto de acordo com a natureza das atividades consideradas. Acabou por se reputar inviável, sob o prisma prático, a solução da dissociação de regimes jurídicos para uma única e mesma entidade.

Observe-se que a discussão envolvia, de modo específico, a possibilidade de penhora dos bens da ECT. Na sua conclusão, o STF afirmou que a natureza pública das atividades postais impossibilitava a apreensão dos bens da ECT. No acórdão, prolatado por maioria de votos, consta passagem em

31. O autor expôs a questão em *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 27 e s. O TCU adotou idêntico entendimento no Acórdão 6.242/2003 — Plenário, quanto à contratação pelo Banco do Brasil de seguro de penhor rural sem realização de licitação, inserindo-se na atividade-fim das instituições financeiras. Confira-se o exame do tema no Capítulo VIII.

32. Para um aprofundamento dessa análise, confira-se do autor "Empresas estatais e a superação da dicotomia 'prestação de serviço público/exploração da atividade econômica', constante em *Estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.), São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423.

que se afirma: "Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância do regime de precatório, sob pena de vulneração do art. 100 da Constituição Federal"³³.

Em julgado mais recente, outra vertente do tema foi examinada pelo STF. No julgamento do RE 527.137-PR discutiu-se a natureza da relação jurídica entre a ECT e as construtoras prestadoras de serviços para construção de novas agências dos Correios. De acordo com o STF, em que pese ser a ECT empresa pública exploradora de atividade econômica, deve-se afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em razão do regime jurídico de direito administrativo³⁴.

Produz-se, então, a **acumulação** de atividades de distinta natureza por uma única e mesma entidade. Torna-se problemático afirmar que a sociedade estatal desempenha apenas serviço público ou somente atividade econômica em sentido restrito. É difícil uma entidade exploradora de atividade econômica assumir a prestação de serviço público. Mas a situação inversa não é tão rara, uma vez que a liberdade de empresa dá oportunidade à ampliação da atuação estatal, fundamentada no art. 11 da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95)³⁵.

Outro exemplo de atuação heterogênea é a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeronáutica — Infraero, que é encarregada da gestão de diversos aeroportos comerciais brasileiros. Num aeroporto se desenvolvem tanto atividades de serviço público (relativas à movimentação de aeronaves, passageiros e cargas) quanto de atuação empresarial (comércio e serviços). Nos últimos anos, a receita auferida com os centros comerciais vem ultrapas-

33. RE 220.906/DF, Plenário, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 16-11-2000. DJ de 14-11-2002.

34. Lê-se no acórdão que, "Por força do inciso XVI do art. 37 da Constituição, o poder público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras e sim ao regime próprio previsto na lei das licitações, no caso o Decreto-Lei 2.300/86, vigente na época da contratação sub judice, e anualmente a Lei 8.666, de 21.06.1993, mesmo em se tratando de empresa pública que explore atividade econômica, como é o caso dos Correios". A referência à exploração de atividade econômica deve ser entendida em termos, já que o próprio STF não definiu, de modo definitivo, o referido tema.

35. O dispositivo estabelece que, "No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas...".

providências necessárias para evitar sua insolvência. Se não o fizer, deverá arcar com os prejuízos acarretados a terceiros, caracterizando-se sua responsabilidade civil extrac contratual.

O art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas consagra formalmente essa solução a propósito das sociedades de economia mista³⁶. A disposição foi revogada pela Lei n. 10.303/2001, sem maior justificativa. A revogação não acarretou consequência de aplicação da falência às sociedades de economia mista, porque a disciplina falimentar é incompatível com a natureza nominalista da Administração indireta. Deixar de existir o dispositivo não acarretará efeitos mais significativos³⁷.

A solução foi mantida pela nova legislação pertinente à insolvência, a Lei n. 11.101/2005 determinou, no art. 2º, I, que a sua disciplina não é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Jurisprudência do STJ

"1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei n. 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC. 2. Por isso, esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução da atividade-firm (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como ocorre no caso)" (AgRg no REsp 107.073-5/RS, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18-11-2008, DJe de 15-12-2008).

36. O dispositivo linha a seguinte redação: "As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações".

37. Com o maior respeito, defender a submissão das empresas estatais ao regime falimentar apenas pode derivar do desconhecimento quanto às peculiaridades correspondentes, que são absolutamente incompatíveis com a disciplina de direito público. Basta lembrar que a administração da massa falida incumbe ao síndico, que será nomeado preferencialmente entre os credores. É evidente a impossibilidade jurídica de o patrimônio de uma entidade estatal ser gerido por um credor privado. Até é possível que, no futuro, cogite-se de uma solução para a insolvência de empresas estatais. Mas isso exigirá uma espécie de "falência especial", diversa daquela aplicável às empresas privadas.

V.9) As sociedades de economia mista

As sociedades de economia mista destinam-se a formalizar a associação entre capitais públicos e privados, para um empreendimento conduzido sob a orientação do Estado.

V.9.1) Definição

Segundo o Decreto-lei n. 200, sociedade de economia mista é "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 a entidade da administração indireta" (art. 5º, III).

Prefere-se afirmar que *sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público*.

V.9.1.1) A sociedade de economia mista é uma sociedade anônima

Tal como as demais empresas estatais, a sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado³⁸. Para ser mais preciso, é uma sociedade anônima, tal como definida no art. 1º da Lei n. 6.404/76. Esse diploma estatui que a sociedade anônima é uma sociedade cujo capital é dividido em ações e em que a responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Uma sociedade anônima é um instrumento capitalista para operação empresarial. Caracteriza-se como uma "sociedade de capital", o que significa que o vínculo societário não se funda na chamada *affection societatis* — expressão que indica uma relação subjetiva de confiança que vincula em termos personalíssimos os sócios. A identidade dos demais sócios é irrelevante na sociedade anônima, uma vez que o fundamental é a aplicação de recursos econômicos para certo empreendimento. Isso é possível porque cada sócio somente pode ser responsabilizado pelo preço de emissão³⁹ das ações de que é titular.

38. Logo, a participação de capital público na sociedade de economia mista não implica estender as prerrogativas de direito público a elas. "Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar o conflito" (Súmula 224 do STJ), mas a questão ainda comporta alguma dúvida.

39. Preço de emissão é o valor financeiro estabelecido para a aquisição da ação perante a companhia. A expressão não é sinônima de "valor patrimonial".

Mais ainda, a ação é um valor mobiliário. Isso significa que a ação possui valor econômico em si mesma, o que permite sua negociação sem a necessidade de concordância dos demais sócios⁴⁰.

V.9.1.2) *Sujeita a regime diferenciado*

Mas a sociedade de economia mista não é uma sociedade cujo regime jurídico seja integralmente aquele de uma sociedade anônima comum. Há regras específicas e diferenciais, relacionadas com sua natureza estatal. Veja-se que a própria Lei das S/A alude às sociedades de economia mista, indicando regime anômalo, como se vê nos arts. 235 a 241.

No entanto, o regime jurídico das sociedades anônimas se aplica à sociedade de economia mista, naquilo em que não tiver sido excepcionado. Assim, aplicam-se as regras pertinentes a abuso de poder de controle. Se o Estado adotar práticas destinadas a prejudicar os sócios minoritários, a solução jurídica será a mesma aplicável a uma sociedade privada: o abuso de poder de controle não é legitimado porque praticado por uma pessoa estatal. O mesmo se passa com a pretensão de valer-se de aumento de capital para diluir injustificadamente a participação societária dos minoritários.

Talvez se possa afirmar que a sociedade de economia mista é uma sociedade anônima que se diferencia pela ampliação dos instrumentos de limitação de poder dos sócios controladores.

V.9.1.3) *sob controle de entidade estatal*

A sociedade de economia mista é um ente de natureza associativa, cujo patrimônio é composto por contribuições de diferentes sujeitos, destinando-se a promover a associação entre poder público e iniciativa privada. A sociedade de economia mista comporta sócios privados.

Daí não se segue afirmar que toda sociedade de economia mista tenha sócios privados. A associação entre capitais públicos e privados é uma incógnita, que nem sempre é previsível por ocasião da outorga da autorização para constituição da sociedade. Por isso, a participação de sócios privados pode nunca vir a ocorrer.

Mas o poder de controle deve estar em mãos estatais. O poder de controle é definido pela Lei das S/A. Os arts. 116 e 243, § 3º, formulam definições similares. Aquele artigo considera como acionista controlador "a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de

⁴⁰ O que não impede que o estatuto contemple restrições à livre circulação das ações, quando diretas de preferência na sua aquisição, por exemplo.

voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia".

O poder de controle consiste no poder jurídico de determinar o destino da sociedade, o que se traduz na eleição da maioria dos administradores da companhia, submetendo-os à observância de diretivas e orientações.

Não é incompatível com a noção de sociedade de economia mista que haja controle conjunto com sujeitos privados. Assim, é perfeitamente válido que o Estado promova acordo de acionistas com um ou mais particulares, disciplinando o exercício do direito de voto. O fundamental será que esse acordo de acionistas não resulte na eliminação do poder de o Estado eleger a maioria dos diretores ou a imposição de orientação ao funcionamento dos órgãos societários.

Jurisprudência do STJ

"(...) 3. Inexiste óbice a que Estado-membro da Federação autorize, por intermédio de Lei Estadual, a criação de sociedade de economia mista estadual, uma vez que o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal não faz qualquer ressalva à norma geral contida no caput do mesmo artigo, que se refere expressamente à administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (REsp 642.324/SC, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 12-9-2006, DJ de 26-10-2006).

V.9.1.4) *cujos objetos social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público*

Aplicam-se à sociedade de economia mista as considerações realizadas a propósito da empresa pública, no tocante à natureza prestacional de sua atividade social. A atuação deverá enquadrar-se nos limites do serviço público ou de uma atividade econômica em sentido próprio.

V.9.2) Regime jurídico

Em princípio, as considerações acima realizadas a propósito da empresa pública aplicam-se à sociedade de economia mista. Isso não significa que o regime jurídico de ambas as figuras seja necessariamente idêntico. Há uma diferença marcante entre elas.

A empresa pública é, por inerência, uma instituição exclusivamente estatal. Ainda quando se admita a participação de uma pluralidade de sócios em seu capital, haverá apenas e exclusivamente capitais públicos aplicados para a constituição da empresa pública. Já uma sociedade de economia mista também pode ser formada apenas por sócios integrantes da órbita estatal. Mas isso não é necessário, já que empreendedores privados podem deter participação societária. Tal como acima destacado, o controle da sociedade de economia mista deverá ser mantido com uma entidade estatal.

Quando houver sócios privados participando da sociedade de economia mista, o regime jurídico será afetado. Quando o quadro societário da sociedade de economia mista for composto também por sócios privados, aplicar-se-á o seu cunho empresarial especulativo. Assim se passará inclusive em virtude das normas gerais de direito societário, que impõem aos administradores o dever de respeitar igualmente os interesses de todos os sócios (inclusive dos minoritários). Suponha-se, por exemplo, uma sociedade de economia mista de capital aberto (cujas ações são negociadas em bolsas de valores e mercado de balcão). É problemático afirmar que os fins buscados por essa entidade seriam essencialmente administrativos.

Essa questão pode ser examinada a propósito da concepção de que as empresas estatais não atuam visando lucro. Essa é uma construção desvinculada do direito positivo, que não consagrou essa orientação.

É evidente que todas as organizações estatais, qualquer que seja a sua forma, têm o dever de ampliar a sua eficiência operacional. O regime republicano impõe à Administração Pública que reduza ao mínimo os gastos e amplie ao máximo as vantagens. A atuação ineficiente e não lucrativa representa um mecanismo de transferência de benefícios patrimoniais do Estado para determinados grupos, o que pode ser admitido, mas apenas mediante uma explícita decisão legislativa. Trata-se de uma manifestação da prerrogativa estatal de praticar atos de liberalidade: somente admissível quando a Nação assim o autorizar, por meio de lei.

A aplicação pelo Estado de recursos públicos numa empresa dotada de personalidade jurídica de direito privado não se destina, em princípio, a estabelecer uma alternativa não lucrativa para a atuação empresarial. Quando adota forma empresarial, o Estado tem o dever de nortear a sua atividade segundo os parâmetros próprios da eficiência preconizada no âmbito da iniciativa privada. No entanto, autorização legislativa pode conduzir a liberalidades em favor de certos grupos, na medida em que tal seja compatível com a Constituição.

No entanto, há duas situações em que não se admite a atuação não lucrativa. A primeira se configura nos casos de competição com particulares. Se o Estado se dispuser a atuar num setor em que exista a livre concorrência, será imperioso que norteie a sua atividade pelos preceitos da mais ampla eficiência. Assim se impõe para evitar que o Estado destrua os competidores privados. Tal se passaria quando o Estado praticasse preços reduzidos e mínimos, angariando clientela às custas de seu próprio prejuízo. O resultado seria a inviabilidade econômica dos competidores privados, os quais não dispõem de condições para arcar com prejuízos em termos equivalentes ao que se passa com o Estado.

A segunda situação relaciona-se com as sociedades de economia mista. Se o Estado recorrer aos particulares para captar recursos para a exploração de uma atividade empresarial, acenando com o retorno de lucros, ser-lhe-á vedado ignorar os interesses dos particulares aos quais se associou.

Jurisprudência do STF

"(...) 2. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas — art. 173, § 1º, II, da CB/88 — não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI 680.939 – AgRg, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 27-11-2007, *De* de 1-2-2008).

Jurisprudência do STJ

"1 – O Banco de Brasília, sociedade de economia mista, conforme art. 4º, alínea c, do Decreto-Lei n. 200/67, é órgão da Administração Pública Indireta e, como órgão desta categoria, para adquirir bens e contratar obras e serviços de terceiros, deve sujeitar-se à realização de licitação pública, conforme dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal. II – Dessarte, os atos administrativos praticados por entidades de economia mista, sujeitos ao disciplinamento da Lei n. 8.666/93, são tidos como atos de 'autoridade', sendo passíveis de serem controlados mediante a via mandamental" (REsp 470.329/DF, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 20-4-2006, *DJ* de 15-5-2006).