

Alexandre Santos de Aragão

Curso de

# DIREITO ADMINISTRATIVO

Abordagem completa da disciplina. Inclui capítulos sobre:

- Defesa da Concorrência (conforme a nova Lei do CADE)
- Agências Reguladoras
- Regime Diferenciado de Contratações Públicas
- Processo Administrativo

2.<sup>a</sup> edição

revista, atualizada  
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2013 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafator o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

A671c

Aragão, Alexandre Santos de  
Curso de direito administrativo / Alexandre Santos de Aragão. – 2.ed. rev., atual. e ampl.  
Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ISBN 978-85-309-4582-4

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

11-5165.

CDD: 349.2(81)  
CDU: 34:665.5

## CAPÍTULO V

# ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

**Sumário:** V.1 - Funções administrativas e federação - V.2 - Pessoas jurídicas no direito público - V.3 - Organização administrativa na Constituição - V.4 - Princípios da organização do Poder Executivo: V.4.1 - Hierarquia; V.4.2 - Discricionariedade; V.4.3 - Especialidade; V.4.4 - Planejamento - V.5 - Descentralização e desconcentração administrativa - V.6 - Teoria dos órgãos - V.7 - Competências administrativas - V.8 - Tutela administrativa - V.9 - Administração direta e indireta - V.10 - Entidades da administração indireta: V.10.1 - Autarquias; V.10.2 - Fundações públicas; V.10.3 - Empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista); V.10.4 - Empresas estatais subsidiárias; V.10.5 - Consórcios públicos - V.11 - Participação do Estado em pessoas privadas não integrantes da administração indireta: V.11.1 - Empresas privadas com participação minoritária do Estado (empresas público-privadas); V.11.2 - Participação do Estado em entidades privadas sem fins lucrativos - V.12 - Agências executivas.

### V.1 - FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS E FEDERAÇÃO

Em um Estado federativo (art. 1º; *caput*; art. 18, *caput*, CF/88), há diversas esferas territoriais de poder político - a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios -, que não são soberanas, já que a soberania, enquanto poder ilimitado, enquanto "competência das competências", é privativa da Federação como um todo (República Federativa do Brasil), não de cada uma de suas esferas parciais.

Havendo a Constituição adotado a forma federativa de Estado, apenas a República Federativa do Brasil possui soberania. Os entes parciais da Federação, ou seja, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, possuem apenas autonomia política. O conceito de autonomia é, ao contrário da soberania, limitado, consistin-

do na capacidade de agir livremente dentro do círculo de atribuições previamente traçadas por um poder superior, no caso, o próprio constituinte.

A inclusão dos municípios no rol dos entes da Federação brasileira merece uma pequena digressão. Antes da Constituição de 1988, que o afirmou de modo expresso (por exemplo, nos arts. 1º e 18), já havia autores, como HELY LOPES MEIRELLES,<sup>1</sup> que sustentavam que os municípios eram entes federativos. Por outro lado, JOSÉ AFONSO DA SILVA e JOSÉ NILO DE CASTRO, mesmo depois da inclusão expressa dos municípios no rol dos entes federativos, entendem que, por motivos históricos e jurídicos, independentemente da letra da Constituição, não há como concebê-los como entes federativos, já que a Federação seria, por definição, composta apenas de Estados-membros.

O fato é que, independentemente de filigranas doutrinárias, a Constituição de 1988 fortaleceu os municípios de forma inédita na história brasileira, incluindo-os expressamente, junto com a União, o Distrito Federal e os estados, entre os entes integrantes da Federação brasileira (arts. 1º e 18).

É garantida pela Constituição aos entes da Federação autonomia político-eleitoral (eleição dos seus dirigentes pelos cidadãos domiciliados em seu território), normativa (competências legislativas próprias) e administrativa (autogestão).

Cada ente da Federação tem competência para exercer funções administrativas exógenas (atividades administrativas-fim), perseguindo a realização de determinadas finalidades públicas no seio da sociedade (assim, por exemplo, o ente federativo possui competência para prestar serviços educacionais, realizar atividades destinadas a preservar o meio ambiente, fiscalizar atividades privadas, financiar manifestações culturais). Também terão competência para exercer suas funções administrativas endógenas (atividades administrativas-meio), gerindo internamente seus serviços, bens e pessoal. É importante lembrar que a existência de autonomia administrativa nas atividades-meio é condição para o exercício de todas as demais autonomias.

Sendo o Brasil uma República Federativa, com esferas territoriais de poder autônomas, e sendo a Administração Pública o instrumento por excelência de atuação concreta do poder político, cada uma dessas esferas possui sua própria administração. A capacidade de se autoadministrar (autonomia administrativa) com base em normas elaboradas por si mesmo (autonomia normativa) é requisito da autonomia política dos entes da Federação, o que não ilide, contudo, a aplicação de algumas

---

<sup>1</sup> Op. cit.

normas uniformemente impostas pela Constituição a todos os entes, casos em que a Constituição autoriza expressamente o legislador federal a atuar como "legislador nacional", geralmente expedindo as normas gerais de determinadas matérias (assim, por exemplo, a Constituição da República autoriza o legislador federal, nos termos do art. 22, XXVII, a estabelecer as normas gerais de "licitações e contratos públicos", aplicáveis a todos os entes federativos).

Cabe aqui recordar a diferença entre competências legislativas e materiais, estas relacionadas às atividades administrativas de cada ente.

Quanto às competências materiais, há atividades que a Constituição confere especificamente à União (ex.: telecomunicações), aos Estados (ex.: distribuição de gás canalizado) ou ao Município (ex.: transporte de passageiros). Outros serviços são genericamente do Município, quando de interesse predominantemente local, ou do Estado, no exercício da sua competência residual - art. 25, § 1º, CF (ex.: serviços intermunicipais de transporte de passageiros). Não podemos esquecer também as amplas competências administrativas que a CF confere, de maneira comum, a todos os entes da Federação (art. 23 da CF/88 - a proteção do meio ambiente, por exemplo, é atribuição comum a todas as esferas federativas, existindo entidades e órgãos federais, estaduais e municipais dedicados a essa atividade). Nem sempre, entretanto, a identificação da competência é fácil: um bom exemplo são as discussões sobre a competência material dos serviços de água e de esgoto, que ainda aguarda a definição do STF.

Quanto às competências legislativas - de editar normas -, a Constituição enumera algumas competências privativas da União (art. 22) e dispõe que incumbirá ao Município legislar sobre o que for de interesse predominantemente local. O conceito jurídico "interesse predominantemente local" é indeterminado, ainda que possua margens extremas de exclusão (situações que obviamente não dizem respeito, apenas, ao interesse do Município, como a fixação das taxas de juros) e de inclusão (circunstâncias que ninguém duvidaria ser de interesse predominantemente local, a exemplo a disposição das lombadas nas ruas internas do centro da cidade). Vale indicar, ainda, na linha do preconizado por HELY LOPES MEIRELLES,<sup>2</sup> que se está tratando, aqui, de grau ou de predominância, pois seria muito difícil encontrar matéria cujo interesse seja exclusivamente local.

Ao Estado-membro cabe a competência legislativa residual e a expedição de normas específicas das matérias enumeradas no art. 24, cujas normas gerais cabem

<sup>2</sup> Op. cit.

à União. Ausente uma lei, editada pela União, que trate das normas gerais de uma das matérias constantes do art. 24, o Estado poderá legislar também sobre normas gerais, as quais naturalmente restarão circunscritas ao espaço territorial daquele estado, até que surja lei nacional geral da União.

## V.2 - PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PÚBLICO

Para que o modelo federativo se efetive, cada uma das esferas territoriais de poder traçadas pela Constituição deve ser capaz de adquirir direitos e obrigações, possuindo, portanto, personalidade jurídica.

No Direito, além das pessoas físicas, podem adquirir direitos e obrigações as pessoas jurídicas, que são criações do ordenamento jurídico, que atribui a entes sociais em geral a capacidade de atuar no mundo jurídico e, no direito público, há a personificação dos entes políticos integrantes da Federação. VICENTE RÁO destaca inclusive que a noção de pessoa jurídica surgiu no Direito Público Romano.

A personalidade jurídica existe para os entes que têm interesses autonomizados em relação aos interesses parciais dos indivíduos que o formam. No Direito Público, como o interesse público não se confunde com a soma dos interesses dos membros da coletividade, essa autonomização e conseqüente personificação são imprescindíveis.

E mais: como os interesses públicos são, no mundo contemporâneo, múltiplos e variados, nada mais natural que existam diversas pessoas jurídicas estatais. A personificação de entidades estatais pode se dar no nível constitucional (é o caso dos entes federativos, que são criados diretamente pela Constituição), em nível legal imediato (as autarquias são imediatamente criadas por lei constitutiva específica) ou em nível legal mediato, vez que apenas autorizada por lei (as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista têm sua criação apenas autorizada por lei, mas a criação propriamente dita ocorre com o registro de seus atos constitutivos no registro civil ou na junta comercial).

O art. 13 do antigo Código Civil, editado no início do século passado, mencionava, como pessoas jurídicas de Direito Público, apenas os entes da Federação. O Código Civil atual já acertadamente incluiu também, como há muito já assente na doutrina, as autarquias.<sup>3</sup> Todas as demais pessoas jurídicas são de Direito privado,

<sup>3</sup> Refere-se também às associações de caráter público, a exemplo das autarquias corporativas – conselhos profissionais.

inclusive as sociedades de economia mista e empresas públicas, havendo, portanto, pessoas de Direito privado integrantes da Administração Pública.

A necessária existência de uma estrutura administrativa em cada ente da Federação revela uma divisão vertical da Administração Pública brasileira (uma Administração de cada ente da Federação). Além dessa divisão vertical, cada estrutura administrativa federada possui também uma divisão horizontal (Administração Direta e entidades da Administração Indireta em cada esfera federativa). Temos, portanto, uma descentralização territorial política, entre os entes da Federação; e, no nível interno de cada um desses entes, uma descentralização administrativa, criada ou autorizada por leis (e não mais diretamente pela Constituição), com a distribuição de algumas das funções constitucionais do ente federado para pessoas jurídicas dele distintas e por ele controladas e criadas especificamente para determinado fim (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). É com a descentralização político-territorial que nasce a Federação; e é com a descentralização administrativa que nasce a Administração Pública indireta.

### V.3 - ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO

É dentro da concepção federativa de Estado e da separação de Poderes que a CF/88 organiza a Administração Pública brasileira, dedicando todo o Título III à "organização do Estado", no qual reparte as competências legislativas materiais e legislativas entre os entes da Federação, dedicando também todo o Capítulo VII à Administração Pública.

O Título IV da Constituição da República, dedicado à "Organização dos Poderes", também é de grande relevância para o Direito Administrativo Organizacional, especialmente seu Capítulo II, que estabelece a estrutura básica e as competências enfeixadas no Poder Executivo, o que, em razão do princípio da simetria, aplica-se aos demais entes da Federação no que couber.

A Administração Pública possui uma estrutura organizacional, encabeçada pelo Chefe do Poder Executivo, coadjuvado pelos Ministros de Estado (nos âmbitos estadual e municipal, pelos Secretários).

Ao Chefe do Poder Executivo compete exercer a direção superior da Administração Pública (art. 84, II), cabendo aos Ministros auxiliá-lo nessa função, orientando, coordenando e supervisionando os órgãos e entidades da Administração Pública afetos à sua área de competência (art. 87).

Além das normas constitucionais sobre a organização da Administração Pública, cada ente federativo possui, como requisito e manifestação da sua autonomia, a competência de editar normas sobre a própria organização (auto-organização),

ressalvando-se alguns casos em que a Constituição prevê a edição de normas gerais pela União (por exemplo: as Juntas Comerciais são entidades da Administração Indireta dos Estados, mas as normas gerais sobre seu funcionamento, a teor do art. 24, III, incumbem à União).

Outra forma de heteronormatização organizacional é a criação, pela União, de regiões compostas de vários estados (art. 43), e a criação, pelos estados, de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, compostas por municípios limítrofes (art. 25, § 3º). Em ambos os casos, a criação desses mecanismos territoriais de organização administrativa deve ser feita por lei complementar, federal no primeiro caso, estadual no segundo. Esses grupamentos administrativos, constituídos sob a égide de lei complementar do ente geograficamente mais abrangente, possuem contornos ainda bastante discutidos, mas a conjugação de esforços e a coordenação de atividades não podem ser levadas a extremos que esvaziem a autonomia dos entes federativos.

#### **V.4 - PRINCÍPIOS DA ORGANIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO**

Da organização constitucional da Administração Pública podemos inferir alguns princípios e poderes, alguns deles explicitados na CF/88 ou nela implícitos, outros de sede legal ou de criação doutrinária. Vejamos:

##### **V.4.1 - Hierarquia**

A Constituição da República estrutura a administração dos entes federativos de forma predominantemente hierárquica, partindo do Chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares diretos (Ministros, Secretários de Estado e Secretários Municipais).

Ao Chefe do Poder Executivo compete exercer a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, da Constituição da República), cabendo aos Ministros auxiliá-lo nessa função, orientando, coordenando e supervisionando as entidades da Administração Pública afetas à sua área de competência (art. 87). Cada Ministério possui também superintendências, departamentos, coordenadorias, seções etc., a ele subordinadas hierarquicamente de modo imediato e mediatamente subordinadas ao Presidente da República. Na Administração Direta temos, portanto, uma série de órgãos desconcentrados, mas todos (há exceções, constitucionais e legais, que fazem com que a competência de certos órgãos seja insubordinável, como veremos a seguir) integrados na mesma linha hierárquica que leva, no final, ao Chefe do Poder Executivo.

Na hierarquia, a competência do agente superior abrange a competência dos agentes a ele subordinados. A competência dos subordinados é, em última análise, competência do seu superior; está contida nela, o que legitima os amplos poderes do superior sobre as funções exercidas por seus subordinados.

Apesar de a nossa Constituição haver adotado o modelo hierárquico de Administração Pública, a hierarquia deve ser exercida na forma da lei, que pode limitar algumas das prerrogativas hierárquicas dos superiores hierárquicos, inclusive do Chefe do Poder Executivo, desde que deixe um núcleo essencial que o possibilite exercer “a direção superior da administração federal” (art. 84, II, CF). Assim, por determinação legal, a autoridade superior pode homologar, anular ou revogar uma licitação, mas não pode avocar a competência da Comissão de Licitação para ele próprio julgá-la.

Ademais, a própria previsão constitucional da Administração Indireta e de suas entidades (por exemplo, no *caput* do art. 37) constitui uma exceção à hierarquia do Chefe do Poder Executivo, já que a relação que com ele mantém não é ontologicamente dessa natureza, mas de supervisão, como será detalhado mais adiante. É que as pessoas jurídicas da Administração Indireta são, pelo próprio fato de possuírem personalidade jurídica, conceitualmente autônomas, ainda que a intensidade dessa autonomia possa variar de acordo com a lei instituidora.

A hierarquia, quando existente em sua plenitude, compreende os seguintes **poderes do superior hierárquico**:

- 1) Ordenação: Repartição e escalonamento das funções dos órgãos e agentes subordinados.
- 2) Coordenação: Entrosar as funções, para que sejam desempenhadas harmonicamente. A coordenação é prevista no art. 6º, II, do Dec.-Lei n. 200/67 como um dos princípios da Administração Pública federal.
- 3) Controle: Velar pelo cumprimento da lei e do interesse público, acompanhando também a eficiência de cada servidor. O controle também é previsto no art. 6º, V, do Dec.-Lei n. 200/67 como um dos princípios da Administração Pública federal. A sua expressão mais intensa é o poder disciplinar do superior sobre os subordinados.
- 4) Correção e Revisão: Dentro dos limites legais, o superior hierárquico deve invalidar ou revogar os atos de seus subordinados em caso, respectivamente, de ilegalidade ou de incompatibilidade com o interesse público.
- 5) Poder de dirimir conflitos de competência entre os subordinados: O superior hierárquico deve solucionar eventuais conflitos positivos (dois ou mais subordinados se consideram competentes) ou negativos (os possíveis praticantes

do ato administrativo se declaram incompetentes para tal). A resolução de conflitos de competência não deixa de ser uma forma de exercício do poder de coordenação, só que exercido depois que a polêmica já se instaurou (a coordenação, em princípio, buscaria evitar o conflito).

- 6) Poder de delegar e de avocar competências, nos termos da lei. Considerando a importância e a abrangência desses poderes, que possuem inclusive regulamentação legal específica, dedicaremos especial atenção a eles.

A delegação é a transferência de atribuições para agente subordinado. O ato de delegação deve delimitar claramente seu objeto e estar previamente autorizado por norma jurídica. Caso não haja indicação de prazo, a delegação vale até sua revogação. Nos arts. 6º, IV, 11 e 12 do Dec.-Lei n. 200/67, a “delegação de competência” é prevista como um dos princípios da Administração Pública federal, como um instrumento da desconcentração (chamada equivocadamente de descentralização pelo Dec.-Lei n. 200).

A delegação é em princípio inerente à hierarquia. Onde não há qualquer hierarquia, como, por exemplo, no exercício das funções jurisdicionais pelo Judiciário, não é possível a delegação: um desembargador não pode delegar sua atribuição de conhecer e julgar recursos em favor de um juiz de primeira instância. Como emana do poder hierárquico, a assunção do exercício das competências delegadas não pode ser recusada pelo subordinado delegatário. A delegação pode ser revista a qualquer tempo, e a autoridade delegante não perde a competência de, ela própria, também exercer a competência delegada, que não é suspensa pela delegação (art. 2º, parágrafo único, Decreto n. 83.937/79).

Se norma jurídica confere competência específica a uma determinada autoridade administrativa – a chamada competência privativa –, ela não pode ser delegada, salvo autorização de norma de mesma hierarquia. Por isso, são as atribuições genéricas que, em regra, são delegáveis. Assim, por exemplo, quando a Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) estabelece que compete ao Conselho Diretor da ANATEL aprovar o regimento interno da entidade (art. 22, X), essa competência não pode ser delegada a outra unidade da agência. Tal proibição, aliás, consta expressamente do art. 13, III, da Lei federal n. 9.784/99, que veda as delegações de atos “de competência exclusiva do órgão ou da autoridade”.

A delegação pressupõe a possibilidade de subdelegação, salvo se do ato de delegação se extrair o contrário (art. 6º, Decreto Federal n. 83.937/79).

Na impetração do mandado de segurança, a autoridade coatora, dotada de legitimidade passiva, é o agente delegatário, não o delegante (Súmula n. 510 do

STF), já que as decisões adotadas por delegação são tidas por aquele praticadas (art. 14, § 3º, Lei n. 9.748/99).

Os arts. 11 a 14 da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei n. 9.784/99, adotam os traços doutrinários básicos acima indicados. O órgão ou o titular poderão delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, salvo impedimento legal (art. 12), desde que tal competência não seja exclusiva, normativa ou relativa à decisão de recursos administrativos (art. 13), devendo os atos de delegação ser publicados em meio oficial (art. 14). A Lei do Processo Administrativo Federal ainda menciona, no art. 12, que a delegação pode se dar entre autoridades entre as quais não haja relação hierárquica, circunstância que já era possível desde o art. 3º do Decreto federal n. 9.784/99 ("a delegação poderá ser feita a autoridade não diretamente subordinada ao delegante"). Isso não significa que seja possível delegar atribuições a órgãos e entidades em relação aos quais inexista qualquer tipo de ponto de contato hierárquico - digamos, do Presidente da República para um ministro do STF -, mas, tão somente, que a delegação pode ser aplicada, inexistindo vedação legal, entre autoridades em que não há vínculo hierárquico direto (por exemplo, de um ministro de Estado para o presidente de uma autarquia vinculada à sua pasta: não há controle hierárquico, mas a delegação pode ser possível; ou entre agentes que não têm hierarquia entre si, mas possuem um chefe hierárquico comum). Nesses casos - em que não houver hierarquia direta - entendemos que, ao contrário do que se dá nas delegações propriamente ditas, a autoridade virtualmente delegatária pode ou não aceitar a delegação, com o que essa se assemelhará materialmente muito mais a um convênio de cooperação do que a uma delegação propriamente dita.

Já a avocação, instituto simétrico ao da delegação, é o chamamento a si de competência originariamente conferida a agente hierarquicamente inferior (art. 15, Lei do Processo Administrativo Federal). Só se justifica em caráter excepcional, por motivos relevantes e em caráter temporário. A avocação também não é compatível com estruturas funcionais em que inexista qualquer hierarquia ou supervisão.

Casos há em que a lei fixa, de modo privativo, a competência de órgãos, setores e agentes, casos em que não poderão ser avocadas: por exemplo, a autoridade administrativa máxima de uma autarquia pode homologar, anular ou revogar uma licitação, mas não pode avocar a competência específica da Comissão Permanente de Licitação para habilitar os licitantes.

Uma vez concretizada a avocação, o subordinado, titular original da competência, exonera-se de qualquer responsabilidade pelos atos que vierem a ser praticados pelo superior hierárquico avocante. Qualquer impugnação deve dirigir-se à autoridade avocante, que é quem efetivamente praticou o ato.

#### V.4.2 - Discricionariedade

É a margem de apreciação por vezes dada pelo ordenamento jurídico à autoridade administrativa para que defina o conteúdo do ato mais apto a atingir a finalidade por ele visada. A discricionariedade é a relativa liberdade de escolha entre várias opções, todas elas legais.

A discricionariedade será tratada, em detalhe, dentro do capítulo dedicado aos atos administrativos. A menção a ela, nesse momento, tem o propósito de destacar o grande poder discricionário que os superiores hierárquicos possuem na organização dos órgãos e servidores a ele subordinados, discricionariedade que foi aumentada pela Emenda à Constituição n. 32/01, que, ao retirar a exigência de que o Chefe do Executivo dispusesse acerca da organização e do funcionamento da Administração Pública “na forma da lei” (art. 84, VI), determinou que toda essa matéria fosse disposta diretamente por meio de decreto.

#### V.4.3 - Especialidade

Esse princípio, já tratado no Capítulo II, é inerente à descentralização e à desconcentração administrativa, pela qual o Estado destaca algumas de suas atividades para serem desempenhadas por determinadas entidades ou órgãos. Dessa forma, esses órgãos ou entidades só podem exercer as funções especificamente a ela cometidas, sob pena de violação da norma que as criou com apenas essas competências.

#### V.4.4 - Planejamento

O Decreto-Lei n. 200/67, em seu art. 6º, enumera expressamente os seguintes princípios de Direito Administrativo Organizacional no âmbito da União: coordenação, descentralização, delegação de competência, controle e planejamento. Com a exceção desse último, todos os demais já foram analisados juntamente com a hierarquia.

Pelo Princípio do Planejamento, a Administração Pública não deve atuar de forma improvisada. O Planejamento, isto é, o estudo e o estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, é expressão do princípio constitucional da eficiência na sua vertente de avaliação de resultados.

### V.5 - DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Sem a divisão interna de competências entre órgãos especializados (desconcentração) e o exercício de competências por entidades autônomas (descentralização),

não seria possível à Administração Pública atuar adequadamente na sociedade complexa e pluralista que possuímos.

A desconcentração significa, simplesmente, uma divisão de competências entre órgãos integrantes de uma mesma pessoa jurídica. É método de organização que distribui competências e atribuições de um órgão central para órgãos periféricos de escalões inferiores. Costuma-se citar a desconcentração apenas em relação à Administração Direta (o poder, na esfera federal, teoricamente concentrado na figura do Presidente da República, é desconcentrado para os órgãos de assessoramento direto e para os ministérios, os quais, por sua vez, também efetuam suas próprias desconcentrações, criando outros órgãos em suas estruturas internas), mas o fenômeno também existe internamente em cada pessoa jurídica da Administração Indireta.

Pela desconcentração, para que a cúspide competencial de determinada pessoa jurídica não se assoberbe, criam-se diversos órgãos a ela subordinados para exercer parte de suas funções. Esses órgãos, por sua vez, subdividem-se em outros órgãos, e assim por diante. Entre os diversos órgãos e agentes desconcentrados existe uma relação de hierarquia diante dos órgãos e agentes superiores.

Já a descentralização não trata de mera criação de órgãos dentro da mesma pessoa jurídica. A atividade administrativa descentralizada é exercida por pessoa jurídica diversa do ente político central - União, estados, Distrito Federal ou municípios -, que seria originariamente competente para exercê-la. O ente central, ao qual a CF atribuiu a competência, vale-se de uma entidade distinta, dotada de personalidade jurídica própria, para exercê-la.

O conceito de Administração Indireta é intimamente ligado ao de descentralização, já que todas as pessoas jurídicas da Administração Indireta são manifestação da descentralização administrativa. A diferença é que o fenômeno da descentralização é, seguindo HELY LOPES MEIRELLES, mais amplo que o da Administração Indireta, abrangendo todas as entidades de que o Estado se vale para que elas, em nome próprio (não mediante mera terceirização), exerçam funções estatais, por título contratual ou legal, tais como as concessionárias de serviços públicos e os serviços sociais autônomos.

Como há personalidade jurídica própria, a relação entre a entidade central e as entidades descentralizadas não é de hierarquia como acontece na desconcentração. Entre a Administração Pública direta e a Administração Pública indireta há, outrossim, uma relação de tutela ou de controle, também chamada de supervisão pelo Decreto-Lei n. 200/67; em relação às concessionárias, há o exercício do poder concedente.

A supervisão administrativa confere ao ente central apenas as potestades expressamente contempladas em lei - justamente o contrário da hierarquia, em que

a regra é o poder genérico de mando, excetuado apenas quando a lei resguardar o exercício autônomo da competência do órgão ou do agente subordinado. Em relação a entidades descentralizadas, no silêncio do ordenamento jurídico, vige a sua autonomia.

A supervisão se expressa de três principais formas: o controle político (em regra, o Chefe do Executivo nomeia e exonera os dirigentes das entidades da Administração Indireta); o controle administrativo (relacionado a uma supervisão geral de procedimentos e de gestão) e o controle orçamentário (as entidades da Administração Indireta fazem suas propostas orçamentárias, mas quem as encaminha é o Executivo Central em face do princípio da unidade do orçamento, pelo qual o orçamento deve ser apenas um).

Esses controles, apesar de relevantes, não se equiparam às potencialidades do controle hierárquico, com base no qual é possível revogar o ato praticado por um subordinado, puni-lo, avocar sua competência etc.

O conceito formal de descentralização é, muitas vezes, desvirtuado na prática, graças a grandes controles eventualmente impostos a algumas entidades da Administração Indireta, que faz com que, de fato, elas acabem se assemelhando a meros órgãos. Em razão disso, pode-se sustentar também uma acepção material de descentralização, não consistente no critério meramente formal de existência ou não de personalidade jurídica.

Podemos ter, então, órgãos verdadeiramente descentralizados e entidades apenas formalmente descentralizadas, mas que, na prática, à conta de tantos controles, estão longe de conquistarem sua descentralização material. ALFREDO GALLEGÓ ANABITARTE também afirma que “se pode produzir a verdadeira descentralização em um sujeito ou centro de competências que não seja personalizado. (...) A usual definição de descentralização como ‘transferência da titularidade de competências entre pessoas jurídicas’ não é mais que uma das hipóteses – a mais usual – de descentralização. Por outro lado, pode produzir-se esta transferência entre pessoas jurídicas como o caso das entidades da Administração Indireta, mas pode, todavia, não haver verdadeira descentralização em virtude da completa, e lógica tutela, a que se submete a atuação destas pessoas jurídicas”.

## V.6 - TEORIA DOS ÓRGÃOS

Órgãos públicos, ou órgãos administrativos, cuja denominação decorre de uma analogia com as ciências biológicas (os “órgãos” como partes do “corpo”), são centros de competência, com meios humanos e materiais, destinados a exercer as funções que lhes foram atribuídas pelo ordenamento jurídico.

A existência de órgãos públicos está ligada ao fundamento da desconcentração: divisão e especialização de trabalho. Os órgãos públicos não representam a entidade da qual se desconcentraram, mas, ao contrário, apresentam-na, por meio de uma relação de imputação: por exemplo, não é o Ministério da Justiça nem a Polícia Federal que é demandado numa ação, mas a União. Da mesma forma, num exemplo vindo da Administração Indireta, a Diretoria de Registro de Veículos é um órgão da autarquia estadual DETRAN. A Diretoria é o próprio DETRAN, não é o seu representante.

Os órgãos públicos podem ser classificados pelos seguintes critérios:

- Quanto à sua posição estatal, os órgãos públicos podem ser classificados como (i) independentes: por expressa referência constitucional, atuam sem subordinação, sendo controlados, tão somente, pelo sistema de freios e contrapesos – são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os Tribunais de Contas e o Ministério Público; (ii) autônomos são: a cúpula da Administração Pública, diretamente subordinados aos chefes dos órgãos independentes (assim, por exemplo, os Ministérios e as Secretarias de Estado); (iii) superiores: possuem competências decisórias, mas estão sujeitos ao controle de uma chefia mais alta, já que são as primeiras repartições dos órgãos independentes e autônomos, como, por exemplo, os Gabinetes e as Secretarias Federais; e (iv) inferiores, dotados de reduzido poder decisório, e contando mais com atribuições de execução do que decisórias (ex.: almoxarifado, portaria).
- Quanto à estrutura, os órgãos administrativos podem ser divididos em simples (unitários) e compostos. Os órgãos simples são aqueles dotados de apenas um centro de competência. Mesmo que composto por vários cargos, ele não dispõe de outros órgãos para os quais possa desconcentrar sua competência. Já os órgãos compostos possuem, em sua estrutura, órgãos hierarquicamente inferiores. Assim, é um órgão composto uma Secretaria de Estado de Educação, que desconcentra suas atividades para diversas escolas e divisões. Num órgão composto, forma-se um sistema orgânico complexo, em que o órgão de maior hierarquia contém os inferiores.
- Quanto à atuação funcional, há os órgãos singulares (unipessoais) e os que são colegiados (ou pluripessoais). Os órgãos administrativos unipessoais são aqueles que atuam em seu ápice por um único agente. Podem ter auxiliares, mas apenas para funções acessórias. Por exemplo: a Presidência da República atua pelo Presidente da República, ainda que conte com assessores e auxiliares. Já os órgãos colegiados atuam pela manifestação conjunta e majoritária dos seus membros, pelo procedimento estabelecido para a coleta dos votos,

sendo que a nulidade de um dos votos não nulifica a decisão colegiada, caso o resultado da votação não venha a se alterar se descontado aquele voto. Os votos vencedores fundem-se em um único ato. A vontade do órgão colegiado é manifestada coletivamente pelo resultado da votação, mas ele é administrado e representado por seu presidente. Exemplos de órgãos colegiados são os Conselhos Diretores das agências reguladoras, os conselhos de contribuintes e o COPOM - Comitê de Política Monetária do Banco Central.

- Quanto à eficácia externa dos seus atos, há os órgãos que são capazes de gerar relações intersubjetivas, ou seja, com aptidão para imputar a sua vontade à da própria pessoa jurídica da qual faz parte, fazendo com que contraia direitos e obrigações com terceiros (ex.: os órgãos cujos titulares podem assinar contratos administrativos). Há, por outro lado, órgãos com relações apenas interorgânicas, não possuindo possibilidade de atuação jurídica exógena, confinando-se às relações com os outros órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica (ex.: o órgão de transporte de autoridades).

## V.7 - COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

Competência é o poder de agir atribuído para o desempenho de funções juridicamente definidas.

As competências administrativas têm as seguintes características: (i) são de exercício obrigatório: são, na verdade, deveres-poderes para o alcance de determinadas finalidades públicas; (ii) são irrenunciáveis: o agente não pode abrir mão do exercício de sua competência; (iii) são imprescritíveis: a omissão em exercê-las não as extingue; (iv) intransferíveis: uma autoridade não pode passar a sua competência a outra autoridade. A delegação não constitui transferência, mas forma de exercício da própria competência, que permanece titularizada pela autoridade delegante; e (v) são imodificáveis: o agente não pode dilatá-las, reduzi-las ou alterá-las o conteúdo. Apenas a norma que as estabeleceu pode fazê-lo.

As competências administrativas podem ser distribuídas de acordo com os seguintes critérios: (a) material: a competência é distribuída conforme a matéria (ex.: os ministérios tratam cada qual do assunto a eles afeto); (b) hierárquico: a competência é distribuída em razão da posição do agente na pirâmide administrativa (ex.: a competência para editar decretos é do Chefe do Poder Executivo); (c) espacial: em razão do local (por exemplo, as diversas superintendências regionais do INSS, as subprefeituras etc.); e (d) temporal, que divide as competências conforme certas circunstâncias que se vinculam a períodos ou momentos (as competências de um servidor podem ser distintas conforme ele esteja ou não em estágio probatório; o

período eleitoral limita algumas competências administrativas, como a de celebrar convênios etc.).

## V.8 - TUTELA ADMINISTRATIVA

Apesar de certa impropriedade na denominação “tutela”,<sup>4</sup> também chamada de controle ou supervisão dos entes políticos sobre as entidades de sua Administração Indireta, possui, inclusive, sede constitucional (art. 87, parágrafo único, CF), que prevê a competência dos ministros de Estado para supervisionar, orientar e coordenar as entidades da Administração Indireta da área de sua atuação.

Trata-se de instituto distinto da hierarquia, já que existente entre pessoas jurídicas (por exemplo, a União Federal e o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS) que, apesar de intensamente inter-relacionadas, não se confundem, e que confere apenas os poderes explicitamente consignados em lei. A tutela, controle ou supervisão, além de não ser incompatível com a autonomia que caracteriza as entidades da Administração Indireta, integra seu próprio conceito, até porque toda autonomia é, em contraposição à soberania, limitada. Não seria cabível imaginar que um ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública.

A tutela administrativa não é geral, mas específica. Cada entidade da Administração Indireta federal, estadual ou municipal vincula-se apenas ao Ministério com a qual tenha afinidade o seu ramo de atuação, de acordo com o decreto de organização de cada ente federativo. O IBAMA, por exemplo, está vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.

O controle ou tutela administrativa no âmbito da União é regulamentado pelos arts. 19 a 29 do Dec.-Lei n. 200/67. Naturalmente, seus traços gerais podem ser derogados pelas leis específicas de cada entidade da Administração Indireta, já que, além de dirigir-se apenas à União e conter uma série de impropriedades técnicas, esse decreto-lei tem nível hierárquico de lei ordinária. Dessa forma, o controle pode ser mais ou menos intenso conforme o regramento legal específico de cada entidade. Em algumas leis de agências reguladoras federais, por exemplo, dispõe-se que seu

<sup>4</sup> Há de fato certa impropriedade na denominação de “tutela” para a relação entre a Administração Direta com a Administração Indireta, termo pego por empréstimo do Direito Civil, e que, lá, serve para designar a relação entre o responsável pela guarda de menores em caso de falecimento dos pais ou perda do pátrio poder (arts. 1.728 a 1.766 do Código Civil). Já, no Direito Administrativo, a relação se dá entre um centro de poder dotado de personalidade jurídica e uma outra entidade criada por esse centro de poder.

conselho diretor é a última instância de apreciação de recursos administrativos, o que significa, em princípio, uma expressa vedação à avocação presidencial prevista no art. 170 do Decreto-Lei n. 200.

O poder de supervisão via de regra envolve as seguintes principais espécies de controle:

- **Controle Político.** Trata-se da nomeação e exoneração dos dirigentes das entidades da Administração Indireta. Há quem discuta se é possível estabelecer, por meio de lei, hipóteses taxativas para a perda do cargo do dirigente, ou se, como condição para sua nomeação, pode ser imposta a necessidade de prévia submissão à aprovação do Legislativo. O fato é que o STF já decidiu em sentido favorável, corroborando, assim, o modelo das agências reguladoras, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e as universidades públicas.<sup>5</sup> Para as entidades da Administração Indireta que não tenham um arcabouço institucional mais autônomo, o controle político funciona de modo pleno: seus dirigentes podem ser livremente nomeados e exonerados pelo Chefe do Executivo.
- **Controle Administrativo.** Exercido, principalmente, pelo Ministério (ou Secretaria estadual/municipal) ao qual a entidade está vinculada. Pode se dar por meios pouco incisivos, como a obrigação de seguir as diretrizes gerais por ele traçadas para a ação da entidade, ou, de maneira bem intensa, pelos chamados recursos hierárquicos impróprios, isto é, por recursos administrativos, contra atos e decisões da entidade da Administração Pública Indireta, dirigidos ao Secretário ou ao Ministro de vinculação, que poderá rever o ato da entidade da Administração Indireta. O recurso hierárquico impróprio é, na verdade, um recurso impropriamente hierárquico, já que na relação entre Administração Direta e Administração Indireta não há hierarquia, mas tutela ou controle. Através dele, no entanto, por expressa previsão legal, se insere um elemento verdadeiramente hierárquico nessa relação. Por esta razão, entendemos que os recursos hierárquicos impróprios só vão ser admitidos se expressamente previstos em lei (*pas de tutelle sans texte*) – o recurso hierárquico impróprio seria uma espécie de exceção à regra da inexistência de hierarquia, e, portanto, não

<sup>5</sup> É de fato bastante discutido se a perda do posto de dirigente de algumas destas entidades pode ser condicionada a causas legais taxativas ou ao referendo legislativo. Em sede liminar, o STF reviu a sua posição tradicional consubstanciada na Súmula n. 25, para admiti-lo. Note-se, contudo, que a Súmula n. 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme a Súmula n. 47. Aprofundaremos mais o assunto ao tratarmos das agências reguladoras.

poderia ser tido como presumidamente autorizado pelo ordenamento jurídico, devendo ser previsto expressamente em lei. Outra corrente doutrinária, que tem prevalecido na orientação da Advocacia-Geral da União - AGU, inverte a regra, sustentando que os recursos hierárquicos impróprios são ínsitos à supervisão ministerial de sede constitucional e ao regime presidencialista, como imposição da manutenção da unidade administrativa.

- **Controle Financeiro-Orçamentário.** Além dos controles externos a que toda a Administração Pública está sujeita - por exemplo, por meio do Tribunal de Contas -, suas entidades também se sujeitam aos controles financeiros internos. Quanto aos seus orçamentos, ainda que as suas leis prevejam possuírem "autonomia orçamentária", não podemos desprezar as sérias limitações trazidas pelo Princípio da Unidade Orçamentária, já que o projeto de lei orçamentária é, por determinação constitucional, apenas um e de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo.
- **Controle Jurídico.** A grande setorização e especialização dos centros estatais de poder gera a necessidade de mecanismos de coordenação para evitar conflitos quanto à interpretação de normas. A solução do conflito pode ser determinada, no âmbito administrativo federal, pela Advocacia-Geral da União, com base na competência que lhe é atribuída pelos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar n. 73/93 para unificar a interpretação do ordenamento jurídico na Administração federal,<sup>6</sup> no que não prejudicar os arcabouços de autonomia especial legislativamente estabelecidos para algumas entidades.<sup>7</sup> Nos âmbitos estaduais e municipais também é comum a existência de um Sistema Jurídico Estadual ou Municipal, chefiado pelas respectivas Procuradorias, com esse objetivo.

<sup>6</sup> "Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal."

<sup>7</sup> A 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar a Apelação em Mandado de Segurança n. 2002.34.00.033475-0, decidiu que "os pareceres da Advocacia Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC n. 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos - no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos -, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo". A decisão foi, contudo, posterior, reformada pelo STJ.

## V.9 – ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Considera-se Administração Direta os entes federativos em si, com suas divisões orgânicas internas, aí incluídos os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao contrário da Administração Pública Indireta, em que há a criação de novas pessoas jurídicas, às quais se aplica genericamente a referência “entidades”, a Administração Pública Direta se confina na pessoa jurídica federativa.

Já a chamada Administração Indireta é, como dito, constituída por entidades criadas pelas pessoas jurídicas federativas e a elas ligadas e utilizadas para a consecução dos seus fins, mas que com elas não se confundem, já que constituem de *per se* pessoas jurídicas, dotadas de personalidade jurídica própria, não sendo meras divisões orgânicas internas dos entes federativos que as criaram.

HELLY LOPES MEIRELLES critica a nomenclatura “Administração Pública Indireta”, já que, para ele, o Estado também atua diretamente através de suas pessoas jurídicas; só atuaria indiretamente quando contratasse particular alheio à sua estrutura administrativa (por exemplo, uma concessionária privada). Reconhece o autor, no entanto, que a nomenclatura acolhida pelo Legislador, no Decreto-Lei n. 200/67, é tradicionalmente adotada e, acresceríamos, também foi acolhida pela CF/88, por exemplo, no *caput* do art. 37.

Temos, por outro lado, uma **descentralização territorial política**, entre os entes da Federação. É a descentralização política, instituída diretamente pela Constituição da República, que faz com que, partindo-se da República Federativa do Brasil, surjam a União Federal, os estados-membros e os municípios, todos com personalidades jurídicas distintas. E, já no nível de cada um destes entes, há uma **descentralização administrativa**, feita por lei, com a atribuição de algumas das funções do ente federado a pessoas jurídicas por ele criadas para esse fim, pessoas essas que podem ser de Direito Público – as autarquias – ou de Direito Privado: as fundações públicas propriamente ditas (não as fundações autárquicas), as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As pessoas jurídicas da Administração Indireta, previstas constitucionalmente, são conceitualmente autônomas e não sujeitas a vínculos hierárquicos em relação à Administração Direta, mas apenas à tutela administrativa, controle ou supervisão. A hierarquia só é própria da Administração Direta (assim, por exemplo, o Ministério é subordinado hierarquicamente à Presidência da República) ou internamente em cada entidade da Administração Indireta (as Diretorias são subordinadas à Presidência da autarquia). Sendo as entidades da Administração Indireta pessoas jurídicas distintas dos entes federativos, esses só podem exercer poderes sobre elas na medida do previsto na CF e nas respectivas leis, até porque elas também, por possuírem personalidade jurídica própria, não podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer

nada senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Expressões genéricas utilizadas pela CF ou por leis como supervisão e poder de direção não podem servir de biombo para que se veja na relação da entidade da Administração Indireta com a Chefia do Executivo uma verdadeira relação hierárquica,<sup>8</sup> já que com isso se estaria desvirtuando a própria figura constitucionalmente prevista de "Administração Indireta".

## V.10 - ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O advento das entidades da Administração Indireta e o surgimento de suas espécies acompanhou a progressiva assunção pelo Estado de novas atividades, exigidas pela evolução tecnológica e pela complexificação das relações sociais e econômicas.

Foi assim que a especialização das funções tradicionais de Estado, principalmente na área de fiscalização de atividades econômicas, levou à criação em geral de autarquias (ex.: IBAMA); as funções sociais e de fomento passaram, muitas vezes, a ser desempenhadas por fundações públicas (ex.: FINEP); e a exploração de atividades econômicas ou de serviços públicos com conteúdo econômico coube, principalmente, às empresas públicas e às sociedades de economia mista (ex.: Petrobras).

A ampliação das funções do Estado no meio social e econômico exigiu-lhe a adoção de novos instrumentos institucionais: não poderia o Estado, por exemplo, assumir eficientemente a função de fabricante de aviões por meio de um Ministério da Administração Direta, ou por intermédio de uma estrutura tipicamente de direito público. Far-se-ia mister criar uma empresa, com todo o dinamismo e flexibilidade ínsitos a essa qualificação, ainda que integrante da Administração Pública - só que, justamente, da Administração Indireta - para melhor viabilizar esse exercício direto de atividade econômica (vale destacar que, em alguns casos, esse exercício se dá em regime de concorrência direta com empresas privadas, razão pela qual a empresa estatal não pode gozar de nenhum tipo de benefício ou de preferência decorrentes do fato de pertencer à Administração Indireta, sob pena de concorrer deslealmente com os particulares).

Em decorrência da natureza das funções que desempenham, as entidades da Administração Pública Indireta se dividem em dois grandes grupos: as dotadas de personalidade jurídica de direito público, grupo composto pelas autarquias e pelas

<sup>8</sup> Por exemplo, não se pode admitir genericamente, com base na mera supervisão, o chamado "recurso hierárquico impróprio", na verdade recurso impropriamente hierárquico, já que instala uma relação materialmente hierárquica sobre entidade em relação à qual ontologicamente ela não seria cabível.

fundações públicas de direito público, também chamadas de fundações autárquicas ou de autarquias fundacionais, sendo, portanto, apenas mais uma espécie de autarquia; e as entidades de direito privado, grupo integrado pelas empresas públicas, pelas sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

O novo Código Civil, em seu art. 99, em dispositivo ainda não muito bem esclarecido pela doutrina, nem, muito menos, pela jurisprudência, refere-se, ainda, como titulares de bens públicos dominicais, às “pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Estaria ele se referindo às estatais prestadoras de serviços públicos? Ou às fundações públicas de direito privado?<sup>9</sup>

### V.10.1 – Autarquias

São as primeiras entidades da Administração Indireta que surgiram. Alguns autores, dentre os quais DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em posição minoritária, afirmam que, por terem personalidade jurídica de direito público, não deveriam ser incluídas na Administração Indireta, afirmando que não passam de órgãos administrativos personificados. No entanto, a Constituição da República, o Decreto-Lei n. 200 e a doutrina amplamente majoritária sobrelevam o fato de possuírem personalidade jurídica e as incluem na Administração Indireta.

A grande proliferação dessas entidades coincidiu com o início do aumento das funções do Estado, ocorrida sobretudo nos anos 1930, tanto no Brasil quanto alhures.

É assim que, adotando conceito aproximado ao do art. 5º, I, Dec.-Lei n. 200/67, podemos definir as autarquias como as pessoas jurídicas de direito público criadas por lei dos entes políticos para, sob seu controle, exercerem funções tipicamente administrativas, ou seja, revestidas de *jus imperii* (poder de polícia, de fiscalização, regulação) e de heteronomia (capazes de impor obrigações a terceiros independentemente do seu consentimento).

Ao contrário das pessoas de direito privado da Administração Indireta, cuja criação é apenas autorizada por lei (sendo que sua criação propriamente dita se dá com o registro de seus atos constitutivos no registro civil ou comercial das pessoas jurídicas), as autarquias são criadas diretamente pela lei (art. 37, XIX, CF/88.). A criação por lei não impede, contudo, que sua organização administrativa interna e

<sup>9</sup> Na doutrina civilista, o dispositivo, juntamente com o seu análogo art. 41, parágrafo único, é considerado desde “nebuloso” a “perfeitamente dispensável” (cf. **Código Civil interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 109). Tratamos do ponto no capítulo dos Bens Públicos.

a regulamentação de suas atividades cotidianas seja feita por decreto. Da mesma forma, é a lei que lhes atribui e fixa o patrimônio, mas o termo administrativo ou a escritura pública respectiva tem que ser inscrita no Registro Geral de Imóveis para operar a transferência ou ser feita a tradição no caso de bens móveis.

Como são de direito público e exercem funções administrativas típicas, ou seja, funções dotadas de imperatividade, todas as prerrogativas do Estado são-lhes naturalmente extensivas. Assim, seus bens são públicos para todos os efeitos, e, por isso, são impenhoráveis, e a execução que lhes seja movida é paga por precatório; sua representação processual conta com os privilégios (ex.: prazo em dobro para recorrer) da Fazenda Pública (conceito no qual, aliás, estão incluídas); seus atos são administrativos em sentido próprio, sujeitando-se, também por isso, aos controles e limitações características do Poder Público (ex.: possibilidade de impugnação por mandado de segurança).

Quanto ao regime de pessoal, além da exigência de concurso público e de outras normas igualmente aplicáveis a todas as entidades da Administração Indireta, algumas observações se fazem necessárias.

Assim que surgiu a Constituição de 1988, a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição da República afirmava que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas". Após muitos debates, chegou-se à conclusão de que esse regime único seria o regime estatutário (de direito público), e não o da CLT. Dessa forma, nesse âmbito, só haveria cargos públicos, não empregos públicos.

Houve, entretanto, uma total modificação no texto do art. 39 da Constituição por meio da Emenda à Constituição n. 19/98, suprimindo qualquer referência ao regime jurídico único. Com isso, as autarquias e demais entes ali referidos poderiam, na forma da lei, contratar pelo regime celetista ou prover cargos públicos estatutários.

Todavia, recentemente, em cautelar decidida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN n. 2135), o Supremo Tribunal Federal declarou com efeitos *ex nunc* a inconstitucionalidade, por vício formal no processo de sua aprovação, da parte da Emenda à Constituição n. 19/98 que modificava o art. 39 da Constituição, fazendo, conseqüentemente, retornar a obrigatoriedade de unicidade de regime jurídico para os servidores dos entes da Federação, suas autarquias e fundações, regime esse que, a ser mantida a posição dominante quando de sua inicial vigência, é o estatutário.

Assim, hoje, as autarquias só podem prover cargos públicos; não é mais possível a contratação de empregados públicos. Os celetistas contratados durante a

vigência da redação do art. 39 dada pela EC n. 19/98 são, no entanto, em face da não retroatividade atribuída pelo STF à sua decisão, preservados.

Vejam agora algumas espécies peculiares de autarquias.

- **Autarquias de Regime Especial.** A primeira vez que a expressão foi utilizada pelo Legislador foi na Lei n. 5.540/68, referindo-se às universidades públicas. Não há homogeneidade em relação ao conteúdo ao qual se refira essa expressão “regime especial”, já que não há um estatuto geral ao qual a denominação possa ser remetida, mas, via de regra, diz respeito a uma maior autonomia da entidade, às vezes assegurada, como no caso das universidades públicas, pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, ou, em alguns casos, também pela expressa inadmissão do recurso hierárquico impróprio. Em um outro sentido, a denominação representaria, tão somente, a existência de um regime jurídico próprio, especial – não importando qual fosse ele –, mas apenas distinto daquele genérico do Decreto-Lei n. 200/67.

O que deve ser frisado é que não há maior grau de autonomia que advenha pura e simplesmente da mera expressão “autarquia de regime especial”, importando, outrossim, do regime jurídico objetivamente conferido por cada lei instituidora, até porque existem muitas autarquias nominalmente “especiais” cuja autonomia nada tem de especial em relação às autarquias em geral. Nesse caso, teríamos um regime especial meramente formal, desvestido de maiores consequências práticas. Em outros casos, em que realmente a autarquia possui um regime jurídico que lhe confere razoável autonomia em relação à Administração Pública centralizada, temos, independentemente da nomenclatura adotada pela lei instituidora, regime materialmente especial. Não é uma denominação legal que muda o regime jurídico da autarquia, mas a disciplina objetiva da sua maior ou menor submissão à Administração Centralizada.

- **Agências Reguladoras.** Falando em autarquias materialmente especiais, entre elas devem ser mencionadas as agências reguladoras, sem embargo do capítulo próprio que dedicaremos à regulação da economia, da qual as agências reguladoras independentes são os instrumentos preferenciais. As agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal (as respectivas leis instituidoras as denominam expressamente como tal) como material, já que lhes são asseguradas diversas prerrogativas, como a nomeação dos seus dirigentes por prazo determinado, previamente aprovados pelo Senado Federal e vedada a livre exoneração. Parte de suas leis instituidoras também dispõe expressamente serem elas a última

e única instância decisória na esfera administrativa, vedando, portanto, o recurso hierárquico impróprio. Trata-se, sem dúvida, de uma retomada do espírito original autonômico das autarquias.

- **Autarquias Corporativas.** São as autarquias de regulação de determinadas profissões, cujos dirigentes são eleitos pelos próprios membros da categoria regulada. Parte da doutrina contesta essa sua natureza autárquica, qualificando-as como entidades da sociedade civil de colaboração com o Poder Público. O art. 58 da Lei n. 9.649/98 adotou essa posição, qualificando-as como pessoas jurídicas de direito privado. O dispositivo encontra-se, contudo, suspenso pelo STF, que entendeu que o exercício de poder de polícia (*in casu*, do poder de polícia das profissões), por envolver prerrogativas de direito público, só pode ser exercido por pessoas de direito público.<sup>10</sup> A única exceção colocada posteriormente pelo STF<sup>11</sup> foi a OAB, que, por sua previsão constitucional específica e funções de controle institucional, foi considerada uma pessoa jurídica de direito privado *sui generis* e alheia à Administração Pública.

- **Fundações Autárquicas ou Autarquias Fundacionais.** Há discussões acerca da natureza jurídica das fundações criadas pelo Estado, chamadas, genericamente, de fundações públicas. A maioria da doutrina entende que podem ser de dois tipos: fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado, a depender da lei instituidora. Caso seja de direito público, a fundação pública será uma espécie de autarquia pelo fato de ser uma pessoa jurídica de direito público, como veremos no tópico seguinte.

### V.10.2 - Fundações públicas

São grandes as controvérsias acerca da natureza jurídica dessas entidades da Administração Indireta: se possuem natureza jurídica de direito público ou de direito privado. O fato de serem chamadas de fundações públicas ou de fundações instituídas pelo Poder Público significa, apenas, que integram a Administração Pública Indireta e que o Poder Público as instituiu, nada indicando a respeito da

<sup>10</sup> ADI n. 1.717-6, rel. Min. Sidney Sanches: "(...) conclusão no sentido da 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 ocorre com os dispositivos impugnados".

<sup>11</sup> ADI n. 3.026-4/DF, Rel. Min. Eros Grau.

natureza de sua personalidade jurídica. As empresas **públicas**, por exemplo, são indiscutivelmente pessoas jurídicas de direito **privado**.

Fundações, enquanto instituto da Teoria Geral do Direito, são patrimônios personificados e vinculados à realização de determinada finalidade. Encontram-se previstas no art. 44, III, do Código Civil. Na Administração Pública Indireta, desempenham, geralmente, a função de assistência social ou de fomento.

Como já vimos, a alusão da CF/88 (p. ex., no *caput* do art. 38) a uma “administração fundacional” levou alguns a defenderem que as fundações públicas não mais integrariam a Administração Indireta, mas, como bem sustentou ODETE MEDAUAR, tratou-se, apenas, de cautela do Constituinte, para que as fundações não continuassem a ser usadas para evitar a aplicação das normas republicanas inerentes à Administração Pública (licitação, concurso público etc.).

Quando o Código Civil de 1916 previu as fundações, pressupôs serem todas instituídas por particulares, o que não era de estranhar, tendo em vista o então reduzido papel desempenhado pelo Estado na intervenção nos domínios social e econômico. O atual Código Civil refere-se às fundações como pessoas jurídicas de direito privado. Também o art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67 qualifica-as como pessoas jurídicas de direito privado.

Muitos autores sustentam que a personalidade jurídica de direito privado seria ínsita à fundação; assim, uma “fundação pública de direito público” não seria, na verdade, uma fundação, a exemplo do que defendia HELY LOPES MEIRELLES.

A maioria da doutrina, entretanto, em posição com a qual concordamos, acha que as fundações públicas podem ser de direito privado ou de direito público, mas, nesse último caso – fundações públicas de direito público –, estaríamos diante de espécies de autarquias (autarquias fundacionais ou fundações autárquicas).

Essa é a posição que, não sem certa hesitação, vem sendo adotada pelo STF, que tem equiparado as fundações públicas de direito público às autarquias, sobretudo as fundações públicas que dependem de verbas públicas, ou seja, aquelas que não possuem aquela característica das fundações em geral de personificação de um patrimônio que, por si só e por seus frutos, seja capaz de propiciar o atingimento de seus objetivos institucionais. Outros elementos, verdadeiros indícios a serem reunidos para a sua caracterização como pessoa jurídica de direito público, na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, incluem também a análise de seu regime jurídico e se as suas funções incluem o exercício de *jus imperii*.

Adotando essa corrente, quando a fundação pública for de direito público, aplicar-se-á a disciplina jurídica característica das autarquias, inclusive no que diz

respeito à sua instituição, que será feita diretamente por lei. A essas fundações autárquicas ou autarquias fundacionais, denominações com que também são conhecidas, aplicam-se todas as prerrogativas e restrições típicas das pessoas jurídicas de direito público.

Quanto às fundações públicas de direito privado, o Decreto-Lei n. 200/67 é contraditório: no art. 5º, IV, afirma que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado; no § 3º do mesmo artigo diz que, ressalvada a constituição pelo registro próprio, não lhe serão aplicáveis as normas do Código Civil referentes às fundações. Sendo assim, não serão controladas pelo Ministério Público como determina o Código Civil (art. 66), mas pelo ente político instituidor, ao contrário do que se dá nas fundações privadas instituídas por agente privado, em que a vontade do instituidor se desliga de forma definitiva da fundação. Da mesma forma, a lei poderá extinguir ou modificar a fundação pública independentemente de qualquer ato social interno desta.

As fundações públicas de direito privado possuem, apenas, as características de direito privado que não decorrem do Código Civil: seus bens são penhoráveis, com exceção daqueles que estejam vinculados diretamente à execução de algum serviço público; sua responsabilidade não é objetiva, salvo se a fundação for prestadora de serviços públicos, e apenas em relação a eles; seu pessoal será regido pela CLT etc.

Contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta, as fundações públicas de direito privado se submetem às normas da CF asseguradoras da igualdade e da moralidade na Administração Pública, especialmente aos arts. 37 e seguintes, e à necessidade de autorização legislativa para a sua criação (art. 37, XIX, CF - a criação propriamente dita, como no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, dar-se-á com o registro dos atos constitutivos no registro das pessoas jurídicas), vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, submissão de seus agentes ao teto remuneratório, vedação de publicidade que configure promoção pessoal etc.

A previsão do art. 37, XIX, CF, de que o âmbito de atuação das fundações públicas será definido em Lei Complementar, ainda não foi atendida, não podendo o Código Civil,<sup>12</sup> que é lei ordinária, servir para esse escopo.

<sup>12</sup> Não se aplica, portanto, às fundações estatais a limitação de objeto constante do seu art. 62, parágrafo único. "A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência."

### V.10.3 – Empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista)

Como mecanismo de intervenção direta no domínio econômico ou como prestador de serviços públicos de conteúdo marcadamente econômico, o Estado sentiu a necessidade de criar duas espécies de instituições híbridas entre o direito público e o direito privado. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista, denominadas, em seu conjunto, de “estatais”. O Estado (não só no Brasil, mas também no Direito Comparado) empregou formas tradicionais do direito privado (ex.: sociedades anônimas) para realizar mais eficientemente objetivos públicos relacionados ao exercício de atividades econômicas *lato sensu*, sempre dinâmicas, que seriam, por essa razão, mais consentâneas com as figuras de direito privado, em princípio mais ágeis e menos burocráticas.

O estudo dessas entidades, cujo número diminuiu com a desestatização da década de 1990, muitas delas havendo sido extintas ou vendidas à iniciativa privada, mantém sua importância; basta dizer que a maior empresa do Brasil, a Petrobras, é uma sociedade de economia mista, assim como o são o Banco do Brasil e a Sabesp. Tampouco deixaram de surgir novas entidades dessa natureza, como demonstra a criação, apenas para citar alguns exemplos, da Empresa de Pesquisa Energética – EPE (Lei n. 10.847/04) e da Empresa Brasil de Comunicação – EBC (Lei n. 11.652/08).

Como as estatais são instrumentos da exploração pelo Estado de atividades econômicas, devemos lembrar que, com exceção dos monopólios públicos e serviços públicos, que já são atividades econômicas de titularidade do próprio Estado, ele só pode explorar as demais atividades econômicas nos casos de exigência da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, CF/88), expressão daquilo que constitui, para a maioria da doutrina, o chamado **princípio da subsidiariedade** da intervenção do Estado na economia: o Estado só pode atuar como agente econômico quando for absolutamente necessário, em face da impossibilidade de os interesses públicos em jogo poderem ser atendidos pela iniciativa privada, e essa atuação (repise-se, com as exceções dos serviços e monopólios públicos) não pode excluir a atuação em igualdade de condições com a iniciativa privada (art. 173, § 1º, II).

É no âmbito das atividades econômicas *lato sensu* (serviços públicos, atividades econômicas *stricto sensu* monopolizadas pelo Estado e atividades econômicas *stricto sensu* exploradas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada) que se encontra, portanto, o objeto por excelência das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Como os regimes jurídicos das empresas públicas e sociedades de economia mista possuem grandes semelhanças, procederemos inicialmente a uma análise delas em conjunto para, depois, destacarmos as peculiaridades e distinções de cada uma.

A utilização, pelo Estado, de formas institucionais do direito privado causara perplexidades num primeiro momento. Logo se percebeu, no entanto, que não seria conveniente que o Estado exercesse essas atividades econômicas com suas tradicionais estruturas publicísticas. Se fosse para o Estado exercer atividades econômicas, que o fizesse eficientemente, o que seria mais facilmente alcançado por meio das estruturas jurídicas próprias dessas atividades: justamente, as do direito privado. Por outro lado, por mais que adotasse formas privatísticas, não haveria como uma entidade criada pelo Estado, e para a realização de seus fins – mesmo que sejam os fins de intervenção direta no domínio econômico –, desvincular-se completamente das normas de direito público.

É exatamente este hibridismo que caracteriza as empresas do Estado: a adoção de um regime jurídico essencialmente privado, mas com inúmeras derrogações de direito público, a maior parte delas, inclusive, de sede constitucional. Quando elas exercerem atividades econômicas que não sejam de titularidade do Estado (serviços e monopólios públicos), mas sim da iniciativa privada, com base no art. 173, além da personalidade jurídica de direito privado inerente à sua forma empresarial, não poderão ter vantagens distintas das outorgadas às empresas privadas, com o que estariam atuando em concorrência desleal com elas.<sup>13</sup>

Aquelas derrogações de direito público via de regra não constituem benefícios, mas, ao revés, limitações e ônus impostos a todos os entes integrantes da Administração Pública, com o propósito de que não ultrapassem os limites da impessoalidade

<sup>13</sup> “Em verdade, não me parece que o § 1º do art. 173 da CF/88 legitime, ainda que em tese, a desapropriação de bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista; nem ele abrange toda empresa pública e toda sociedade de economia mista; seu alcance é outro; supõe, obviamente, sociedade de economia mista ou empresa pública que exerça atividade econômica em regime de concorrência, a fim de não beneficiar-se de privilégio em relação a empresas privadas concorrentes, que se dedicam a atividade na mesma área econômica (...). Vê-se, claramente visto, ele não se destina a atingir sociedade de economia mista ou empresa pública que, embora exercendo atividade econômica, não o faz em regime de concorrência, como a impetrante e recorrida, que desempenha serviço público federal, em regime de exclusividade, insuscetível de ser explorado por particular; aqui, a Cia. Docas do Rio de Janeiro faz as vezes da União, da qual é a *longa manus*. Daí o magistério de EROS ROBERTO GRAU: O preceito, a toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, n. 54, p. 140)” (Ac. do Pleno do STF, de 09.02.94, no RE 172.816, relator Min. PAULO BROSSARD. In *Revista de Direito Administrativo*. v. 195:198-295, p. 203).

e da moralidade. Nessa linha podemos citar a vedação da acumulação de cargos e empregos, o controle pelo Tribunal de Contas, a submissão ao teto remuneratório das que não dependerem de verbas públicas, a exigência de licitações (pelo menos para a aquisição de bens e de serviços vinculados às suas atividades-meio) e de processos seletivos públicos para a contratação de pessoal.

Mais do que a submissão expressa a regras constitucionais, elas se submetem aos princípios da Administração Pública, que, naturalmente, pela própria natureza de princípios, não tem todos os casos de sua aplicação enumerados exaustivamente. Mas, por exemplo, é o princípio da impessoalidade que faz com que, apesar de inexistir qualquer regra nesse sentido, o dirigente da empresa estatal não possa dispensar seus empregados (que, como não são estatutários, não possuem estabilidade no serviço) sem possuir critérios públicos, objetivos e razoáveis para tanto.

Caso os agentes das estatais excepcionalmente pratiquem atos de autoridade, estarão submetidos ao controle por meio de mandado de segurança, o que não deve causar espécie, uma vez que o mesmo se dá em relação às concessionárias privadas de serviços públicos, ou a reitores e diretores de escolas e universidades privadas, em relação a atos de conteúdo certificatório (emissão de diplomas e certidões).

Mas, salvo as exceções constitucionais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são regidas pelo direito privado. Assim, por exemplo, seus bens são penhoráveis, exceto os afetos à prestação de serviços públicos; sua responsabilização civil não é objetiva, a não ser que prestadoras de serviços públicos para os bens a ele afetos; são criadas pelas formas típicas do direito privado, competindo à lei, apenas, autorizar sua criação.

**O importante é frisar que, afora os influxos publicistas decorrentes da Constituição, as exceções ao regime privado não podem ser aceitas, seja para beneficiar as estatais, seja para prejudicá-las.** Como exceções que são, fora delas, prevalece o direito privado (art. 173, § 1º). Permitir que, fora dos quadros da CF, pudessem ser criados novos obstáculos ao exercício das atividades das estatais seria tirar do Estado os meios para atingir os fins de interesse público legitimadores da criação da empresa, e, se a CF dá os fins, deve, salvo no que ela própria excepcionar, dar os meios.

Em outras palavras, o referido dispositivo constitucional é corolário do princípio constitucional da isonomia,<sup>14</sup> vedando o estabelecimento de quaisquer distinções, sejam elas favoráveis às empresas estatais ou não. O princípio da igualdade de

<sup>14</sup> A igualdade serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1.270).

tratamento entre empresas estatais e privadas não protege apenas essas últimas da concorrência desleal das primeiras, mas também impõe que se confira às estatais instrumentos paritários para a sua atuação em um mercado em concorrência.

Nesse sentido, esclarece MARÇAL JUSTEN FILHO ser verdade que a competição com o setor privado deve fazer-se em igualdade de condições, como também é evidente que a vedação a vantagens ou benefícios não significa submeter as empresas estatais a regras mais desvantajosas do que as praticadas no âmbito privado".<sup>15</sup>

Do mesmo modo, JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOSO ensina que também "haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada o faria. Deverão sempre atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem formas de desigualdade jurídica de tratamento ao longo de suas respectivas atuações no campo econômico".<sup>16</sup>

Também nesse sentido, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO aduz que "a interface entre os entes estatais exploradores de atividades econômicas pelo prisma de competição (empresas estatais e suas concorrentes privadas) deve se dar em condições de ampla e justa competição, sendo vedada qualquer regra legal que ofereça privilégio ou, ao contrário, estabeleça restrições à atuação do ente estatal".<sup>17</sup>

Existe uma importante celeuma, não de todo resolvida, em relação ao regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Nossa tradição administrativa conviveu e convive com uma bipartição das empresas públicas e das sociedades de economia mista: as exploradoras de atividades econômicas *stricto sensu* e as que são prestadoras de serviços públicos de natureza econômica. Todavia, o STF já refutou esse entedimento, equiparando as empresas públicas prestadoras de serviços públicos à Fazenda Pública; materialmente seriam

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 16.

<sup>16</sup> CARDOSO, José Eduardo Martins. O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. v. III, p. 786.

<sup>17</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no Mercado. In *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 585.

autarquias. Nesse sentido, por exemplo, entende que a ECT deve ter as suas dívidas executadas pelo regime dos precatórios (art. 100, CF).<sup>18</sup>

Seriam grandes os problemas que essa posição do STF geraria na estrutura da Administração Indireta de todos os entes da Federação, acarretando maior publicização da Administração Indireta, justamente na contramão da tendência mundial de adoção de métodos mais ágeis e flexíveis de gestão. Ora, o emprego de pessoas jurídicas de direito privado na Administração Indireta – não autarquias – para prestar serviços públicos econômicos visou exatamente a esses objetivos.

Analisemos, agora, três pontos importantes acerca do regime geral das estatais.

- Os bens recebidos para a formação de seu patrimônio são, para parte da doutrina, bens privados com as derrogações inerentes a uma entidade da Administração Indireta. Já HELY LOPES MEIRELLES sustenta serem bens públicos, com destinação especial e sob administração privada da estatal. São, independentemente dessa discussão, usucapíveis e penhoráveis, salvo, nesse aspecto, os afetos a prestações de serviços públicos (não pelo fato de ser estatal, mas pela prestação do serviço público, da mesma forma que uma concessionária de serviço público também tem os seus bens afetados ao serviço insuscetíveis de penhora).

- A autorização legal específica é elemento essencial para a constituição válida das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 37, XIX, CF/88). A lei autoriza a criação; mas a criação em si é feita pelos instrumentos de direito privado próprios daquelas pessoas jurídicas (por exemplo, registro na Junta Comercial). Estando presentes todas as suas demais características, mas inexistindo lei autorizativa, as entidades assim caracterizadas não são consideradas nem uma nem outra espécie de estatal, porém mera empresa controlada pelo Poder Público.<sup>19</sup> Em relação à sua extinção, há discussões a respeito de poder ser autorizada por ato do Executivo, de demandar lei autorizativa específica (como se exige para a

<sup>18</sup> Entre outros, Recurso Extraordinário n. 220.907-5 – Rondônia.

<sup>19</sup> Muitos discordam dessa posição, pois o descumprimento da Constituição (lei prévia autorizativa para a criação de uma estatal de primeiro grau) acabaria gerando outras violações a valores constitucionais, com a exclusão da aplicação a essas empresas de muitas das normas publicistas aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista. De nossa parte, entendemos ser-lhes aplicável o mesmo regime jurídico das empresas estatais subsidiárias (tópico V.10.4), já que ambas possuem em comum o dado essencial de serem controladas em última instância por um ente político.

sua criação), ou se, como entendeu o STF em relação à Lei federal n. 8.031/90 - Programa Nacional de Desestatização -, pode existir uma lei autorizativa genérica para a extinção de entidades indeterminadas.

O art. 173, CF, prevê a aplicação às estatais de um estatuto especial de licitações, que ainda não existe. Esse estatuto pode vir a estabelecer apenas diretrizes e princípios, mas, até a sua edição, a posição que tem sido adotada pelos órgãos de controle é a de aplicação da Lei n. 8.666/93 - Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos - às empresas públicas e sociedades de economia mista, salvo à Petrobras, que possui uma legislação licitatória específica (art. 67 da Lei do Petróleo e Decreto n. 2.745/98).

Vistos os pontos em comum dos regimes jurídicos, cumpre-nos agora especificar as diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

É claro que existem muitas proximidades - ambas são pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta constituídas pelo Estado após prévia e específica autorização legal para desenvolverem atividades de conteúdo econômico (art. 5º, II e III, Decreto-Lei n. 200/67) -, mas há também as seguintes importantes distinções:

1) Quanto ao Capital: O capital das empresas públicas é exclusivamente público, mesmo que de mais de uma entidade da Administração Direta ou Indireta, e de qualquer nível da Federação (União, Estados, Municípios), inexistindo qualquer participação privada. Por exemplo, uma empresa que seja 30% da União, 40% de uma sociedade de economia mista estadual e 30% de uma fundação municipal será uma empresa pública. Essa é a sua principal diferença em relação às sociedades de economia mista, que, conforme já demonstra o próprio nome, possuem participação privada em seu capital, apesar de o controle societário em si dever ser sempre público. Quanto a esse requisito da configuração das sociedades de economia mista, para parte da doutrina o controle não precisa significar, necessariamente, a propriedade da maioria das ações com direito a voto, podendo se revelar por qualquer mecanismo assecuratório do poder de mando do Estado na Companhia, apesar de a letra do Decreto-Lei n. 200/67 se contentar com o critério formal da maioria das ações com direito a voto (art. 5º).<sup>20</sup>

<sup>20</sup> O conceito de controle societário é objeto mais do Direito Societário geral do que do Direito Administrativo.

2) Quanto à Forma Societária: As empresas públicas podem assumir qualquer forma societária admitida em Direito Comercial ou no Direito Civil, ao passo que as sociedades de economia mista só podem assumir a forma de sociedades anônimas (art. 5º, III, Decreto-Lei n. 200/67). Os Estados e Municípios podem criar empresas públicas e sociedades de economia mista, mas, ao fazê-lo, deverão observar as normas do Direito Comercial, cuja edição é de competência privativa da União (art. 22, I, CF), podendo, contudo, naturalmente, editar suas próprias normas administrativas (por exemplo, a respeito de como exercerá o seu controle). Já a União, como tem a competência para legislar sobre Direito Societário, pode, ao autorizar a criação de uma estatal, estabelecer para ela uma modalidade societária *sui generis*. De toda sorte, no Conselho de Administração de ambas deve haver a participação de representante dos seus empregados, nos termos da Lei n. 12.353/10 e da Portaria n. 26/11-MPOG, que a regulamentou.

3) Quanto ao Foro: Por uma expressa derrogação constitucional, o foro das empresas públicas é o da Justiça Federal (art. 109, I, CF/88), enquanto o das sociedades de economia mista, por falta de previsão expressa, é o comum, salvo se o ente político instituidor intervier na ação, atraindo a competência de seu foro ou Vara especial, como, de resto, é a norma geral para qualquer processo judicial (art. 5º, Lei n. 9.469/97).

A possibilidade de falência merece um comentário especial. As sociedades de economia mista, como sociedades anônimas que são, sujeitam-se à Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), que inclusive possui um capítulo específico a elas dedicado (capítulo XIX, compreendendo os arts. 235 a 240). O art. 242 da Lei das S.A., que foi revogado pela Lei n. 10.303/01, dispunha que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas à falência, respondendo o Estado subsidiariamente (em caso de esgotamento do patrimônio) por suas dívidas, o que muitos autores entendiam ser inconstitucional, por violação ao art. 173, § 1º, CF: seria um benefício não previsto constitucionalmente. Grande parte da doutrina admitia, contudo, a constitucionalidade do dispositivo legal, vendo nele uma forma de assegurar o cumprimento da finalidade legal para a qual a sociedade de economia mista foi criada, razão pela qual, segundo esses autores, as empresas públicas também não seriam sujeitas à falência independentemente de qualquer previsão legal nesse sentido. A revogação do art. 242 retirou a peculiaridade da discussão em relação às sociedades de economia mista. Hoje temos o art. 2º, II, da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas), que expressamente exclui do seu âmbito tanto as sociedades de economia mista como as empresas públicas. As discussões quanto à constitucionalidade da exclusão, portanto, remanescem, sendo a praxe ju-

risdicional e administrativa o não encerramento das atividades de estatais em razão da sua insolvência, com o Erário sistematicamente atendendo às suas necessidades financeiras cotidianas mais prementes.

Além desse ponto, cabe lembrar que há um latente e natural conflito entre os objetivos de lucro das empresas estatais, sobretudo das sociedades de economia mista, que têm sócios privados, com as finalidades públicas para as quais foram criadas e que justificam a sua permanência sob o controle do Estado, que as utiliza como instrumento da realização de políticas públicas não necessariamente interessantes do ponto de vista estritamente econômico, mesmo considerada a responsabilidade social que as empresas em geral procuram demonstrar hoje.

Não é por outra razão que a Lei das Sociedades Anônimas dispõe: "Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação." Em outras palavras, os fins públicos institucionais podem justificar a mitigação (nunca a supressão) dos seus objetivos puramente lucrativos (ex.: um banco estatal pode fornecer créditos subsidiados a pequenos agricultores<sup>21</sup> ou uma estatal de petróleo pode ter de construir um gasoduto de integração energética nacional atendendo a uma política governamental), mas os seus objetivos lucrativos não podem ser mitigados por interesses públicos diversos dos que determinaram a sua criação (ex.: um banco estatal pode ter que manter uma agência deficitária por ser a única instituição financeira presente em toda a região, mas não pode ser obrigado a não fechar a agência simplesmente para não aumentar o desemprego na região).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define a sociedade de economia mista como "instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima (...)". "O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados". Citando o art. 238 da Lei das

<sup>21</sup> Em caso análogo o STF já observou: "Os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992" (MS 21729).

S.A., lembra que “a pessoa jurídica que controla a companhia mista, sem prejuízo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador, poderá orientá-la de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação”.<sup>22</sup>

A sociedade de economia mista pretende, portanto, ser um instrumento de conjugação de esforços públicos e privados na consecução de fins socialmente relevantes e potencialmente lucrativos. Trata-se, porém, de um ente ontologicamente prenhe de contradições, mas que, justamente em razão delas, possui algumas vantagens em relação às outras modalidades administrativas.

Conforme destaca CALIXTO SALOMÃO FILHO, a estrutura de sociedade de economia mista, embora de um lado auxilie na redução de custos de transação entre poder público e a iniciativa privada, precisa, para ser exitosa, superar dois desafios: os interesses egoísticos e a assimetria informacional que se forma entre a relação público-privada e o restante da sociedade.<sup>23</sup>

Sempre foram consideradas duas situações indesejáveis nas sociedades de economia mista, opostas entre si: (a) os acionistas minoritários se prejudicarem em razão dos investimentos que as sociedades de economia mista fazem para atender aos seus objetivos públicos, muitas vezes contrariando o que adviria da lógica econômica comum; e (b) os acionistas minoritários se beneficiarem em razão de benefícios e facilidades que as sociedades de economia mista poderiam ter em razão de ter o Estado como seu acionista controlador e integrarem a Administração Pública.

Vejam, a respeito, as advertências feitas há décadas por IVALHO BRITTO DAVIS, em seu *Tratado das Sociedades de Economia Mista*:

“As objeções formuladas (às sociedades de economia mista) são todas coincidentes em arguir o conflito **insolúvel** entre os dois interesses. Segundo BYÉ este é um **defeito insanável** das sociedades de economia mista (...). Uma posição majoritária (do Estado) se se trata de um serviço público possibilita o nascimento de um **dissídio irremediável** entre a minoria que busca o lucro e a maioria que visa ao interesse público. Se se trata, ao contrário, de ‘serviço privado’, do qual o Estado possa esperar vantagens econômicas, há o perigo de que ele abuse de suas prerrogativas em **proveito dos acionistas parti-**

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 183-187.

<sup>23</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 190.

culares, encontrando nas facilidades oferecidas pela sociedade de economia mista um convite perigoso à ubiquidade financeira".<sup>24</sup>

Fato é que a própria Lei Societária procura responder a essa contradição ínsita às sociedades de economia mista, submetendo seu controlador (no caso, a União Federal) às responsabilidades inerentes a todo acionista controlador, mas prevendo, de outro lado, a possibilidade de que essas entidades cumpram função institucional específica, como, de resto, a própria Constituição Federal exige (art. 173, § 1º, I, CF/88).

Acerca da questão, MARIO ENGLER PINTO JUNIOR, em obra específica sobre o tema, leciona:

"O conflito decorrente da dualidade de objetivos da empresa estatal (interesse público e finalidade lucrativa) não se resolve mediante a sobreposição incondicional de um sobre o outro. O lucro não é assegurado em qualquer circunstância, mas também não deve ser definitivamente suprimido. O acionista privado que decide participar de uma companhia mista vinculada à persecução do interesse público não tem garantia de rentabilidade mínima e nem sequer a certeza de recuperar o valor do capital inicialmente investido. A expectativa de lucro pode ser alterada a qualquer momento pela vontade unilateral do Estado, embora dentro de determinados limites (...)

**Isso não significa, porém, que o Estado como acionista controlador público esteja legalmente autorizado a impor qualquer tipo de sacrifício patrimonial à companhia controlada em prol do interesse público. O exercício qualificado do poder de controle acionário não pode chegar ao ponto de subverter o tipo societário e violar o direito essencial de participar dos lucros sociais (cf. art. 109 da Lei nº 6.404/76).**

Em matéria de contenção de lucros, existe um limite baseado na razoabilidade e proporcionalidade que, uma vez ultrapassado, gera a obrigação de o estado compensar a companhia controlada. O aspecto mais sensível da convivência público-privada no âmbito da sociedade de economia mista consiste na identificação de um parâmetro minimante objetivo para aferir a responsabilidade do titular do controle nesse particular.

A conciliação entre a finalidade lucrativa e interesse público pressupõe a correta compreensão da função econômica do lucro empresarial."<sup>25</sup>

<sup>24</sup> DAVIS, Ivalho Britto. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969. p. 159, grifamos. Sobre o tema ver também FERREIRA, Waldemar Martins. *A Sociedade de Economia Mista em seu aspecto contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

<sup>25</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal - Função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 350-355.

Por fim, devemos perceber que, além da mudança quantitativa, para menos, da atuação empresarial do Estado (pelo menos até os primeiros anos deste século), se comparada com a existente até a década de oitenta, houve também uma mudança qualitativa da atuação empresarial subsistente, tendencialmente desburocratizada e em busca de eficiência e internacionalização, revelando assim, na feliz expressão de SÉRGIO GUERRA,<sup>26</sup> um crescente “neoempreendedorismo estatal”. Assim, nos últimos anos, vem recrudescendo em boa parte do mundo, inclusive no Brasil, a atuação do Estado na economia, mas cada vez mais através de novos mecanismos. IAN BREMMER, por exemplo, trazendo dados sobre a grande presença do Estado na economia nas últimas décadas, presença esta que teria sido apenas mitigada durante os processos de privatização das décadas de 1980/1990,<sup>27</sup> se refere ao atual momento como o do advento de um “Capitalismo de Estado”,<sup>28</sup> enumerando as seguintes fases até o momento de aparente ápice atual: 1ª) O poder econômico e geopolítico adquirido pelos Estados produtores de hidrocarbonetos, a partir da crise do petróleo de 1973; 2ª) A ascensão de governos com uma visão estatocêntrica da sociedade; 3ª) A adoção do capitalismo pelos países do leste europeu, que mantiveram grande poder direto (através de estatais) ou indireto (através de mecanismos societários ou de subsídios) sobre a economia, mas agora com forte influência sobre o capitalismo globalizado, o qual passaram a integrar; 4ª) Com a crise financeira de 2008/2009, o aumento da regulação e fomento estatais, com apoio aos chamados “campeões nacionais” (grandes empresas nacionais, geralmente exportadoras), e até mesmo a estatização de companhias através da assunção pelo Estado do controle de empresas que estavam em vias de quebrar (ex.: algumas instituições financeiras e a *General Motors* nos EUA). Grande parte desse apoio tem se dado por meio da participação acionária do Estado em empresas privadas (ver subtópico V.11.1), mas ficando com parte minoritária do capital, às vezes acompanhada de *golden shares* (ex.: o apoio recentemente dado pelo Governo Francês a montadora de automóveis, mas obtendo em troca, inclusive, uma *golden share* para evitar que ela transfira suas fábricas para outros países).

<sup>26</sup> GUERRA, Sérgio. Neoempreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: MARSHALL, Carla. (Org.). **Direito Empresarial Público II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>27</sup> No Brasil, por exemplo, o Estado, através de suas estatais, detém grande parte do mercado bancário, da produção de petróleo e da geração de energia.

<sup>28</sup> BREMMER, Ian. State Capitalism Comes of Age. The End of the Free Market?. **Foreign Affairs**, vol. 88, n. 3, maio-junho 2009.

#### V.10.4 - Empresas estatais subsidiárias

De acordo com JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "empresas subsidiárias são aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado. Em outras palavras, o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de primária) e essa, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É essa segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. Alguns preferem denominar a empresa primária de sociedade ou empresa de primeiro grau, e a subsidiária, de sociedade ou empresa de segundo grau. Se houver nova cadeia de criação, poderia até mesmo surgir uma empresa de terceiro grau e assim sucessivamente".<sup>29</sup>

DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI entende que a subsidiária equivale à controlada: "É aquela cujo controle acionário encontra-se em poder de sociedade de economia mista ou empresa pública, a qual tem o poder de eleger a maioria dos administradores e determinar o destino societário." Mas a autora adverte que "o regime jurídico dessas entidades não é peculiar nem diferente. Caracterizam-se como empresas públicas ou sociedades de economia mista também elas".<sup>30</sup>

Também DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO observa que "com a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, as subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista passaram a ser expressamente incluídas entre as paraestatais, ao lhes ser estendido tratamento idêntico ao de suas respectivas empresas matrizes, ou seja, sujeitando-as ao mesmo estatuto jurídico (art. 173, § 1º, CF), em que estarão reguladas sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, a modalidade especial de licitação e de contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (art. 173, § 1º, I, III, IV e V, CF)".<sup>31</sup>

O art. 37 da Constituição Federal prevê, por sua vez, a aplicação da vedação da acumulação de cargos públicos às subsidiárias de sociedades de economia mista,

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 430.

<sup>30</sup> Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998. In *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 27, p. 34, 1999.

<sup>31</sup> *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 264.

confirmando, portanto, que essas entidades estão sujeitas aos mesmos condicionamentos que as suas controladoras.<sup>32</sup>

O próprio conceito de Administração Indireta, se tradicionalmente era entendido como abrangente apenas das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, hoje, com a multiplicação e complexização das formas de atuação empresarial, pode, pelo menos para efeito de observância dos princípios constitucionais, e atendidas as suas peculiaridades, ser considerado como inclusivo das subsidiárias.

Dessa forma, assim como a sua controladora, as subsidiárias estão, independentemente da sua caracterização nominal como empresas públicas ou sociedades de economia mista, submetidas a um regime jurídico híbrido: um regime jurídico privado, em igualdade de condições com a iniciativa privada, ressalvados, todavia, alguns influxos publicísticos, como, por exemplo, a vedação de acumulação de cargos, controle pelos tribunais de contas,<sup>33</sup> licitações, vedação de publicidade de promoção pessoal etc. Não se trata de um regime em parte privado e em parte público, mas de um terceiro regime híbrido, com elementos fundidos daqueles dois.

Assim é que, quanto à contratação de pessoal, as subsidiárias, sendo em última instância controladas pelo Estado, também são sujeitas às normas atinentes à Administração Pública, especialmente ao atendimento do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de pessoal. Veja-se, a respeito, a Súmula n. 231 do Tribunal de Contas da União: “A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.”

<sup>32</sup> “Art. 37. (...) XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998); XX – 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.”

<sup>33</sup> Arts. 70 e 71 da Constituição Federal.

### V.10.5 - Consórcios públicos

Os consórcios administrativos eram considerados pela ampla maioria da doutrina como uma espécie de convênio, ou seja, como uma conjunção despersonalizada (portanto, sem capacidade de adquirir por si próprio direitos e obrigações) de esforços para a realização de objetivos comuns. A sua única peculiaridade em relação aos convênios em geral era serem celebrados por entidades da mesma espécie (p. ex., só Municípios).

Essa conformação doutrinária dos consórcios e convênios acabou culminando na sua pouca utilidade como mecanismo de cooperação entre entes da Federação, já que gerava pouca ou nenhuma coercitividade para as partes,<sup>34</sup> situação que veio a ser profundamente alterada pelo art. 241 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 19/93 e regulamentado pela Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005.<sup>35</sup>

Hoje, nos termos dessa Lei, os consórcios públicos são entidades associativas de entes da Federação, da mesma ou de diferentes esferas federativas, dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado (arts. 1º, § 1º; 4º, IV; 6º, Lei n. 11.107/05), sendo, tanto os entes consorciados, isolados ou em conjunto, como o próprio consórcio público, partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações assumidas por seus membros (art. 8º, § 3º, Lei n. 11.107/05).

Se os consórcios públicos forem de direito público, chamados pela Lei de associações públicas, serão autarquias plurifederativas. É usual que toda entidade da Administração Indireta que possuir personalidade jurídica de direito público seja

<sup>34</sup> Em razão, por exemplo, de qualquer das partes poder deixar o acordo livremente a qualquer tempo e de não haver como uma parte forçar a outra a cumpri-lo, com obrigações desprovidas de sanções.

<sup>35</sup> "A redação dada pela EC n. 19 ao artigo 241 importou no seguinte: i) ficou autorizada a formação de consórcios impuros, é dizer, aqueles formados por entes distintos da Federação e não apenas exclusivamente entre Estados ou entre Municípios; ii) a cooperação entre estes entes poderá se dar de duas formas distintas, consórcios ou convênios, obrigando que o intérprete dê a estes dois institutos conformação jurídica distinta; iii) a cooperação consorcial dar-se-á pela instituição de entes submetidos em alguma medida ao regime publicístico - diz a CF *consórcios públicos* - o que prenota alguma diferença em face dos tradicionais consórcios administrativos; iv) a disciplina destas duas formas de cooperação e coordenação entre entes federados será feita mediante lei editada pelos três entes, o que acarreta a atribuição de competência legislativa concorrente para disciplinar a matéria; v) o objeto destes instrumentos de cooperação e coordenação será a atuação concertada na gestão de serviços públicos, o que envolve a participação de um ente na prestação de um serviço público de titularidade de outro ente; vi) para efetivar esta prestação por cooperação admite-se a gestão associada destes serviços, inclusive com a transferência recíproca, total ou parcial, de serviços e encargos" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os consórcios no Direito brasileiro**. Disponível em <www.manesco.com.br>). Sobre o tema ver também o tópico XV.12.

considerada uma espécie de autarquia, como as chamadas autarquias corporativas e as fundações autárquicas.<sup>36</sup>

Se for atribuída ao consórcio público personalidade jurídica de direito privado, poderá assumir qualquer forma associativa admitida na legislação civil para entidades sem fins econômicos, constituindo entidades privadas plurifederativas, integrantes da Administração Indireta de mais um ente da Federação.

Os consórcios, em quaisquer de suas espécies, integram concomitantemente a Administração Indireta de mais de um ente da Federação, que podem lhes conferir competências para a regulação ou prestação de atividades administrativas em geral. Será o exercício associado dessas atividades que constituirá o objeto dos consórcios, sempre dirigidos pelo Chefe do Poder Executivo de um dos entes federativos consorciados, eleito em assembleia-geral – órgão máximo da pessoa jurídica consorcial – composta por um representante de cada ente consorciado (art. 4º, VII e VIII, e § 2º, Lei n. 11.107/05).

Os consórcios podem subdelegar mediante concessão ou permissão (arts. 2º, § 3º; 4º, XI, c, Lei n. 11.107/05) os serviços a eles atribuídos. Vê-se, aliás, na Lei um ânimo de os entes federados, sobretudo Municípios, transferirem para o consórcio determinados serviços públicos, sobretudo aqueles com relação aos quais haja dúvidas quanto à titularidade, como o serviço de saneamento, não para serem prestados pelo próprio consórcio, mas, preferencialmente, para que o consórcio os delegue a alguma empresa e os regule, evitando-se a diluição que haveria na existência de uma concessão por cada ente federativo.<sup>37</sup>

Podem ser conferidas aos consórcios as competências atribuíveis às entidades da Administração Indireta em geral (art. 2º). Mas, naturalmente, se o seu objeto principal for o exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de

<sup>36</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. In: **Revista de Direito Administrativo - RDA**. v. 231, 2003. Essa postura foi confirmada pela nova redação dada pela Lei n. 11.107/05 ao inciso IV do art. 41 do Novo Código Civil, que passou a enumerar no rol das pessoas jurídicas de Direito Público as “autarquias, inclusive as associações públicas”. A medida parece decorrer de uma interpretação do art. 37 da Constituição Federal de que existem no Direito brasileiro apenas as quatro espécies de entidades da Administração Indireta nele enumeradas (cf. BORGES, Alice Gonzalez. Os Consórcios Públicos na Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**. v. 32, p. 236, 2005).

<sup>37</sup> Da mesma forma que as atribuições de poder concedente foram muitas vezes transferidas por lei a autarquias reguladoras unifederativas, podem também ser conferidas a autarquias plurifederativas (consórcios de direito público) regidas pela Lei n. 11.107/05. Note-se ainda que o art. 13, § 1º, I, da Lei determina a aplicação da legislação das concessões de serviços públicos aos contratos de programa dos consórcios públicos.

regulação, deverá revestir a nova forma autárquica de associação pública conforme visto acima.

A constituição do consórcio público se dá através da seguinte sucessão de instrumentos, cada um densificador do conteúdo normativo do anterior: (a) protocolo de intenções ratificado mediante lei dos entes que desejam consorciar-se, instrumento que, indo além do que normalmente é a função dos chamados "protocolos de intenções", já definirá os mais importantes aspectos do consórcio (arts. 4º e 5º, *caput*); (b) contrato de formação do consórcio, que, no caso de ter personalidade jurídica de direito privado, revestirá a forma de um contrato social (art. 5º); (c) contrato de programa, no caso de o objeto do consórcio ser a gestão (direta ou através de delegatário privado) de serviço público, fixando concretamente os bens, serviços e pessoal com que cada um dos entes consorciados contribuirá (arts. 4º, XI, *d*; 13); e (d) contratos anuais de rateio, em que serão fixados recursos financeiros que os entes consorciados devem repassar ao consórcio (art. 8º).

A Lei n. 11.107/05, densificando o art. 241 da CF, dando tratamento inteiramente novo aos consórcios públicos, acrescenta novo elemento à evolução dos meios de prestação dos serviços públicos ao adotar uma fórmula original de prestação descentralizada por entidade plurifederativa da Administração Indireta - o consórcio -, que, por sua vez, pode delegar os serviços a ele conferidos a empresas públicas ou privadas através dos instrumentos já consagrados de delegação de serviços públicos (concessões etc.).

## V.11 - PARTICIPAÇÃO DO ESTADO EM PESSOAS PRIVADAS NÃO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Há casos intermediários em que o Estado possui forte influência sobre a pessoa jurídica, mas ela não pode ser tecnicamente considerada uma entidade da Administração Indireta por não estar sujeita ao controle do Estado, permanecendo como empresa ou entidade privada. Além das pessoas jurídicas criadas pelo Estado para realizar suas finalidades, ele também participa de empresas da iniciativa privada e de entidades sem fins lucrativos integrantes do chamado "terceiro setor".

### V.11.1 - Empresas privadas com participação minoritária do Estado (empresas público-privadas)

Muitas podem ser as formas pelas quais o Estado vem a participar de empresas (pessoas jurídicas com fins lucrativos). Exemplificativamente, o Poder Público

pode adjudicar judicialmente cotas sociais, adquiri-las por herança jacente, doação, compra e venda, para fins de fomento etc.

O fenômeno, no entanto, que mais vem adquirindo importância prática nos últimos anos, é o da deliberada aquisição por parte de empresas estatais (sobretudo instituições financeiras federais) de participações societárias minoritárias em empresas privadas, preexistentes ou formadas na ocasião, participações minoritárias estas muitas vezes acompanhada de um acordo de acionistas e/ou de uma ação *golden share*. Trata-se da mais nova e pungente forma de atuação do Estado na economia.

O art. 5º, LXXIII, CF, prevê a possibilidade de propositura de ação popular não apenas para a proteção das entidades e órgãos da Administração Direta e Indireta, mas, também, das empresas das quais o Estado apenas participe. Trata-se de uma admissão, a partir do próprio texto constitucional, das hipóteses que estamos comentando, o que também decorre do art. 37, XX, da CF.

BRUNO LEAL RODRIGUES<sup>38</sup> cita pelo menos três novas formas de associação entre o Estado e a iniciativa privada, como expressões da atualização da atuação direta do Estado na economia em uma era pós-desestatização: (i) os acordos de acionistas, (ii) a formação de consórcios e a (iii) participação em outras empresas. Nesses casos o Estado se vale de mecanismos preponderantemente societários – e não mais tanto regulatórios ou de fomento – para atrair e direcionar o comportamento de capitais privados.

Essa participação, ao contrário daquelas furtivas e temporárias acima mencionadas (herança jacente, penhora/adjudicação de cotas etc.), se dá, apesar de não ser majoritária no capital, com vistas necessariamente à realização de algum interesse público perene, podendo ocorrer tanto através de empresas integrantes da Administração Indireta e, portanto, controladas pelo Estado, como, o que é menos comum, diretamente pelo próprio Estado. “O Poder Público pode preferir, ao invés de instituir ou constituir empresas administrativas, integrantes da administração indireta e, desse modo, componentes da organização governamental, criar, em cooperação com particulares, empresas que sejam instrumentos de participação pública na economia, mas sem a natureza de pessoas administrativas paraestatais. São as empresas dessa nova espécie, de Direito Privado, mas tipi-

---

<sup>38</sup> RODRIGUES, Bruno Leal. Formas de Associação de Empresas Estatais. Acordo de Acionistas, Formação de Consórcios e Participação em outras Empresas. In: **Direito Administrativo Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumien Juris, 2006. p. 99.

camente para-administrativas, pois que situadas fora da administração pública, embora com essa relacionada...<sup>39</sup>

De acordo com JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, o art. 37, XX, CF, refere-se àquelas sociedades em que o Estado participa de forma minoritária, sem qualquer tipo de controle.<sup>40</sup> É de se pressupor que o Constituinte fez referência a diferentes formas de parceria societária do Estado com a iniciativa privada justamente em virtude da existência de diferenças entre essas figuras. Não se pode, assim, sustentar que a Constituição apenas permite que o Estado constitua empresas que de alguma forma sejam por ele controladas, já que fez clara referência a empresas que tão somente tenham a participação do Estado, em qualquer intensidade.

Como aponta CAROLINA BARROS FIDALGO, “essa forma de intervenção ocorre tanto quando o Estado adquire ações em uma sociedade privada previamente constituída quanto quando se associa com a iniciativa privada para a criação de uma sociedade na qual ele não possuirá ações e/ou direitos suficientes para o exercício de controle”.<sup>41</sup>

GIUSEPPE MARCON cita, entre os possíveis motivos para participação do Estado em empresas privadas sem controlá-las, (i) a possibilidade de obter diretamente informações sobre determinados setores produtivos; (ii) possibilidade de maior controle sobre as políticas de gestão de determinadas empresas sobre as quais o Poder Público tenha especial interesse, em virtude da atividade desenvolvida ou de subsídios a elas concedidos; (iii) o interesse em financiar em parte as atividades de determinada empresa privada, ainda que somente para garantir a sua sobrevivência; (iv) o interesse em promover uma gradual aquisição de posição de controle.<sup>42</sup>

De nossa parte, propomos a seguinte sistematização das razões pelas quais se dá a participação em empresas privadas de forma minoritária: (1) para fomentar determinados setores da atividade econômica; (2) para realizar de forma mais eficiente as atividades-fim de suas sociedades de economia mista; (3) para direcionar em

<sup>39</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III. *Apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 78/79.

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 437.

<sup>41</sup> FIDALGO, Carolina Barros. *O estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. 2012. p. 287.

<sup>42</sup> MARCON, Giuseppe. *Le imprese a partecipazione pubblica: Finalità pubbliche ed economicità*. Padova: CEDAM, 1984. p. 11.

determinados sentidos as atividades de uma empresa privada, através de eventual titularidade de uma *golden share* ou da celebração de acordo de acionistas;<sup>43</sup> ou (4) para ter uma maior fiscalização sobre as atividades e contabilidade de concessionárias privadas de serviços públicos, reduzindo a assimetria informacional que existe em relação ao Estado, já que, como sócio, terá mais acesso direto aos dados do que como um regulador externo.<sup>44</sup>

Tecnicamente, no Direito brasileiro, não há que se adotar a nomenclatura de sociedade de economia mista para empresa com participação estatal minoritária, tendo em vista a definição constante do art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67: “Sociedade de Economia Mista – 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 pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Assim sendo, a empresa público-privada (por Carlos Ari Sundfeld chamadas de empresas semiestatais e por Mário Engler de empresas híbridas) se diferencia das sociedades de economia mista definidas pelo Decreto-Lei n. 200/67 e suas subsidiárias na medida em que o Estado não possui o seu controle acionário. É, dessa forma, sociedade anônima ordinária, sujeita inteiramente ao Direito Privado. De toda sorte, os atos de sua controladora pública em relação a ela e os atos que eventualmente pratiquem como *longa manus* do Estado ou de empresas por ele controladas deverão atender aos princípios da Administração Pública (art. 37, CF).<sup>45</sup>

Ademais, importante questão que os casos concretos podem trazer é se a participação minoritária, que contemple acordo de acionistas ou *golden shares*, chega a

<sup>43</sup> Com a crise de 2008/9, houve o aumento da regulação e fomento estatais, com apoio aos chamados “campeões nacionais” (grandes empresas nacionais, geralmente exportadoras), e até mesmo a estatização, ainda que temporária, de companhias através da assunção pelo Estado do controle de empresas que estavam em vias de quebrar (ex.: algumas instituições financeiras e a *General Motors* nos EUA). Grande parte desse apoio tem se dado através da participação acionária do Estado em empresas privadas, mas ficando com parte minoritária do capital, às vezes acompanhada de *golden shares* (ex.: o apoio dado pelo Governo francês a montadora de automóveis, mas obtendo em troca uma *golden share* para evitar que ela transfira suas fábricas para outros países).

<sup>44</sup> No Brasil, todas essas modalidades têm, em maior ou menor escala, sido crescentemente empregadas. Especial destaque têm, no entanto, as licitações para concessões em que se exige que a concessionária seja uma sociedade de propósito específico com participação minoritária do Estado, a exemplo da participação da Infraero nas desestatizações de aeroportos. Sobre o assunto, ver o nosso *Empresa público-privada (Revista dos Tribunais, v. 890, 2009)*.

<sup>45</sup> Não pode, por exemplo, a sociedade de economia mista se valer da sua condição de acionista, ainda que minoritário, para fazer com que a empresa público-privada faça doações a campanhas políticas, contrate apadrinhados políticos etc.

transformar o Estado em controlador ou cocontrolador da sociedade, com o que seria em tese defensável que ela teria se tornado uma empresa controlada pelo Estado, integrando-a ao regime da Administração Indireta, aplicando-se-lhes as normas de direito público cabíveis do art. 37, CF.

Apesar de a questão dever sempre ser analisada à luz de cada caso concreto, no geral não concordamos com essa posição. As empresas privadas com participação minoritária estatal caracterizam-se pela ausência de controle. São, como visto acima, formas de "empresas público-privadas", sociedades anônimas ordinárias que se opõem às sociedades de economia mista, na qual o ente estatal é o controlador, e, mais do que controlador, controlador nos termos do art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67, que possui um conceito formal de controle (50% + 1 das ações com direito de voto),<sup>46</sup> não da Lei das S.A., que possui um conceito material de controle.

E, de fato, não faria sentido que, em matéria de organização administrativa, que acarreta todo um bloco de regime jurídico para a pessoa jurídica conforme seja incluída ou não estrutura da Administração Pública Indireta (licitações, concursos públicos, orçamento público, tribunais de contas etc.), a caracterização de uma entidade como sociedade de economia mista ficasse flutuando através de critérios fáticos, dinâmicos e essencialmente subjetivos.

Ou seja, pelo menos para fins de submissão ao regime jurídico administrativo, as participações societárias estatais se regem pelo art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67, não pelos conceitos de controle da Lei das S.A., e, mesmo pela Lei das S.A., o controle compartilhado não é, por si só, via de regra suficiente para caracterizar o controle.

RUBENS REQUIÃO sustenta a identificação do acionista controlador com o detentor da maioria dos votos decisivos nas deliberações da assembleia-geral.<sup>47</sup> Nesse sentido, FRAN MARTINS aduz que: "necessário nos parece que, no conjunto, o acionista controlador possua a maioria das ações votantes da sociedade, pois só assim poderá ser assegurada, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral".<sup>48</sup>

<sup>46</sup> "Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: III - Sociedade de Economia Mista - 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 pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 1969)"

<sup>47</sup> REQUIÃO, Rubens. O controle e a proteção dos acionistas. *Revista de direito mercantil*. Nova fase, 1974, n. 15/16, p. 28.

<sup>48</sup> MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404/76*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. II, p. 93.

MÁRIO ENGLER PINTO JUNIOR sintetiza esse entendimento nos seguintes termos: “sob a ótica do Direito Constitucional e Administrativo, toda **sociedade cuja maioria do capital votante pertença, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica de direito público**, independentemente de sua constituição ter sido precedida de lei autorizativa, é considerada parte integrante da administração pública”.<sup>49</sup>

Por fim, cumpre ressaltar a possibilidade do uso mal intencionado do mecanismo de participação minoritária com fins de burla ao regime jurídico aplicável à Administração Pública. Eventuais vícios em casos concretos não podem, obviamente, inquinare a validade do instituto das empresas público-privadas como um todo.

Nesse sentido, CAROLINA BARROS FIDALGO alerta para a questão: “embora a sociedade não seja integrante da Administração Pública, a opção por nela investir é um ato que pode ser controlado. Preocupa-nos, em especial, a possibilidade de que tais participações societárias sejam usadas não como uma forma de atender o interesse público, mas sim de burlar o sistema constitucional aplicável à Administração Pública.”<sup>50</sup>

A autora alude, como exemplos desse expediente, às hipóteses abaixo:

“A criação de uma sociedade privada com participação estatal poderia ser um instrumento para, por exemplo, liberar os negócios das estatais das amarras do Direito Administrativo. Em vez de contratar novos empregados por concurso público e realizar licitações para a contratação de bens e serviços relacionados às suas atividades-meio, a empresa estatal poderia simplesmente constituir uma parceria com uma sociedade privada para a constituição de uma terceira sociedade, a qual, tão somente pelo fato de não ser controlada por uma entidade da Administração Pública, não seria submetida a quaisquer desses condicionamentos, muito menos seria obrigada a atender a determinado interesse público, e, além de tudo, não seria submetida ao controle dos Tribunais de Contas. Essa sociedade ‘semiestatal’ poderia ser utilizada para a distribuição de cargos entre aliados do Governo ou mesmo para a celebração de contratos com sociedades financiadoras de campanhas políticas em valores superiores aos praticados no mercado”.<sup>51</sup>

Assim sendo, ressalvadas as hipóteses de fraude, a empresa público-privada se diferencia das sociedades de economia mista definidas pelo Decreto-Lei n. 200/67 na medida em que o Estado não possui o seu controle acionário ao não possuir

<sup>49</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>50</sup> FIDALGO, Carolina Barros. Op. cit., p. 342.

<sup>51</sup> Idem, ibidem, p. 342.

a maioria das ações com direito a voto. Portanto, as empresas público-privadas não integram a Administração Indireta, não sendo aplicáveis a elas as regras de controle público do art. 37, CF, incidentes apenas sobre as decisões do acionista estatal tomadas em seu seio.

### V.11.2 - Participação do estado em entidades privadas sem fins lucrativos

No caso de entidades privadas sem fins lucrativos colaboradoras do Poder Público, a participação do Estado se dá por intermédio do que DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>52</sup> chama de fomento social, o qual pode ser instrumentalizado por meio de subsídios ou repasse de verbas, incentivos fiscais para os virtuais donatários, cessão de bens públicos e, no caso das entidades que, nos termos da Lei n. 9.637/98, venham a ser qualificadas como Organizações Sociais, até com a cessão de servidores públicos.

O Estado não participará diretamente no capital social da entidade, apesar de, no caso das Organizações Sociais, indicar membros minoritários do seu Conselho de Administração (art. 3º, I, da Lei das Organizações Sociais).

Além das Organizações Sociais, há as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, conhecidas como OSCIPs, objeto da Lei n. 9.790/99. De forma sucinta, as OSCIPs são entidades privadas sem fins lucrativos e dedicadas a determinadas atividades, às quais o Poder Público confere uma qualificação especial, com o propósito do recebimento de recursos e bens de origem pública. Em decorrência da qualificação como OSCIP, a entidade passará a ter de cumprir uma série de regras, e atrairá controles relativos ao uso dos recursos públicos que receber. Os potenciais benefícios, bem como os controles do Poder Público, são menores do que os que caracterizam as Organizações Sociais.

Podem ser citadas, ainda, as fundações de apoio, muitas vezes instituídas total ou parcialmente por Universidades Públicas; e as fundações privadas de previdência complementar de empregados de entidades da Administração Indireta, cujos recursos são, em parte, provenientes das entidades empregadoras, o que faz com que tenham um vínculo bem mais forte com o Estado do que suas congêneres inteiramente privadas, sujeitando-se, mesmo, a uma espécie de supervisão ministerial mitigada (assim, por exemplo, as alterações estatutárias dessa espécie de entidade de previdência privada fechada – “fundos de pensão” – dependem de autorização do Ministro da Previdência Social).

<sup>52</sup> Op. cit.

Finalmente, ainda dentro do tema da participação do Estado em entidades privadas, merecem destaque os serviços sociais autônomos, entidades de direito privado, instituídas por lei sob formas privadas comuns - associações ou fundações - com vistas a prestar assistência, sem fins lucrativos, a certos grupos sociais e categorias profissionais, e que são financiadas por dotações orçamentárias públicas ou por contribuições parafiscais de natureza tributária. Estamos falando sobretudo do chamado "Sistema S", integrado por entidades como o SENAI, o SENAC, o SEBRAE, o SESC e o SESI. Trata-se de entes paraestatais, não integrantes da Administração Indireta, possuidores de administração e de patrimônio próprios e encarregados da execução de atividades legalmente consideradas de interesse público.

Entretanto, tais entes só atuam sob o amparo, inclusive financeiro, e autorização do Estado, que sobre elas possui certas ingerências.<sup>53</sup> Por serem custeadas por tributos (recebem contribuições parafiscais de interesse de categorias econômicas e sociais - art. 149, *caput*, da Constituição), estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, devendo, ainda, observar os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade nas suas contratações, inclusive de pessoal, mesmo que não estejam sujeitas aos estritos termos da Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos - Lei n. 8.666/93.

## V.12 - AGÊNCIAS EXECUTIVAS

A "agência executiva" não é uma espécie de entidade da Administração Pública Indireta, mas mera qualificação que algumas dessas entidades<sup>54</sup> - as autarquias e as fundações públicas - podem receber, propiciando a celebração de um contrato de gestão, com o propósito de ampliar sua autonomia (cf. art. 51 da Lei n. 9.649/98 e Decreto n. 2.487/98, hoje esteados também no § 8º do art. 37 da CF).<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Se tais ingerências forem tão grandes a ponto de caracterizar um controle propriamente dito, deverão ser material e juridicamente consideradas como integrantes da Administração Indireta.

<sup>54</sup> Tampouco cabível é a sua comparação com as agências reguladoras. Nos EUA, a distinção faz sentido, já que todos os órgãos ou entidades da Administração Pública são agências, e apenas as que editam normas são "reguladoras". As demais, geralmente exercendo apenas atividades materiais, são "executivas". No Brasil, "agência executiva", no Direito Positivo, é mera qualificação, que inclusive uma agência reguladora, se quiser, pode vir a possuir.

<sup>55</sup> Nada impede, contudo, que a própria lei de instituição da autarquia ou fundação pública faculte ou já determine a celebração de contrato de gestão por parte dela independentemente da sua prévia qualificação como agência executiva (ex.: art. 7º da Lei n. 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL). Sobre a contradição entre os contratos de gestão e entidades que já

O contrato de gestão tecnicamente não é um contrato, mas um ato consensual normativo de organização interna. Com isso se corrobora que a agência executiva não é uma espécie de entidade da Administração Indireta, porém mera qualificação que pode ser dada a algumas delas a fim de que, juntamente com o contrato de gestão, seja aumentada a sua autonomia e diminuídos os controles sobre elas existentes.