
Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
edição atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 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

faleconosco@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 contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

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

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

10

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

10.1 DESCENTRALIZAÇÃO

10.1.1 DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica.

Difere da **desconcentração** pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, **desconcentrar**, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia.

A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.

10.1.2 DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA

O tema pode ser analisado sob o ponto de vista político e administrativo.

A **descentralização política** ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As

atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

A **descentralização administrativa** ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.

Os vocábulos **autonomia** e **administração** expressam bem a distinção. Autonomia, de *autós* (próprio) e *nómos* (lei), significa o poder de editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição; nesse sentido, só existe autonomia onde haja descentralização política.

Autoadministração dá ideia de capacidade de gerir os próprios negócios, mas com subordinação a leis postas pelo ente central; é o que ocorre na descentralização administrativa.

Normalmente, combinam-se as duas modalidades de descentralização, outorgando-se aos entes locais (Estados e Municípios) uma parcela de competência própria que podem exercer com autonomia (sem subordinação a leis federais) e fixando-se uma parcela de competências concorrentes em que as leis locais se subordinam às leis federais; além disso, criam-se entidades com personalidade jurídica própria, com capacidade de **autoadministração**, porém sem autonomia.

10.1.3 MODALIDADES DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Não há uniformidade entre os doutrinadores na maneira de classificar a descentralização administrativa. Alguns consideram duas modalidades:

1. descentralização **territorial** ou **geográfica**; e
2. descentralização **por serviços, funcional** ou **técnica**.

Outros fazem uma classificação tripartite que abrange, além dessas duas, a **descentralização por colaboração**. Essa classificação será aqui adotada por apresentarem, as três modalidades, características próprias que justificam a inclusão em categorias diversas.

10.1.3.1 DESCENTRALIZAÇÃO TERRITORIAL

Descentralização **territorial** ou **geográfica** é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica.

São características desse ente descentralizado:

1. personalidade jurídica de direito público;
2. capacidade de autoadministração;
3. delimitação geográfica;
4. capacidade genérica, ou seja, para exercer a totalidade ou a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade;
5. sujeição a controle pelo poder central.

Esse tipo de descentralização é o que ocorre nos Estados unitários, como França, Portugal, Itália, Espanha, Bélgica, constituídos por Departamentos, Regiões, Províncias, Comunas, e é o que se verificava no Brasil, à época do Império.

No Brasil de hoje, podem ser incluídos nessa modalidade de descentralização os **territórios federais**, que não integram a federação, mas têm personalidade jurídica de direito público, são geograficamente delimitados e possuem capacidade genérica, que abrange serviços de segurança, saúde, justiça etc.

É importante realçar que a descentralização administrativa territorial nem sempre impede a capacidade legislativa; só que esta é exercida **sem autonomia**, porque subordinada a normas emanadas do poder central.

10.1.3.2 DESCENTRALIZAÇÃO POR SERVIÇOS

Descentralização **por serviços, funcional ou técnica** é a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também **fundações** governamentais, **sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviços públicos. A Lei nº 11.107, de 6-4-05, criou novo tipo de entidade que prestará serviço público mediante descentralização; trata-se dos **consórcios públicos**, a serem criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, prevista no artigo 241 da Constituição Federal.

Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como **serviço público descentralizado**: trata-se de determinado serviço público que se destaca da pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza pública; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade pública, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta **serviço público** típico do Estado.

Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles transferiram a **titularidade** e a **execução** de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores, pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.

Isso ocorre, não só no Brasil, mas também em outros países onde se multiplicam as variedades de entes descentralizados. Para citar apenas o direito francês, no qual o nosso direito administrativo se inspirou em grande parte, lembramos que o *établissement public* (estabelecimento público), que correspondia originariamente às nossas autarquias, hoje é denominação genérica que abrange entidades com personalidade pública e privada.

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a **titularidade** e a **execução** do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do **controle** ou **tutela** a que tais entidades se submetem nos limites da lei.

Esse processo de descentralização envolve, portanto:

1. reconhecimento de **personalidade jurídica** ao ente descentralizado;
2. existência de órgãos próprios, com **capacidade de autoadministração** exercida com certa independência em relação ao poder central;
3. **patrimônio próprio**, necessário à consecução de seus fins;
4. **capacidade específica**, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao **princípio da especialidade**, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram a sua criação;
5. sujeição a **controle** ou **tutela**, exercido nos limites da lei, pelo ente instituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria a sua instituição.

Aliás, para assegurar essa independência, o ideal seria que os dirigentes dessas entidades fossem eleitos por seus próprios membros, o que raramente ocorre. Em regra, a escolha dos dirigentes fica por conta da Administração Direta, ocupando eles cargos de confiança do Chefe do Executivo; isso cria uma vinculação prejudicial à independência da entidade, que acaba sendo dirigida pela própria pessoa jurídica que a criou precisamente para dar-lhe certa "autonomia"; torna-se, pois, imperfeita e, por vezes, inútil e onerosa a descentralização.

Note-se que a instituição de entidades descentralizadas prende-se essencialmente a razões de ordem **técnico-administrativa**; o acréscimo de encargos assumidos pelo Estado prestador de serviços (Estado do Bem-estar) aconselha a descentralização de atividades que, pelo elevado número e complexidade, não poderiam ser executadas a contento se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica. A descentralização, além de aliviar o órgão central de certo número de atividades, ainda traz o benefício da especialização; com a criação da entidade, formar-se-á (ou deveria formar-se) um corpo técnico, especializado na execução do serviço que lhe foi confiado.

10.1.3.3 DESCENTRALIZAÇÃO POR COLABORAÇÃO

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de **contrato** ou **ato administrativo unilateral**, se transfere a **execução** de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a **titularidade** do serviço.

Comparando-se esta modalidade com a anterior, verifica-se que, naquela, a descentralização é feita por **lei**, que cria uma **pessoa jurídica pública**, à qual atribui a **titularidade** e a **execução do serviço**, colocando-a sob a **tutela** do Poder Público (controle nos limites da lei). Vale dizer que o ente que cria a entidade perde a disponibilidade sobre o serviço, pois, para retomá-lo, depende de lei.

A descentralização por colaboração é feita por **contrato** ou **ato unilateral**, pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a **execução** de serviço público, conservando o Poder Público a sua titularidade. Isto lhe permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o Poder Público é que detém a titularidade do serviço, o que não ocorre nesta última.

Originariamente, nessa forma de descentralização por colaboração, que se faz por concessão, permissão ou autorização do serviço público, o Poder Público delegava a execução do serviço a pessoas jurídicas já constituídas com capital exclusivamente privado; e essa era a sua vantagem, ou seja, a possibilidade de realizar grandes serviços sem dispêndio de capital público, além de manter, o poder concedente, a disponibilidade sobre o serviço.

Mais recentemente, adotou-se o procedimento de delegar a execução do serviço público a **empresas sob controle acionário do Poder Público**, referidas na Constituição como categoria própria, diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista (arts. 37, XVII, e 165, § 5º, II).

Embora sem a grande vantagem originária das concessões (realização do serviço sem dispêndio de capital público), o procedimento é legal, desde que assegurada ao Poder Público a disponibilidade sobre o serviço.

Agora, sob o impulso da chamada Reforma do Estado e da privatização, volta a concessão de serviços públicos a ser utilizada sob a forma originária de delegação a empresas privadas. Isto está sendo feito por dois caminhos: pela **desestatização** (com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, com o que tais empresas deixam de estar sob o controle acionário do Estado) e pela abertura de licitação para outorga de novas concessões.

10.1.4 EVOLUÇÃO

À época do Estado liberal, em que a sua atividade se restringia quase exclusivamente à defesa externa e segurança interna, não havia grande necessidade de descentralização das atividades administrativas, mesmo porque as funções de polícia são, em geral, indelegáveis, pelo fato de implicarem autoridade, coerção sobre o indivíduo em benefício do bem-estar geral; com relação a elas, são incompatíveis os métodos do direito privado, baseados no princípio da igualdade. A essa época, o conceito de serviço público ligava-se sem contestação ao regime jurídico administrativo. Esse podia ser considerado o critério mais adequado para distinguir o serviço público da atividade particular.

À proporção que o Estado foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, sentiu-se necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração. De um lado, a ideia de **especialização**, com vistas à obtenção de melhores resultados, e que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a **utilização de métodos de gestão privada**, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Com isso, o próprio conceito de serviço público entrou em crise, já que os chamados serviços industriais e comerciais, antes executados exclusivamente por particulares, passaram a ser desempenhados também pela Administração Pública, sob regime predominante de direito privado; como consequência, o regime jurídico deixou de ser a baliza que delimitava os conceitos de serviço público e particular.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, por meio de **concessão**, cuja vantagem, já assinalada, era a possibilidade que tinha o Estado de prestar serviço público essencial, sem necessidade de inverter recursos públicos e sem correr os riscos do empreendimento.

À medida que o Poder Público teve que interferir na vida da empresa concessionária, para assegurar a consecução dos interesses gerais, foi necessária também a sua ajuda financeira cada vez maior. Construíram-se teorias, objetivando assegurar

o equilíbrio econômico do contrato e possibilitar a continuidade na prestação do serviço. Quando o Estado começou a participar dos riscos do empreendimento, a concessão foi perdendo o seu interesse e buscaram-se novas formas de descentralização.

As autarquias, por terem capacidade pública semelhante à da Administração Pública, foram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos próprios do Estado, embora no direito brasileiro muitas tenham sido criadas para desempenhar atividade econômica, como as Caixas Econômicas, depois transformadas em empresas públicas. Foi, principalmente, a ideia de **especialização** que norteou a criação dessas entidades.

Já para a atividade comercial ou industrial do Estado, mostrou-se mais adequada a forma empresarial.

Com o declínio das concessões, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Nas primeiras, o que atraiu o Poder Público foi, de um lado, a possibilidade de, em uma única empresa voltada para a execução de serviço público de natureza comercial e industrial, acumular grande volume de recursos financeiros que o Estado, sozinho, não conseguiria levantar e, de outro, a possibilidade de atuar sob o mesmo regime das empresas privadas.

No início deste século, começou-se a apontar o principal aspecto negativo da sociedade de economia mista, a saber, o conflito de interesses entre o Estado e o particular; o primeiro, visando ao interesse geral, procura fixar preços mais baixos, acessíveis para a população; o segundo objetiva o lucro e, por essa razão, quer os preços mais elevados.

Daí a instituição de empresas públicas, em que o capital é inteiramente público.

Ocorre que, com a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ampliou-se, mais uma vez, a atuação estatal, para abranger não apenas as atividades de natureza industrial e comercial exercidas como **serviços públicos** (transportes, energia, luz, gás etc.), mas também a atividade industrial e comercial de natureza privada que o Estado precisava exercer a título de intervenção no domínio econômico, ou seja, não para assumir como sua uma atividade que o particular não desempenhava a contento, mas para **subsidiar a iniciativa privada quando ela fosse deficiente**. Daí o ressurgimento da sociedade de economia mista.

Posteriormente, e acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, voltou-se a utilizar o instituto da **concessão**, não para delegar a execução do serviço a empresa particular, mas a empresa sob controle acionário do Estado, conforme referido no item anterior.

No momento atual, vive-se a fase das privatizações, como forma de diminuir o aparelhamento do Estado. Utilizam-se vários instrumentos, entre eles a concessão e a permissão de serviços públicos em sua forma tradicional, em que a delegação é feita a empresa privada.

10.1.5 A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

10.1.5.1 A CONFUSÃO DO LEGISLADOR

O Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, que dispõe sobre a reforma administrativa federal, incluiu entre os seus princípios norteadores o da descentralização; nos termos do artigo 10, § 1º, esta se fará em três planos:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

No primeiro caso, não há descentralização, mas desconcentração; no segundo, há apenas cooperação entre governos federal, estadual e municipal para a execução de serviços de interesse comum; na terceira, com referência a **contrato**, há apenas **execução indireta** de obras e serviços por terceiros, conforme previsto no artigo 10 da Lei nº 8.666, de 21-6-93. Apenas com referência à concessão pode-se entender que o termo descentralização foi empregado adequadamente, abrangendo a descentralização por colaboração.

As demais modalidades não se enquadram nos processos de descentralização já referidos.

Por sua vez, o artigo 4º do Decreto-lei nº 200 divide a **Administração Pública** em **direta** e **indireta**. A Administração Direta compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios. A Administração Indireta abrangia, na redação original, **autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista**, equiparando as fundações às empresas públicas.

O Decreto-lei nº 900, de 29-9-69, no artigo 3º, expressamente declarou que as fundações instituídas por lei federal não integravam a administração indireta, mas se subordinavam à supervisão ministerial, desde que recebessem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86, incluiu as fundações federais entre os órgãos da Administração Indireta, mas apenas para fins de sujeição às normas de fiscalização, controle e gestão financeira e para fins de inclusão dos seus cargos, empregos e funções no Plano de Classificação de Cargos estabelecido para a Administração Direta; apenas excluiu as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

Finalmente, a Lei nº 7.596, de 10-4-87, deu nova redação ao artigo 4º do Decreto-lei nº 200, nele incluindo as “fundações públicas”. Desse modo, hoje, são entidades da Administração Indireta, na órbita federal, segundo esse decreto-lei, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

O Decreto-lei nº 200 tem sido objeto de crítica, nessa parte, por não abranger todas as entidades da Administração Indireta e por incluir, entre elas, algumas que não são. Com efeito, se era intenção do legislador mencionar, com a expressão *administração indireta*, as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, ele o fez de maneira imperfeita; primeiro, porque não mencionou as entidades que são **concessionárias** e **permissionárias** de serviços públicos (descentralização por colaboração) e que exercem **administração indireta** ou **descentralizada**; segundo, porque só considerou como empresas públicas e sociedades de economia mista as que exercem **atividade econômica**, as quais não são entidades **descentralizadas**.

Isto porque só existe descentralização quando o Poder Público destaca um **serviço público que lhe é próprio** para transferi-lo, por descentralização, a outra entidade, com personalidade jurídica própria; ninguém pode delegar uma atribuição que não lhe pertence.

Ocorre que a atuação do Estado não se limita aos serviços públicos; ele às vezes sai da órbita de ação que lhe é própria e vai atuar no âmbito de atividade reservada essencialmente à iniciativa privada; trata-se da atividade de **intervenção**, que compreende, além da regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada (**intervenção indireta**), também a atuação direta no domínio econômico, o que se dá por meio de empresas estatais (**intervenção direta**).

Nesse caso, não se trata de atividade assumida pelo Estado como **serviço público**; é atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio (nos casos indicados no art. 177 da Constituição) ou em regime de competição com a iniciativa privada, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança (art. 173). O Estado exerce essa atividade a título de **intervenção no domínio econômico**, conservando a natureza da atividade como tipicamente privada; por isso mesmo, ele se submete às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição.

Não se pode, pois, tecnicamente, considerar essas empresas que exercem atividade econômica como entidades da Administração Indireta; somente se podem considerar corretos os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, contidos no artigo 5º do Decreto-lei nº 200, se se considerar a expressão *atividade econômica* em sentido amplo, abrangendo a de natureza privada (exercida a título de intervenção no domínio econômico) e a de natureza pública (assumida pelo Estado como serviço público, comercial ou industrial, como, por exemplo, o de transportes, de navegação aérea, de distribuição de gás).

Com essa abrangência ampla dada à expressão *atividade econômica*, usada no artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67, fica superada a deficiência conceitual de empresa pública e sociedade de economia mista e chega-se a uma conclusão quanto ao

sentido em que o legislador empregou a expressão **administração indireta** naquele dispositivo. Não se referiu à Administração Pública como **atividade** (sentido objetivo), mas como **sujeito** (sentido subjetivo). Desse modo, Administração Indireta, no artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico.

Na realidade, o direito brasileiro tem os dois tipos de empresas estatais: as que prestam serviços públicos (comerciais e industriais do Estado) e as que exercem atividade econômica de natureza privada.

Essa distinção decorre agora, claramente, da Constituição Federal; dentro do título concernente à ordem econômica e financeira, o primeiro capítulo, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, contém duas normas diversas aplicáveis às empresas estatais, conforme desempenhem uma ou outra atividade:

1. o artigo 173, depois de estabelecer, no *caput*, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, determina, no § 1º, inciso II (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), a “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”; e acrescenta, no § 2º, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado;
2. o artigo 175 atribui ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão** ou **permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos; o parágrafo único prevê lei que venha a dispor sobre:
 - I – o regime das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
 - II – os direitos dos usuários;
 - III – a política tarifária;
 - IV – a obrigação de manter serviço adequado. A referência expressa a **contrato** faz-nos colocar em dúvida, como já o fazíamos antes da atual Constituição, a possibilidade de a Administração Pública fazer a concessão por lei.

Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro:

1. as que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao **regime próprio das empresas privadas**; como é a Constituição que estabelece essa regra geral de submissão ao direito privado, qualquer derrogação a essa regra tem que ter fundamento na própria Constituição; não se aplicam a essas empresas as leis ordinárias que derogam o direito comum;
2. as que desempenham **serviços públicos** e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esse princípio constam não apenas da própria Constituição, como também de leis ordinárias; aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime.

Além das entidades da Administração Indireta referidas no artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, a Lei nº 11.107, de 6-4-05, criou outra modalidade sob a denominação de **consórcio público** que pode ter personalidade de direito público (hipótese em que assume a denominação de **associação pública**, inserida, pela mesma lei, no art. 41, inciso IV, do Código Civil), ou personalidade de direito privado. Embora a lei determine que apenas os consórcios com personalidade pública integram a Administração Indireta, a mesma conclusão tem que se aplicar aos que têm personalidade de direito privado, conforme exposto no item 10.10.2. Em qualquer das duas modalidades, o consórcio é criado por dois ou mais entes federativos em conjunto (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) para a gestão associada de serviços públicos prevista no artigo 241 da Constituição.

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei Complementar nº 7, de 6-11-69, que estabelece o estatuto das entidades descentralizadas, diz, no artigo 2º, que a descentralização se efetivará mediante a constituição de:

- I – autarquias;
- II – empresas públicas e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua administração centralizada ou descentralizada; e
- III – fundações.

Não definiu essas entidades e andou melhor do que o legislador federal ao falar, genericamente, em empresas de que o Estado tenha participação majoritária; com essa expressão abrange tanto as sociedades de economia mista como as empresas estatais que não tenham essa natureza, por faltarem-lhes algum requisito essencial, mas que exercem serviços públicos **descentralizados** do Estado e que, por isso, mesmo, compõem a administração indireta ou descentralizada.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4-4-90, no artigo 80, II, inclui na Administração Indireta as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e outras entidades dotadas de personalidade jurídica.

10.1.5.2A EXPRESSÃO ADMINISTRAÇÃO INDIRETA NA CONSTITUIÇÃO

Diante da confusão de terminologia e de conceitos da legislação ordinária, a grande dificuldade está em saber em que sentido a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, usa a expressão **Administração Indireta**. E ela o faz em vários dispositivos: no artigo 37, *caput*, fala em “Administração Pública Direta e Indireta”; no artigo 49, X, fala em fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta; no artigo 70, fala em fiscalização da “União e das entidades da Administração Direta e Indireta”; no artigo 71, II, ainda referente à fiscalização, fala em responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da “Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”; no inciso subsequente, usa expressões semelhantes, excluindo a menção a “sociedades”; já no artigo 74, que cuida do controle interno, faz referência a “órgãos e entidades da Administração Federal”, bem como à aplicação de recursos por “entidades de direito privado”; no artigo 165, § 5º, I e III, menciona “entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”; idêntica redação é usada no artigo 169, § 1º.

Lamentável, como se vê, a falta de técnica legislativa.

Houve certa insistência do constituinte em mencionar “a Administração Indireta, **inclusive as fundações**”, como se estas não fizessem parte daquela; isto se deu ou porque se conviveu, desde a entrada em vigor do Decreto-lei nº 200/67, com um sistema em que as fundações não integravam a Administração Indireta, desconhecendo, o constituinte, a Lei nº 7.596/87, que mudou essa sistemática; ou porque se quis deixar estreme de dúvidas a aplicação de certas normas constitucionais a esse tipo de entidade, precisamente pelo fato de anteriormente ela ter sido excluída; ou porque é o tipo de entidade que mais tem provocado controvérsias quanto à sua natureza jurídica.

De qualquer forma, hoje não há mais dúvida de que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público integram a Administração Indireta, seja federal, estadual ou municipal, de modo que, mesmo nos dispositivos em que não há menção expressa às fundações, elas são alcançadas pela expressão *Administração Indireta*, como ocorre nos artigos 49, X, e 70; ambos se referem à fiscalização e não seria aceitável que a mesma não abrangesse as fundações; note-se que, mesmo quando eram excluídas do artigo 4º do Decreto-lei nº 200, já se sujeitavam às normas sobre controle.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, há de se entender que todas elas foram incluídas no conceito constitucional de “Administração Indireta”, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de atividade econômica de natureza privada, que é o sentido comum, que se vulgarizou, apesar da conceituação falha contida no artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200/67. Caso contrário, chegar-se-ia

ao absurdo de excluir as empresas prestadoras de serviços públicos do alcance de determinadas normas constitucionais que são mais importantes precisamente com relação a elas: é o que ocorre com a norma do artigo 37, que estabelece os princípios da Administração Pública.

Ficaram, no entanto, excluídas da expressão *Administração Indireta* as empresas estatais sob controle acionário do Estado, mas que não têm a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista; quando quis alcançá-las, o constituinte as mencionou expressamente, como nos artigos 37, XVII, 71, II e 165, II; a maioria delas desempenha **serviços públicos**, incluindo-se na categoria de concessionárias de serviços públicos.

Em resumo, a Constituição usa a expressão *Administração Indireta* no mesmo **sentido subjetivo** do Decreto-lei nº 200/67, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.

10.2 ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

10.2.1 MODALIDADES E NATUREZA JURÍDICA

Compõem a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as **autarquias**, as **fundações** instituídas pelo Poder Público, as **sociedades de economia mista**, as **empresas públicas** e os **consórcios públicos**. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as **empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos**, constituídas ou não com participação acionária do Estado.

Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação e o consórcio público podem ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhes for atribuído pela lei instituidora; as demais são pessoas jurídicas de direito privado.

Importa, portanto, em primeiro lugar, apontar a diferença que existe, quanto ao regime jurídico, entre as pessoas de direito público e as de direito privado.

10.2.2 REGIME JURÍDICO

Tem-se que analisar, em dois pontos extremos, as pessoas públicas e as pessoas de direito privado instituídas por particulares, para, depois, considerar as pessoas de direito privado instituídas pelo Poder Público, pois, por essa forma, ficará demonstrado que estas últimas se colocam num ponto intermediário, tendo algumas características de regime jurídico administrativo e outras de regime jurídico de direito comum.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:319), no que é seguido de perto por Lúcia Valle Figueiredo, indica vários critérios práticos para distinguir as pessoas públicas e as pessoas privadas constituídas por particular.

São características das **pessoas privadas**:

1. origem na vontade do particular;
2. fim geralmente lucrativo;
3. finalidade de interesse particular;
4. liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir seus próprios fins;
5. liberdade de se extinguir;
6. sujeição a controle negativo do Estado ou a simples fiscalização (poder de polícia);
7. ausência de prerrogativas autoritárias.

Já as **pessoas públicas** se caracterizam por:

1. origem na vontade do Estado;
2. fins não lucrativos;
3. finalidade de interesse coletivo;
4. ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos;
5. impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade;
6. sujeição a controle positivo do Estado;
7. prerrogativas autoritárias de que geralmente dispõem.

Ocorre que **quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ela aparece com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas**: elas são criadas e extintas pelo Poder Público; o seu fim principal não é o lucro, ressalvada a hipótese de sociedade de economia mista, em que o intuito lucrativo do particular se opõe ao interesse público visado pelo Estado; elas não podem afastar-se dos fins para os quais foram instituídas; sujeitam-se a controle positivo do Estado; e recebem, às vezes, algumas prerrogativas autoritárias.

E é compreensível que assim seja; se o Estado necessita de uma pessoa jurídica para exercer determinada atividade, ele a coloca no mundo jurídico e dele a retira quando lhe pareça conveniente ao interesse coletivo; ele fixa os fins que ela deve perseguir, sem os quais não se justificaria a sua existência; para obrigá-la a cumprir seus fins, o Estado exerce sobre ela o controle estabelecido em lei; e ainda, para que

ela atinja a esses fins, ele lhe outorga, na medida do que seja necessário, determinados privilégios próprios do Poder Público.

Assim, existem vários traços comuns entre o regime jurídico das pessoas públicas e o das pessoas de direito privado instituídas pelo Estado:

1. todas têm personalidade jurídica própria, o que implica direitos e obrigações definidos em lei, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração, receita própria;
2. a sua criação é sempre feita por lei, exigência que consta agora do artigo 37, XIX, da Constituição;
3. a sua finalidade essencial não é o lucro e sim a consecução do interesse público;
4. falta-lhes liberdade na fixação ou modificação de seus próprios fins; é a própria lei singular que, ao criar a entidade, define o seu objeto, o qual só pode ser alterado por outra lei da mesma natureza;
5. elas não têm a possibilidade de se extinguírem pela própria vontade; sendo criadas por lei, só outra lei poderá extingui-las, em consonância com o princípio do paralelismo das formas; por isso mesmo, não se aplicam a essas entidades as formas normais de extinção previstas no direito civil e comercial;
6. a todas elas se aplica o controle positivo do Estado, o qual tem por finalidade verificar se a entidade está cumprindo os fins para os quais foi criada.

Onde está, portanto, a diferença entre as pessoas públicas e as pessoas privadas que compõem a Administração Indireta do Estado?

A diferença primordial está nas **prerrogativas** e **restrições** próprias do regime jurídico administrativo (item 3.3.2), como autoexecutoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, impenhorabilidade de seus bens, juízo privativo, imunidade tributária, sujeição à legalidade, à moralidade, à licitação, à realização de concursos públicos etc.

As pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração Direta, e as pessoas de direito privado só possuem as prerrogativas e sujeitam-se às restrições expressamente previstas em lei.

Além disso, nas relações dessas entidades com a pessoa jurídica instituidora (União, Estado ou Município), não existem praticamente diferenças entre as pessoas públicas e privadas; as normas são de direito público, precisamente para manter a vinculação entre a Administração Indireta e a Direta; já quanto à forma da sua organização e nas relações com terceiros, aplica-se, para as pessoas jurídicas de direito privado, basicamente, o direito privado, salvo algumas alterações decorrentes

expressamente de normas publicísticas. As pessoas jurídicas públicas sujeitam-se ao direito público, com a possibilidade de utilizar o direito privado em hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, na celebração de contratos de compra e venda, locação, comodato; as pessoas jurídicas privadas regem-se pelo direito privado, salvo quando houver norma de direito público dispendo de forma diversa.

Por outras palavras, a Administração Pública, ao instituir, com autorização em lei, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado, está socorrendo-se de meios de atuação próprios do direito privado; foi precisamente o regime jurídico de direito privado que levou o Poder Público a adotar esse tipo de entidade, pois, sob esse regime, ela pode atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. **No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado.** O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou **para atingir determinado fim de interesse público.**

Sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins; do mesmo modo que, ao permitir-lhes atuar com autonomia de vontade, própria do direito privado, suprimir-se-iam as restrições legais que o direito público impõe e que constituem a garantia fundamental da moralidade administrativa e do respeito aos direitos dos administrados. As normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado.

Melhor dizendo, a Administração confere às suas pessoas jurídicas privadas os meios de atuação do direito privado considerados mais adequados para a execução de determinadas atividades; mas, simultaneamente, as submete, em parte, ao regime administrativo, na medida considerada essencial para a consecução daqueles mesmos fins.

O Código Civil de 2002, no artigo 41, elenca as pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo as autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei. Vale dizer que não fez uma enunciação taxativa, deixando ao Poder Público a possibilidade de instituir outras modalidades de entes com personalidade jurídica pública.

E o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que, “salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código”. A referência mais provável é às fundações instituídas pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito público, mas que tenham a mesma estrutura das fundações de direito privado. Como a personalidade é de

direito público, é a lei instituidora que vai definir o regime aplicável e a medida em que serão derogadas as normas do Código Civil referentes ao instituto.

Em resumo, em todas as pessoas de direito privado criadas pelo Estado existe um traço comum: a **derrogação parcial do direito privado por normas de direito público**.

Antes de iniciar a análise de cada uma das entidades da Administração Indireta, pode-se resumir da seguinte maneira as suas características:

1. a **autarquia** é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas **prerrogativas e sujeições** da Administração Direta; o seu regime jurídico pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – **pessoas públicas políticas** – por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é **pessoa pública administrativa**, porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei;
2. a **fundação** instituída pelo Poder Público caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos; quando tem personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamada de autarquia fundacional, em oposição à autarquia corporativa; outros preferem falar em fundações públicas ou de direito público; as fundações de direito privado regem-se pelo Direito Civil em tudo o que não for derogado pelo direito público;
3. o **consórcio público** é pessoa jurídica de direito público ou privado criada por dois ou mais entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) para a gestão associada de serviços públicos prevista no artigo 241 da Constituição; se tiver personalidade de direito público, é denominado de associação pública, inserindo-se na categoria de autarquia; se tiver personalidade de direito privado, rege-se pela legislação civil, em tudo o que não for derogado pelo direito público, em especial pela Lei nº 11.107, de 6-4-05;
4. a **sociedade de economia mista** é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do Poder Público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição);
5. a **empresa pública** é pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da

Administração Indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito;

6. a **empresa sob controle acionário do Estado** é pessoa jurídica de direito privado, que presta atividade econômica (pública ou privada), mas a que falta um dos requisitos essenciais para que seja considerada empresa pública ou sociedade de economia mista; em geral, presta serviços públicos comerciais e industriais do Estado, atuando, em muitos casos, como empresa concessionária de serviços públicos, sujeita ao artigo 175 da Constituição.

As três últimas categorias podem ser abrangidas pela expressão **empresa estatal** ou **empresa governamental**, que serão utilizadas sempre nesse sentido amplo.

10.3 AUTARQUIAS

10.3.1 O VOCÁBULO AUTARQUIA

Segundo José Cretella Júnior (1980:139), o termo *autarquia*, incorporado há cerca de três décadas ao nosso léxico, é formado de dois elementos justapostos: *autós* (= próprio) e *arquia* (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, autogoverno”.

Foi usado, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao escrever para a Enciclopédia Italiana, sobre o tema “decentramento administrativo”; com o vocábulo *autarquia*, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substituiu a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito (*autós* = próprio e *nómos* = lei), poder esse de que não desfrutam os entes locais senão a título de delegação do poder central.

O vocábulo, com esse sentido, teve grande uso no direito italiano, até que o governo fascista entendeu necessário bani-lo do léxico jurídico, já que a doutrina dos entes autárquicos, defendendo parcela de independência para as entidades locais, dificultava a inteira subordinação das mesmas ao poder central. O direito positivo italiano voltou a empregar a expressão “ente autônomo”.

Esses dados são importantes para realçar o fato de que o termo *autarquia* surgiu com significado um pouco diverso daquele empregado no direito brasileiro, pois designava as formas de **descentralização territorial**, próprias dos Estados unitários. Foi mais pelo trabalho de doutrinadores italianos, como Guido Zanobini e Renato Alessi, que se desenvolveu o conceito de *autarquia* como entidade da Administração Indireta (descentralização administrativa **por serviço**), que exerce serviço determinado, com as mesmas características e os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado.

10.3.2 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, já existiam entidades com natureza autárquica, antes que fosse elaborado o seu conceito, pela doutrina ou pela legislação.

Segundo alguns, a primeira autarquia teria sido a Caixa Econômica, instituída em 1861, portanto, pelo Governo Imperial; no entanto, controvérsias existem sobre a sua natureza jurídica.

A autarquia não foi incluída no artigo 14 do Código Civil de 1916, entre as pessoas jurídicas de direito público interno, pois começou a aparecer, especialmente no campo da previdência social, a partir de 1923, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões. Mas está prevista no novo Código Civil, no artigo 41, inciso IV, entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

O primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto-lei nº 6.016, de 22-11-43, que a definia como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

Atualmente, seu conceito legal consta do artigo 5º, I, do Decreto-lei nº 200: “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. É de se notar que não consta desse preceito a natureza **pública** da sua personalidade; a essa circunstância acrescenta-se o fato de que a Constituição de 1967 (art. 163, § 2º), em sua redação original, determinava que as empresas públicas, as **autarquias** e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas; a falha foi corrigida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que, no artigo 170, § 2º, repetiu aquela norma, excluindo a referência às autarquias.

Mas parece ter-se repetido na atual Constituição, cujo artigo 173, § 1º, em sua redação original, fazia referência a “outras entidades que explorem atividade econômica”, incluindo-as entre as que se sujeitam ao direito privado; essa expressão abrangia autarquias, acaso existentes, que desempenhassem atividade econômica. Com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, o dispositivo implicitamente exclui as autarquias, pois faz expressa referência a empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Costuma-se apontar outra falha no conceito legal de autarquia, pelo fato de fazer referência ao exercício de “atividades típicas da Administração Pública”; alega-se que autarquias existem que prestam atividade econômica. A crítica é **parcialmente** procedente, porque o estudo da história das autarquias no direito brasileiro revela que muitas foram criadas para desempenhar atividade de natureza econômica, como as Caixas Econômicas e a Rede Ferroviária Federal. No entanto, essa fase parece estar superada, porque as chamadas autarquias econômicas foram sendo paulatinamente transformadas em pessoas jurídicas de direito privado, para funcionar como sociedades comerciais.

Além disso, se falha existe, não é propriamente no conceito do Decreto-lei nº 200, mas na escolha da entidade autárquica para o exercício de atividades em que ela não se revela como a forma mais adequada.

10.3.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Há certo consenso entre os autores ao apontarem as características das autarquias:

1. criação por lei;
2. personalidade jurídica pública;
3. capacidade de autoadministração;
4. especialização dos fins ou atividades;
5. sujeição a controle ou tutela.

A criação por lei é exigência que vem desde o Decreto-lei nº 6.016/43, repetindo-se no Decreto-lei nº 200/67 e constando agora do artigo 37, XIX, da Constituição.

Sendo **pessoa jurídica**, ela é titular de direitos e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente que a instituiu; sendo **pública**, submete-se a regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições. Em resumo, apresenta as características das pessoas públicas, já mencionadas no item 10.2.2. Daí Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:226) definir sinteticamente as autarquias, de forma muito feliz, como “pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa”.

Falando-se em capacidade de **autoadministração**, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas **políticas** (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito, dentro de um âmbito de ação fixado pela Constituição. Não é demais repetir que se deve evitar o termo *autonomia*, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida.

A outorga de patrimônio próprio é acessório necessário, sem o qual a capacidade de autoadministração não existiria.

A **especialização dos fins** ou atividades coloca a autarquia entre as formas de descentralização administrativa por serviços ou funcional, distinguindo-a da descentralização territorial; a autarquia desenvolve **capacidade específica** para a prestação de serviço determinado; o ente territorial dispõe de **capacidade genérica** para a prestação de serviços públicos variados. O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao **princípio da especialização**, que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas.

Finalmente, o **controle administrativo** ou **tutela** é indispensável para assegurar que a autarquia não se desvie de seus fins institucionais.

Outra ideia ligada à de autarquia é a de **descentralização**, porque ela surge precisamente quando se destaca determinado serviço público do Estado para atribuí-lo a outra pessoa jurídica; daí o seu conceito como “serviço público descentralizado” ou “serviço público personalizado”, ou, para usar expressão do Decreto-lei nº 6.016, “serviço estatal descentralizado”.

Com esses dados, pode-se conceituar a autarquia como a **pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.**

10.3.4 POSIÇÃO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TERCEIROS

Exercendo a autarquia um serviço público descentralizado, é necessário analisar a sua posição perante a pessoa jurídica política que a instituiu; e sendo todo serviço público uma atividade de interesse geral da coletividade, importa verificar também a posição da autarquia perante os particulares.

Perante a Administração Pública centralizada, a autarquia dispõe de **direitos e obrigações**; isto porque, sendo instituída por lei para desempenhar determinado serviço público, do qual passa a ser titular, ela pode fazer valer perante a Administração o **direito** de exercer aquela função, podendo opor-se às interferências indevidas; vale dizer que ela tem o **direito ao desempenho do serviço nos limites definidos em lei**. Paralelamente, ela tem a **obrigação** de desempenhar as suas funções; originariamente, essas funções seriam do Estado, mas este preferiu descentralizá-las a entidades às quais atribuiu personalidade jurídica, patrimônio próprio e capacidade administrativa; essa entidade torna-se a **responsável** pela prestação do serviço; em consequência, a Administração centralizada tem que exercer controle para assegurar que a função seja exercida.

Esse duplo aspecto da autarquia – direito e obrigação – dá margem a outra dualidade: **independência** e **controle**; a capacidade de autoadministração é exercida nos limites da lei; da mesma forma, os atos de controle não podem ultrapassar os limites legais.

Perante os particulares, a autarquia aparece como se fosse a própria Administração Pública, ou seja, com todas as **prerrogativas** e **restrições** que informam o regime jurídico-administrativo.

10.3.5 CLASSIFICAÇÃO

Vários critérios costumam ser apresentados para classificar as autarquias.

Um critério mais antigo, que hoje tem mais valor histórico, já que não mais encontra respaldo no direito positivo, é o que considera o tipo de atividade, falando em autarquias:

1. **econômicas**, destinadas ao controle e incentivo à produção, circulação e consumo de certas mercadorias, como o Instituto do Açúcar e do Alcool;
2. **de crédito**, como as Caixas Econômicas (hoje transformadas em empresas públicas);
3. **industriais**, como a Imprensa Oficial do Estado (hoje também transformada em empresa);
4. **de previdência e assistência**, como o INSS e o IPESP;
5. **profissionais ou corporativas**, que fiscalizam o exercício das profissões, como o CREA, o CRM e tantas outras;
6. **as culturais** ou de **ensino**, em que se incluem as Universidades.

Esse tipo de classificação, além de não corresponder à atual realidade do direito positivo brasileiro, carece de relevância, tendo em vista que o tipo de atividade não altera o regime jurídico; além disso, sempre é possível surgirem autarquias com novas funções que não se enquadram em nenhuma das categorias mencionadas (como, por exemplo, as agências reguladoras e as agências de fomento), da mesma forma que alguns tipos de autarquias, dentre as mencionadas, deixaram de existir ou podem deixar de existir (como as autarquias de crédito, que não mais existem com essa natureza).

As autarquias econômicas (dentre as quais se podem incluir as autarquias industriais e as de crédito, referidas na classificação) já existiram em grande quantidade no direito brasileiro, talvez porque as autarquias fossem definidas pelo Decreto-lei nº 6.016, de 22-11-43, como “serviço estatal descentralizado”, podendo abranger serviços públicos de qualquer natureza, inclusive os de natureza comercial ou industrial do Estado. Com o Decreto-lei nº 200/67, o artigo 5º, I, deixou expresso que elas desempenham “atividades típicas da Administração Pública”, o que levou, provavelmente, à transformação de autarquias econômicas e de crédito em empresas estatais. Com a Constituição de 1988, o artigo 173, § 1º, deu margem à possibilidade de criação de autarquias econômicas, com regime de direito privado, uma vez que previu o regime próprio das empresas privadas para “a empresa pública, a sociedade de economia mista e *outras entidades que explorem atividade econômica*”. A redação dada a esse dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19/98 deixou de fazer referência a essas “outras entidades” que explorem atividade econômica, reservando esse tipo de atividade para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Um outro critério é o da **capacidade administrativa**, que distingue dois tipos de autarquias:

1. a **geográfica** ou **territorial**, que é de capacidade genérica; e
2. a de **serviço** ou **institucional**, que é de capacidade específica.

Essas duas modalidades correspondem a duas das formas de descentralização já analisadas: a territorial e a por serviços.

O que as distingue é precisamente a capacidade administrativa. A autarquia territorial exerce múltiplas atividades no âmbito do seu território; praticamente se desincumbe das mesmas funções que normalmente são exercidas pelos Estados e Municípios, como distribuição de água, luz, gás, poder de polícia, proteção à saúde, educação; porém, diferem desses entes por não terem capacidade **política**, ou seja, por não terem competência para legislar com autonomia em relação ao governo central. São dessa modalidade os Departamentos, Regiões, Comunas, Províncias, dos Estados Unitários e, no direito brasileiro, apenas os territórios federais, hoje inexistentes, embora previstos no artigo 33 da Constituição.

As autarquias de **serviços** ou **institucionais** têm capacidade **específica**, ou seja, limitada a determinado serviço que lhes é atribuído por lei.

Um outro critério considera a **estrutura** das autarquias e as subdivide em:

1. **fundacionais**; e
2. **corporativas** ou **associativas**.

Essa classificação é baseada na distinção que se contém no novo Código Civil entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: **associação** e **sociedade**, de um lado, e **fundação** de outro (art. 44, I e III), que repete a mesma classificação contida no art. 16 do Código Civil de 1916.

Na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados **membros** que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o **patrimônio** destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção tanto é aplicável às pessoas jurídicas privadas, como às pessoas jurídicas públicas (autarquias institucionais). O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim de interesse público, mas que diz respeito aos próprios associados, como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; e pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, que não a integram como membros ou sócios, a exemplo do que ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, as Universidades oficiais, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a beneficiar terceiros; o elemento humano que as compõe, compreendendo dirigentes e servidores, é mero instrumento para a consecução de seus fins.

Com relação à OAB, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.026-4/DF, ao apreciar a constitucionalidade do artigo 79, § 1º, da Lei nº 8.906, de 4-7-94 (Estatuto da OAB), entendeu que “não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos

à Administração Pública Direta e Indireta da União. A Ordem não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como 'autarquias especiais' para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas 'agências'. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não vinculação é formal e materialmente necessária" (Relator: Ministro Eros Grau; julgamento: 8-6-06, pelo Tribunal Pleno, DJ 29-09-06).

Com essa decisão, a OAB passa a ser considerada como pessoa jurídica de direito público no que esta tem de vantagens (com todos os privilégios da Fazenda Pública, como imunidade tributária, prazos em dobro, prescrição quinquenal etc.), mas não é considerada pessoa jurídica de direito público no que diz respeito às restrições impostas aos entes da Administração Pública direta e indireta (como licitação, concurso público, controle). A decisão é absolutamente inaceitável quando se considera que a OAB, da mesma forma que as demais entidades profissionais, desempenha atividade típica do Estado (poder de polícia, no qual se insere o poder disciplinar) e, portanto, função administrativa descentralizada pelo Estado. Ela se enquadra tanto no conceito de serviço estatal descentralizado, que constava da Lei nº 6.016/43, como se enquadra como atividade típica do Estado, constante do artigo 5º, I, do Decreto-lei nº 200. O acórdão do Supremo Tribunal Federal, com todo o respeito que é devido à instituição, criou uma fórmula mágica para subtrair a OAB do alcance das normas constitucionais pertinentes à Administração Pública indireta, quando essas normas imponham ônus ou restrições, sem, no entanto, retirar-lhe os privilégios próprios das demais pessoas jurídicas de direito público.

A autarquia fundacional corresponde à figura da **fundação de direito público**, cuja existência alguns doutrinadores negam, por entenderem que todas as fundações são de direito privado e se regem pelo Código Civil.

A fundação pública é colocada, para aqueles que a aceitam (entre os quais nos colocamos), como modalidade de **autarquia**, porque seu regime jurídico é o das pessoas jurídicas públicas administrativas; quer nas relações perante a Administração Pública, quer nas relações com terceiros, elas se regem pelo direito público.

Finalmente, um último critério de classificação das autarquias considera o seu âmbito de atuação, distinguindo-as em **federais, estaduais e municipais**.

10.4 FUNDAÇÃO

10.4.1 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Com a denominação de fundações públicas, a Lei nº 7.596, de 10-4-87, alterando a redação do art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, incluiu entre os órgãos da

Administração Indireta as fundações públicas, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado.

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro à respeito da sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da Administração Indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às consequências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo Poder Público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o Poder Público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil.

A distinção entre as duas modalidades de pessoa jurídica foi feita de modo preciso, no início do século XX, por Lacerda de Almeida (1905:66-67): “o que caracteriza *in genere* os estabelecimentos, e *in specie* as fundações, é servirem a um fim de utilidade pública – religioso, moral, científico, político ou mesmo industrial – e nisto se distinguem das associações ou corporações, as quais, posto possam ter fins idênticos ou análogos, não servem a tais fins, antes no alcançá-los buscam o seu próprio proveito, trabalham no interesse da coletividade, ou do ser ideal que a personifica. Por isso mesmo que são pessoas e não coisas e, como pessoas, têm em si próprias a razão de sua atividade, as associações ou corporações – admita-se a sinonímia desses vocábulos – as associações ou corporações são do mesmo modo e pelo mesmo título que as pessoas físicas, fim para si, trabalham, agem, movem-se, dirigem-se para servir a si próprias, tudo que fazem, fazem-no no interesse próprio; os direitos que adquirem, adquirem-nos para si e para si os exercem. As fundações, os institutos, os estabelecimentos são, ao contrário, estruturas destinadas a servir a certos fins de religião ou de beneficência ou de ciência ou arte etc., não são pessoas, mas coisas personificadas, não são fins para si, adquirem direitos e exercem-nos em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente. São patrimônios administrados; a personalidade deles pode considerar-se uma abstração”.

Sinteticamente, pode-se dizer que, na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção é aplicável tanto às pessoas jurídicas privadas, como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, como ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, as Universidades Públicas, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”.

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo Poder Público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.

Aí estão presentes as suas características:

1. **dotação patrimonial**, que pode ser inteiramente do Poder Público ou semipública e semiprivada;
2. personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
3. desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; com isto fica presente a ideia de descentralização de uma atividade estatal e

também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; isto precisamente pelo fato de ela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade;

4. capacidade de autoadministração; e
5. sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta, nos limites estabelecidos em lei.

10.4.2 FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Uma observação preliminar: mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito.

Todas as **fundações governamentais**, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a Administração Indireta (art. 3º do Decreto-lei nº 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o Poder Público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.

Qual a razão pela qual o legislador hesitou em incluir a fundação entre os órgãos da Administração Indireta?

Provavelmente foi a tentativa de manter-se fiel ao modelo do Código Civil, sem ter a consciência de que ele não é inteiramente adaptável às exigências do serviço público, cuja execução, sob qualquer modalidade, impõe a observância de alguns dos princípios fundamentais do regime administrativo, em especial o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da tutela. No entanto, paradoxalmente, a fundação (que doutrinadores dos mais respeitáveis insistem em afirmar que tem sempre natureza privada) é o tipo de pessoa jurídica que, quando instituída pelo Poder Público, mais se afasta da figura definida pelo direito comum.

Com efeito, examinada a fundação tal como se encontra estruturada pelo Código Civil, verifica-se que ela se caracteriza por ser dotada de um patrimônio a que a lei, mediante observância de certos requisitos, reconhece personalidade

jurídica, tendo em vista a consecução de determinado fim. Até aí, apenas a noção categorial, pertinente à teoria geral do direito, perfeitamente enquadrável como pessoa pública ou privada.

Na fundação, o instituidor faz a dotação de determinada universalidade de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação.

O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição; a partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria. O instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; seu ato é irrevogável. As alterações estatutárias têm que ser feitas por deliberação dos administradores da fundação, com observância do artigo 67 do novo Código Civil (alterado pela Lei nº 13.151, de 28-7-15). O patrimônio da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde. Na fundação, o instituidor, por um ato de liberalidade, destaca bens do seu patrimônio pessoal, desviando-os de um objetivo de interesse privado, para destiná-los a um fim de interesse alheio.

No âmbito da Administração Pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como ocorre no Estado de São Paulo (art. 22 do Decreto-lei Complementar nº 7, de 6-11-69). Em primeiro lugar, o Poder Público, ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-los a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituísse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixaria a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.

Acresce que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão: a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.

O ato do Poder Público – como instituidor – não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o Poder Público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo artigo 178 do Decreto-lei nº 200, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86.

Além disso, o Poder Público pode introduzir alterações na lei instituidora, da mesma forma que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas públicas. Em todas elas existe uma parte das relações jurídicas que é regida por essa lei instituidora e imutável por via estatutária; e outra parte que a própria lei deixa para ser disciplinada pelo estatuto; para alterar a lei que rege a fundação, o Estado não depende de prévia decisão dos órgãos de direção da entidade.

Portanto, enquanto no direito privado a fundação adquire vida própria, independente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento da sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da Administração Pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade” (art. 26 do Decreto-lei nº 200/67). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei nº 6.223, de 14-7-75, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5º, 169, § 1º).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo Poder Público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação por meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração Direta.

Já Pontes de Miranda ensinava que, nas fundações instituídas pelo Poder Público, “há o poder de ingerência do Estado, que se não confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado” (RF-102/76).

10.4.3 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No direito positivo, a matéria parece refletir as incertezas da doutrina a respeito do assunto.

A Constituição Federal de 1967, com a norma do artigo 99, § 2º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, parecia não considerar as fundações como entidades da administração indireta, porque estendeu a proibição de acumular cargos, empregos ou funções às empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias; silenciou no que diz respeito às fundações. Isto não impediu que se considerassem alcançadas pela proibição as fundações com personalidade de direito público, que seriam modalidades de autarquias.

No âmbito da legislação ordinária federal, nota-se a indecisão do legislador: o Decreto-lei nº 200/67, na redação original, não incluía as fundações no rol dos órgãos da administração indireta (art. 4º), mas, no parágrafo único, as equiparava às empresas públicas. O Decreto-lei nº 900/69, no artigo 3º, expressamente determinava que as fundações instituídas por lei federal não integram a Administração Indireta, mas se subordinam à supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº 200/67, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86, deu nova redação ao artigo 4º do Decreto-lei nº 200, incluindo o § 2º, em cujos termos as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram a Administração Indireta, para fins de:

- a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;
- b) inclusão dos seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos estabelecido pela Lei nº 5.645, de 10-12-70.”

Pelo § 3º, excetuam-se do disposto na alínea *b* as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

A Lei nº 7.596, de 10-4-87, alterou o artigo 4º do Decreto-lei nº 200, para incluir as “fundações públicas” entre as entidades da Administração Indireta, e inseriu, no artigo 5º do mesmo Decreto-lei, um inciso IV, em que definiu a fundação pública como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

Porém, de forma incongruente, o legislador, no § 3º, acrescentado ao artigo 5º do Decreto-lei nº 200, determina que “as entidades de que trata o inciso IV deste

artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações”.

Ao defini-las como fundações de direito privado, mas excluindo-as das disposições pertinentes do Código Civil, a lei criou um rótulo inteiramente ou quase inteiramente despido de conteúdo, levando à conclusão de que as fundações serão regidas pelas leis singulares que as instituírem e por outras normas, contidas na Constituição ou em leis esparsas que forem aplicáveis às pessoas jurídicas privadas, desde que também não excluídas por outras normas de direito público.

Aliás, como se diz que as fundações públicas não estão regidas pelo Código Civil e como o direito privado compreende basicamente o direito civil, o direito comercial e, para alguns, o direito do trabalho, a conclusão a que se chega é a de que, na realidade, as fundações públicas, embora definidas como pessoas de direito privado, passaram a ter, na esfera federal, a partir da Lei nº 7.596/87, natureza jurídica predominantemente pública. A elas não se aplicam as normas civilistas sobre o destino dos bens doados pelo instituidor quando insuficientes para constituir a fundação, sobre o controle pelo Ministério Público, sobre a elaboração e alteração dos estatutos e sobre a extinção da entidade.

No entanto, como a lei fala em personalidade jurídica de direito privado, quais as consequências que daí se extraem para atribuir algum conteúdo à expressão legal? Salvo outras hipóteses ora olvidadas, pode-se mencionar as seguintes: os seus bens são penhoráveis, não se lhes aplicando o processo de execução contra a Fazenda Pública; não terão juízo privativo; em termos de responsabilidade civil por danos causados pelos seus servidores, somente se aplica a regra da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, se forem prestadoras de serviços públicos; o regime jurídico de seus empregados será o da CLT, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; inaplicabilidade do direito à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição e da estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT.

Na nova Constituição, houve uma preocupação do constituinte, nos vários dispositivos em que se referiu à Administração Indireta, em fazer expressa referência às fundações, provavelmente partindo da ideia de que, durante longo período, elas estiveram, sob muitos aspectos, fora do alcance das normas legais e constitucionais referentes às demais pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes da Administração Pública.

Além disso, nota-se que a Constituição, em sua redação original, fazia distinção entre fundações públicas e privadas. Em alguns dispositivos, falava, genericamente, em **administração fundacional** ou em **fundação instituída ou mantida pelo Poder Público** (arts. 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XVII, 71, II e III, 150, VI, *a*, 163, II, 165, § 5º, e 169, parágrafo único). Em pelo menos dois dispositivos, usava a expressão **fundação pública**: no artigo 39, quando previa o regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas; e no

artigo 19 das Disposições Transitórias, quando outorgou estabilidade excepcional aos servidores não concursados que tivessem cinco anos de serviço público na data da Constituição.

A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu alterações em vários desses dispositivos, não mencionando mais a expressão **fundação pública**. Isto, contudo, não significa que não possam ser instituídas fundações com personalidade de direito público. Pelo contrário, a opção continua a ser do Poder Público que, ao instituir uma fundação, poderá outorgar-lhe personalidade de direito público, igual à da autarquia, ou personalidade de direito privado.

De qualquer forma, como a Constituição não faz distinção quanto à personalidade jurídica, tem-se que entender que todos os seus dispositivos que se referem às fundações abrangem todas, independentemente da personalidade jurídica, pública ou privada.

Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre Direito Civil, não podem estabelecer normas que o derroguem.

Assim, afóra as derrogações previstas nas leis instituidoras e as ressalvas contidas na Lei nº 7.596 (válidas somente para a União), pode-se dizer que se aplicam às fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as seguintes normas de natureza pública:

1. subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei nº 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição);
2. constituição autorizada em lei (art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.596, e art. 37, inciso XIX, da Constituição);
3. a sua extinção somente poderá ser feita por lei; nesse aspecto, fica derogado o artigo 69 do novo Código Civil, que prevê as formas de extinção da fundação, inaplicáveis às fundações governamentais;
4. equiparação dos seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no artigo 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos, para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 2-6-92);
5. sujeição dos seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas

funções (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 7-8-09, e art. 5º, inciso LXIX, da Constituição); cabimento de ação popular contra atos lesivos do seu patrimônio (art. 1º da Lei nº 4.717, de 29-6-65, e art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição); legitimidade ativa para propor ação civil pública (art. 5º da Lei nº 7.347, de 24-7-85);

6. juízo privativo na esfera estadual (art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69);
7. submissão à Lei nº 8.666, de 21-6-93, nas licitações e contratos, nos termos dos artigos 1º e 119;
8. em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º, da Constituição;
9. imunidade tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º, da Constituição).

10.4.4 FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Comparando-se as fundações governamentais de direito privado com as de direito público, a estas se aplicarão as normas já referidas no item anterior, além de apresentarem mais as seguintes características: presunção de veracidade e executoriedade dos seus atos administrativos; inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque a sua personalidade jurídica já decorre da lei; não submissão à fiscalização do Ministério Público; impenhorabilidade dos seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo artigo 100 da Constituição; juízo privativo (art. 109, inciso I, da Constituição Federal). Em resumo, usufruem dos privilégios e prerrogativas e sujeitam-se às mesmas restrições que, em conjunto, compõem o regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Finalmente, é importante assinalar que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e privado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em mandado de segurança referente à Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado, na íntegra, no *Diário Oficial do Estado*, de 7-5-86, Seção I, p. 55-56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e nos seus atos constitutivos.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, foram prolatados acórdãos reconhecendo a natureza jurídica pública de fundações educacionais (cf. acórdão in *RDA* 156/226, com menção inclusive a acórdão do STF, proferido no RE 95722-SP). A

mesma posição foi adotada pela Corte Suprema no RE 101.126-RJ, publicado in *RDA* 160/85, no qual se conclui que a Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro é fundação de direito público, sujeita aos preceitos da lei que determinou a sua instituição e não ao Código Civil. A *RDA* 156/226 publica outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Fundação Universidade Estadual de Londrina é uma entidade de direito público, com autonomia didático-científica, administrativa, financeira e disciplinar, portanto, uma espécie do gênero autarquia cultural, em tudo semelhante à Universidade de São Paulo.

Nos últimos anos, a tendência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de considerar como fundações de direito público todas as que desempenhem atividade estatal e se utilizem de recursos públicos. Mesmo reconhecendo a existência dos dois tipos de fundações instituídas pelo Poder Público, aquelas que, mesmo sendo chamadas de fundações de direito privado, prestem atividade estatal, teriam a natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito público.¹

Não me parece, no entanto, que esse critério decorra do direito positivo. Na esfera federal, o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67 (com a redação dada pela Lei nº 7.596/87) expressamente estabeleceu que as chamadas fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Diante desse dispositivo, tem-se que entender que somente são fundações de direito público aquelas cujas leis instituidoras assim estabeleçam. A escolha do regime jurídico, público ou privado, cabe ao legislador; essa escolha foi feita pelo referido dispositivo legal. A opção pelo regime de direito público é praticamente obrigatória apenas para aquelas atividades típicas do Estado, como polícia, controle, fiscalização. A prestação de serviço público e a utilização de recursos públicos provenientes do orçamento do Estado não constituem critérios adequados para definir a natureza jurídica da fundação. Se assim fosse, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público ou são dependentes de verbas estatais teriam também que ser consideradas pessoas jurídicas de direito público, o que não tem sido defendido nem pela doutrina nem pela jurisprudência.

10.5 EMPRESAS ESTATAIS

10.5.1 ALCANCE DA EXPRESSÃO

Com a expressão **empresa estatal** ou **governamental** designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º).

¹ Nesse sentido, por exemplo, Acórdão do STF no RE nº 101.126-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24-10-84, in *RDA* nº 161, p. 50 e seguintes.

Também no âmbito da legislação infraconstitucional encontram-se referências a essas empresas sob controle acionário do Estado, como ocorre com a Lei nº 8.666, de 21-6-93 (sobre licitações e contratos e administrativos), cujo artigo 1º, parágrafo único, ao definir a abrangência da lei, refere-se não só às empresas públicas e sociedades de economia mista, como também às “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Com essa expressão e outras semelhantes, as normas constitucionais e legais que a utilizam tornam inútil a discussão sobre a natureza jurídica de determinadas empresas estatais, para definir se são ou não sociedades de economia mista; o que importa é que, seja qual for a sua natureza, elas submetem-se à imposição constitucional ou legal. O que o legislador protege, no caso, não é a natureza jurídica da entidade, mas o fato de administrar recursos públicos.

Deve ser evitada a expressão *empresa pública*, nesse sentido genérico de empresa estatal, tendo em vista que, no direito brasileiro, essa designação é reservada a determinado tipo de entidade da Administração Indireta, com características que as distinguem das demais.

10.5.2 DISTINÇÃO QUANTO AO TIPO DE ATIVIDADE

O legislador brasileiro, como também boa parte da doutrina, não tem-se preocupado em fazer distinção mais precisa entre as empresas que executam atividade econômica de natureza privada e aquelas que prestam serviço público.

No entanto, já mencionamos o fato de que a Constituição de 1988 permite uma distinção, quanto ao regime jurídico, entre esses dois tipos de empresas.

O artigo 173 determina que, ressalvados os casos previstos na Constituição, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Houve aí uma ampliação da possibilidade de atuação direta no domínio econômico; a Constituição anterior, no artigo 170, § 1º, somente a permitia para subsidiar a iniciativa privada, enquanto a atual permite, genericamente, para fins de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deixando à legislação ordinária a tarefa de definir o alcance dessas expressões.

O § 1º do artigo 173, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, determina que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e

fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derrogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição.

Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada.

Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente** ou sob regime de **concessão** ou **permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Isto quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público atua como concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175, especialmente no que diz respeito aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter serviço adequado, bem como a todos os princípios que regem a prestação de serviços públicos, como continuidade, isonomia, mutabilidade, dentre outros. Nas hipóteses em que a empresa estatal é criada por um ente estatal para prestar serviço público delegado por outro ente estatal, ela tem a natureza de concessionária de serviço público e rege-se pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13-2-95). É o que ocorre com os serviços de energia elétrica, de competência da União (art. 21, XII, *b*, da Constituição), delegados a empresas estatais sob controle acionário dos Estados. Outro exemplo é o serviço de saneamento delegado por Municípios à SABESP, que é sociedade de economia mista do Estado de São Paulo.²

² Celso Antônio Bandeira de Mello adota igual entendimento no seu *Curso de direito administrativo*, 8ª edição, 2008, p. 199-200, porém também inclui na categoria de concessionárias de serviços públicos as sociedades de economia mista em que haja efetiva (e não simbólica) participação do capital privado. Afirma que “nas duas hipóteses mencionadas estes acionistas têm direito a que se assegurem os termos próprios de uma concessão, como garantia dos interesses que os levaram a aportar recursos integradores do capital da entidade”. A mesma solução não se justifica quando a empresa estatal tenha capital inteiramente público (como na empresa pública) ou capital predominantemente público, sendo irrisória a participação do capital privado.

Essa distinção tem sido feita no âmbito doutrinário, por autores como José Cretella Júnior (1973:257-258), Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b:119), Eros Roberto Grau (1981:103), Toshio Mukai (1984:160). E deveria ser levada em consideração pelo legislador, como o fez o constituinte, consciente ou inconscientemente, no artigo 173.

A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no artigo 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita.

Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. Nem poderia ser diferente, já que alguns desses princípios são inseparáveis da noção de serviço público, tais como o da predominância do interesse público sobre o particular, o da igualdade de tratamento dos usuários, o da mutabilidade do regime jurídico, o da continuidade do serviço público e, como consequência, o das limitações ao direito de greve, o da obrigatoriedade de sua execução pelo Estado, ainda que por meio de concessionários e permissionários, daí resultando o direito do usuário à prestação do serviço.

Cabe, portanto, ao intérprete, ao aplicar as leis, procurar a exegese que as torne compatíveis com os parâmetros que decorrem dos artigos 173 e 175 da Constituição. Ao analisar, mais além, as normas sobre empresas estatais, serão demonstradas algumas distinções que podem e devem ser feitas entre os dois tipos de empresas, conforme o tipo de atividade que lhes incumbe.

Hoje, a jurisprudência vem evoluindo no sentido de fazer distinção entre as empresas que prestam serviço público e as que atuam no domínio econômico. Essa distinção tem sido feita especificamente quanto à aplicação do processo dos precatórios, à natureza dos bens dessas entidades, à imunidade recíproca (v. item 10.8). A diferença também é relevante para fins de responsabilidade por danos causados a terceiros, tendo em vista que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal somente se aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público.

10.5.3 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E EMPRESA PÚBLICA

10.5.3.1 TRAÇOS COMUNS

São traços comuns às empresas públicas e sociedades de economia mista:

1. criação e extinção autorizadas por lei;
2. personalidade jurídica de direito privado;

3. sujeição ao controle estatal;
4. derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;
5. vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
6. desempenho de atividade de natureza econômica.

A exigência de **criação por lei** consta do artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200/67; com relação às sociedades de economia mista, foi repetida no artigo 236 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76); e o artigo 37, XIX, da Constituição exige lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. Além disso, o inciso XX do mesmo dispositivo constitucional exige autorização legislativa, em cada caso, para a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como para a participação de qualquer delas em empresa privada.³

A Emenda Constitucional nº 19/98 corrigiu uma falha do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não **cria** a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas **autoriza** a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público. Com a nova redação, a distinção foi feita, estabelecendo o referido dispositivo que “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”.

³ A respeito da necessidade de autorização legislativa para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal possui precedente entendendo que tal autorização pode ser genérica e não específica: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRAS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9.478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 1649-DF, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgamento em 24-3-04, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). A respeito da exigência de lei, o STF decidiu que “a circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas – anônimas ou não – sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei” (MS 26.117, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20-5-09, Plenário, DJe de 6-11-09).

Nem sempre a entidade surge, originariamente, da lei, podendo resultar da transformação de órgãos públicos ou de autarquias em empresas, ou da desapropriação de ações de sociedade privada, ou ainda da subscrição de ações de uma sociedade anônima já constituída por capital particular. O importante é que da lei resulte a clara intenção do Estado de fazer da entidade instrumento de sua ação.

No caso de desapropriação de ações que leve o Poder Público a assumir o controle de companhia em funcionamento, o artigo 236, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações dá ao acionista minoritário o direito de pedir, dentro de 60 dias da publicação da primeira ata da assembleia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já estava sob controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessão de serviço público.

A exigência de autorização legislativa de tal forma se incorporou ao conceito de sociedade de economia mista, que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, se não houve autorização legislativa, não existe esse tipo de entidade, mas apenas uma empresa estatal sob controle acionário do Estado (cf. acórdãos do STF in *RDA* 143/118 e 145/170; e do TFR in *RDA* 157/222). Esse entendimento foi consagrado pelo legislador constituinte, como se verifica pela referência, em vários dispositivos, a esse tipo de empresa, como categoria à parte.

Não havia na legislação anterior à atual Constituição exigência de autorização legislativa para criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas; como elas não eram criadas por lei, não eram consideradas sociedades de economia mista. O artigo 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações já determinava que “as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”; quer dizer que a elas não se aplicam as normas da Lei das Sociedades por Ações referentes às sociedades de economia mista, sendo tratadas como outra sociedade anônima qualquer, de capital privado.

Essa conclusão tem, na realidade, alcance mais amplo, pois a todas as sociedades em que o Estado tenha **participação acionária**, sem, no entanto, a natureza de sociedade de economia mista, não se aplicam as normas constitucionais, legais ou regulamentares referentes a esta última entidade, a menos que sejam abrangidas expressamente. É o caso do capítulo da Lei das Sociedades por Ações concernente às sociedades de economia mista. É o caso também de dispositivos da Constituição Federal, que deixaram clara a intenção do legislador de submetê-las, sob vários aspectos, às mesmas normas aplicadas às empresas públicas e sociedades de economia mista (por exemplo, arts. 37, XVII, 71, II, 173, § 1º).

Quanto à **extinção** das empresas públicas e sociedades de economia mista (bem como das autarquias e fundações), o artigo 178 do Decreto-lei nº 200/67 previa a possibilidade da sua liquidação ou incorporação a outras entidades, “**por ato do Poder Executivo**, respeitadas os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”.

Esse dispositivo sempre foi criticado pelos doutrinadores, por atribuir ao Poder Executivo a possibilidade de desfazer ato do legislador, sendo, portanto, inconstitucional.

Na atual Constituição, ficou fora de dúvida sua revogação, pois a competência do Presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, que era invocada para justificar aquela norma, passou a ser exercida “na forma da lei” (art. 84, VI, em sua redação original). Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 32/00, que deu competência ao Presidente da República para dispor, por decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, porém quando não implicar aumento de despesa nem **criação ou extinção de órgãos públicos**. A mesma Emenda Constitucional também alterou o artigo 61, § 1º, alínea e, exigindo lei de iniciativa do Presidente da República para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. Se a exigência é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica em relação aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu.⁴

Quanto à natureza jurídica das **empresas públicas e sociedades de economia mista**, as controvérsias doutrinárias se pacificaram consideravelmente a partir de 1967; de um lado, porque a Constituição, no artigo 163, § 2º, determinava a sua submissão ao direito privado; de outro lado, tendo em vista o conceito contido no artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200.

A isso tudo acrescenta-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao Poder Público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o Poder Público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em **personalidade de direito privado**, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma **expressa** de direito público.

Essa **derrogação parcial do direito comum** pelo direito público existe sempre que o Poder Público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

⁴ No julgamento da ADI 234-RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição da República, condicionando essas alienações à autorização legislativa, por lei em sentido formal, *tão somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado*. No mesmo sentido, invocando esse precedente, foi julgada, em 21-2-08, a ADI 1348.

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria Constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade.

Na esfera federal, isso pode ser feito, observadas as limitações constitucionais; nas esferas estadual e municipal, as derrogações têm que se limitar àquelas que tenham fundamento na própria Constituição ou em lei federal de âmbito nacional, como a Lei nº 8.666, de 21-6-93, e a Lei das Sociedades por Ações; outras derrogações não podem ser feitas por Estados e Municípios, visto que não têm competência para legislar sobre direito civil e comercial.

A derrogação parcial do direito comum é essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como instrumento de ação do Estado.

Outro ponto de semelhança é o fato de empresas públicas e sociedades de economia mista desempenharem **atividade de natureza econômica**, o que pode ser feito, conforme anteriormente realçado, quer a título de intervenção do Estado no domínio econômico (quando se submetem à regra do art. 173 da Constituição), quer como serviço público assumido pelo Estado (hipótese em que se sujeitam ao disposto no art. 175).

Finalmente, a **vinculação aos fins definidos na lei instituidora** é traço comum a todas as entidades da Administração Indireta e que diz respeito ao princípio da especialização e ao próprio princípio da legalidade; se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinou-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender a finalidade diversa.

Com relação à sociedade de economia mista, existe norma expressa nesse sentido no artigo 237 da Lei das Sociedades por Ações: “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Somente por outra lei é que poderão ser alterados esses objetivos.

Segundo Paulo B. de Araújo Lima (1980:58-59), “a lei especial, ao autorizar a criação de uma sociedade, dispondo certas regras, tais como a fixação da sede e do objetivo social, e outros componentes de estrutura administrativa, não está evidentemente autorizando o sócio fundador – a Administração Pública – a negociar com outros sócios a prevalência daquelas regras nos estatutos sociais. Ao contrário, está impondo legalmente tais regras, até pela mais elementar das razões de que quase sempre, como nos casos de nomeação ou de imposição de limites à circulação de títulos, refogem elas ao sistema da lei geral e, a não ser que tenham vigência por diploma específico, serão nulas de pleno direito, caso sejam puramente negociadas. Não são objeto, portanto, de contrato que constitui a sociedade, mas sim de comandos legais”.

Pela mesma razão, não pode o Executivo, por meio de ato próprio, baixar normas dirigidas a essas entidades, conflitando com os objetivos ou com outros elementos

definidos na lei instituidora; isto ocorre, na prática, sem que haja impugnação pela entidade, normalmente dirigida por pessoa da confiança do Chefe do Executivo; caberia ao acionista minoritário essa impugnação, inclusive perante o Poder Judiciário.

10.5.3.2 TRAÇOS DISTINTIVOS

Duas são as principais diferenças entre sociedade de economia mista e empresa pública, no direito brasileiro:

1. a forma de organização;
2. a composição do capital.

Quanto à **forma de organização**, o artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de **sociedade anônima** e, a empresa pública, **sob qualquer das formas admitidas em direito**; disso decorre que a primeira é sempre sociedade comercial e a segunda pode ser civil ou comercial.

A rigor, os conceitos do Decreto-lei nº 200/67 somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal; e realmente ele dispõe dessa forma. Ocorre que as características mencionadas nos referidos conceitos, com algumas ressalvas, são reconhecidas pela doutrina como próprias desses tipos de entidades; apenas esse aspecto, concernente à forma de organização, parece decorrer de opção do governo federal, podendo-se então argumentar que Estados e Municípios não se sujeitam a essa exigência.

No entanto, hoje a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional, a saber, a Lei das Sociedades por Ações, que tem um capítulo dedicado a essas entidades (arts. 235 a 241); embora não contenha um conceito, o artigo 235 determina que “as **sociedades de economia mista estão sujeitas a esta lei**, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. De modo que Estados e Municípios não têm a liberdade de adotar outra forma de organização, já que não dispõem de competência para legislar sobre Direito Civil e Comercial.

Com relação à empresa pública, a expressão *qualquer das formas admitidas em direito* é interpretada no sentido de que a ela se poderá dar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu.

Já os Estados e Municípios, não sendo alcançados pela norma do artigo 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67 e não havendo lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma, terão que adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial.

Na esfera federal, têm sido criadas empresas públicas com formas inéditas; Sérgio de Andréa Ferreira (RDA 136/1-33) indica três tipos:

1. **sociedade unipessoal**: esta, como sociedade, tem de ter o órgão necessário nesse tipo de pessoa jurídica, que é a **assembleia geral**. Como exemplo, cita a Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco, cujo capital pertence inteiramente à União; não obstante ter um único “sócio”, dispõe de assembleia geral, conselho diretor, diretoria executiva e conselho fiscal; a justificativa para a existência da assembleia geral (órgão pelo qual se manifesta a vontade dos sócios) seria o fato de que seu capital foi dividido em 300 milhões de ações, com a previsão de participação, em futuros aumentos de capital, de outras pessoas jurídicas de direito público, desde que a maioria permaneça de propriedade da União;
2. **sociedade pluripessoal**, com capital pertencente à União (sócia majoritária) e a outras pessoas políticas ou administrativas (conforme art. 5º do Decreto-lei nº 900, de 29-9-69);
3. **empresa pública unipessoal**, que corresponde à empresa individual do direito privado, com a diferença de que a empresa pública tem personalidade jurídica e a constituição de empresa individual, no direito privado, não acarreta a criação de pessoa jurídica. A empresa pública unipessoal, por ser personalizada, tem alguns pontos de semelhança com a fundação: em ambas existe a destinação de bens patrimoniais à consecução de um fim. Mas, esclarece Sérgio de Andréa Ferreira, “na fundação, o patrimônio dotado se personifica e se destaca, definitivamente, do patrimônio do instituidor. A fundação não tem, portanto, **capital**, pois que nada nela pertence a outrem, ainda que ao instituidor. Ela só tem **patrimônio**, ou, mais exatamente, ela é um **patrimônio**. Ao contrário, na empresa individual personalizada, o empresário – pessoa física é o detentor do **capital**. Ela tem, portanto, **capital**, pertencente ao empresário individual, e **patrimônio**, que pertence à nova pessoa jurídica”.

E há um outro ponto comum, também assinalado pelo mesmo autor: é que em ambas existe uma vontade **externa** ou **transcendente**, que domina, de fora, a pessoa jurídica, inexistindo um órgão deliberativo interno dessa, em que aquela manifesta a sua vontade. “Essa é manifestada de fora, atuando, dentro da pessoa jurídica, como seus órgãos, os administradores designados pelo Estado.”

Como exemplo de empresa pública unipessoal, ele cita a Caixa Econômica Federal, cujo capital, uno, pertence integralmente à União. “Seus órgãos são a Diretoria (Presidente e sete Diretores nomeados e exoneráveis *ad nutum* pelo Presidente da República) e o Conselho Fiscal (membros nomeados pelo Ministro da Fazenda). Não há assembleia ou órgão da empresa através do qual se manifeste a detentora do capital, dentro da entidade. A participação da União, como verdadeira empresária, se dá através de seus designados e por meio dos instrumentos da tutela administrativa.”

Do exposto se deduz que a diferença entre a empresa pública unipessoal e a empresa constituída sob forma de sociedade unipessoal está no fato de que nesta existe, e naquela não, a assembleia geral, como órgão pelo qual se manifesta a vontade do Estado. Na primeira, essa vontade é externa e, na segunda, é interna ou imanente.

Resta assinalar que, nos âmbitos estadual e municipal, não é possível a instituição de empresas públicas com formas inéditas ou mesmo sociedades de economia mista que fujam às normas da Lei das Sociedade por Ações, porque Estados e Municípios não têm competência para legislar sobre Direito Comercial ou Direito Civil, reservada exclusivamente à União (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

Com relação à **composição do capital**, a sociedade de economia mista é constituída por capital público e privado, e a empresa pública, por capital público.

Quanto a esse aspecto, tanto o Decreto-lei nº 200/67, quanto a lei estadual (Decreto-lei Complementar nº 7/69) exigem **participação majoritária** do Poder Público, por meio da Administração Direta ou Indireta; a lei estadual não emprega a expressão sociedade de economia mista, mas fala em “empresas em cujo capital o Estado tenha **participação majoritária**, pela sua Administração centralizada ou **descentralizada**”.

Essa possibilidade de uma entidade da Administração Indireta ser **acionista majoritária** de uma sociedade de economia mista foi **parcialmente** derogada pelo artigo 235, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações, pois ali se diz que as companhias “de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”; em resumo, **não são consideradas sociedades de economia mista** para os fins dessa lei. Se a entidade que detém a maioria do capital votante for de outra natureza, como uma empresa pública ou uma autarquia, ela não deixará de ser sociedade de economia mista e continuará a reger-se pelo capítulo que lhe é concernente.

A empresa pública tem o capital inteiramente público, o que faria supor que dele podem participar as pessoas jurídicas de direito público interno. Mas o artigo 5º do Decreto-lei nº 900/69 veio permitir que, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, seja admitida, no capital da empresa pública a participação de outras pessoas de direito público interno, bem como de entidades da **Administração Indireta** da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Com isso, admite-se a participação de pessoas jurídicas de direito privado que integrem a Administração Indireta, inclusive de sociedades de economia mista, em que o capital é parcialmente privado.

Uma última observação é quanto ao fato de não bastar a participação majoritária do Poder Público na entidade para que ela seja sociedade de economia mista; é necessário que haja a participação na **gestão** da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio da lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum. Sem isso, haverá empresa estatal mas não haverá sociedade de economia mista.

10.6 NORMAS COMUNS ÀS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Foi visto que, dentre as entidades da Administração Indireta, algumas têm personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas) e, outras, de direito privado (fundações privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Também já foi dito que existem muitos pontos comuns entre os dois grupos de entidades; isto porque, embora as de direito privado se submetam, em regra, ao direito civil ou comercial, conforme o caso, na realidade a elas se aplicam normas de direito público derogatórias do direito comum; isto é necessário precisamente para manter a vinculação da entidade com o poder central.

Neste item, o que se verá são precisamente essas normas de direito público que se aplicam às pessoas jurídicas de direito público e que, com relação às demais, derogam o direito comum. Apontaremos as diferenças, quando houver.

1. **Exigência de criação autorizada em lei**, prevista no art. 37, XIX e XX, da Constituição.
2. **Controle estatal**, abrangendo o **interno**, pelo Poder Executivo, e o **externo**, pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (arts. 49, X, 70 e 71).

O controle externo compreende a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” e, com relação à Administração Indireta, está previsto de forma muito mais clara na atual Constituição. Exercido com o auxílio do **Tribunal de Contas**, abrangerá o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da Administração **Direta** e **Indireta**, inclusive das **fundações** e **sociedades** instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 71, II); alcança, pois, todas as empresas de que a União participe, majoritariamente ou minoritariamente.

Esse controle compreende ainda a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de pessoal, a qualquer título, na Administração **Direta** e **Indireta**, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a apreciação dos atos de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão; além da realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pela Câmara dos Deputados, Senado Federal e por iniciativa de comissão técnica ou de inquérito nas unidades administrativas das referidas entidades (art. 71, III e IV).

O **controle interno**, pelo Poder Executivo, será objeto de análise em item específico sobre o tema.

3. Em matéria de **finanças públicas**, a atual Constituição prevê: sujeição aos limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno, estabelecidos pelo Senado e aplicáveis às autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público (art. 52, VII); obediência, imposta às mesmas entidades, à lei complementar que disponha sobre dívida externa e interna (art. 163, II); inclusão, na lei orçamentária anual, do orçamento fiscal e de seguridade social das entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e do orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º).
4. Com relação aos **servidores públicos** das entidades da Administração Indireta, há várias normas constitucionais.

O artigo 173, § 1º, II (na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98), impõe a sujeição às normas trabalhistas aos empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

No entanto, a própria Constituição, no capítulo concernente à Administração Pública (art. 37), derroga parcialmente a legislação trabalhista, ao dispor normas que se aplicam a todos os servidores da Administração Pública Direta ou Indireta, merecendo realce: a exigência de concurso público para ingresso; proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (com as exceções previstas na própria Constituição). Além disso, as entidades da Administração Indireta estão sujeitas à restrição do artigo 169, § 1º (redação da Emenda Constitucional nº 19/98), segundo o qual “a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Essa norma coloca sob controle prévio da Administração Direta os atos que envolvem despesas com pessoal; e completa-se com a norma do artigo 71, III, que sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas a legalidade dos atos de admissão de pessoal da Administração Direta e Indireta.

Ainda no âmbito da Constituição, há que se lembrar que as normas sobre aposentadoria e estabilidade, constantes dos artigos 40 e 41, não se aplicam aos servidores das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, sendo regidos, em regra,

pela CLT, estão sujeitos às normas do artigo 7º da Constituição, com as derrogações contidas no artigo 37.

Com relação às entidades que exercem atividade econômica, a submissão ao regime da CLT é obrigatória, por força do artigo 173, § 1º.

Também não se aplica às referidas entidades de direito privado a norma do artigo 19 das Disposições Transitórias da Constituição, que deu estabilidade aos servidores que, na data da sua promulgação, tivessem cinco anos de exercício contínuo.

Na legislação ordinária, também se encontram normas que equiparam os servidores da Administração Indireta aos da Administração Direta; é o caso do § 1º do artigo 327 do Código Penal, que considera funcionário público, para fins criminais, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. Esse dispositivo somente é aplicável aos empregados das empresas governamentais que desempenhem **serviço público**; aos que trabalham em empresas que exercem atividade econômica não é aceitável essa equiparação, em primeiro lugar, tendo em vista o artigo 173, § 1º, da Constituição, que os sujeita ao mesmo regime aplicável aos empregados das empresas particulares, somente se admitindo as derrogações previstas na própria Constituição; em segundo lugar, porque o artigo 327 do Código Penal considera funcionário público, para fins penais, somente aquele que exerce **função pública**, o que não ocorre com os empregados das empresas que se instituem como forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

Ainda se dá a equiparação para fins de improbidade administrativa, conforme artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 2-6-92.

5. O artigo 54, I, *a* e *b*, e II, *b* e *c*, da Constituição, estabelece proibição a Deputados e Senadores, sob pena de perda de mandato, de, a partir da expedição do diploma, firmarem ou manterem contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusula uniforme; aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas mesmas entidades; e, a partir da posse, a proibição de ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum* e de patrocinar causa em que seja interessada qualquer das referidas entidades.
6. Com relação a **mandado de segurança**, as autoridades das entidades da Administração Indireta, incluindo as empresas sob controle acionário do Estado, podem ser tidas como **coatoras**, para esse fim, quando exerçam funções delegadas do Poder Público. Essa possibilidade, que constava do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 1.533, de 31-12-51, e da Súmula nº 510,⁵ do STF,

⁵ Súmula 510: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.”

decorre agora do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição, e foi repetida no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/09.⁶

7. A **ação popular** é cabível contra as entidades da Administração Indireta; prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição, ela tem por objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tratando-se de ação que tem por objetivo garantir a qualquer cidadão o direito de participar ativamente da vida política, mediante o controle de atos da Administração Pública, ela é cabível contra a Administração Indireta, quer pela abrangência do artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, que incluiu no conceito genérico de Administração Pública a **direta** e a **indireta**; quer pelo artigo 37 da Constituição que, em capítulo concernente à Administração Pública, incluiu também a Administração Indireta, estendendo-lhe os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.
8. As entidades da Administração Indireta têm legitimação ativa para propor **ação civil pública** (art. 5º da Lei nº 7.347, de 24-7-85), cabível para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, e § 1º, da Constituição), mencionados no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com alterações posteriores.
9. Com relação ao **juízo privativo**, abrange, na esfera federal, as **autarquias** e **empresas públicas**, salvo nas ações de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; com relação às **fundações públicas**, sendo modalidades do gênero autarquia, podem ser consideradas abrangidas pela referência às entidades autárquicas (art. 109, I, da Constituição). A respeito das sociedades de economia mista, a Súmula nº 556, do STF, consagrou o entendimento de que “é competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. Com isso, afasta-se qualquer possibilidade de argumentação de que a expressão *empresa pública*, no dispositivo constitucional, pudesse ser entendida em sentido amplo, de modo a abranger todas as empresas estatais.

⁶ O STJ, pela Súmula nº 333, fixou o entendimento de que “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista”. O mesmo Tribunal também já decidiu que a imposição de multa decorrente de contrato firmado por empresa pública, ainda que precedido de licitação, não é ato de autoridade, mas ato de gestão, contra o qual não cabe mandado de segurança (entendimento consolidado no art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/09) (REsp. 1078.342-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15-3-10). Este último entendimento não encontra apoio na doutrina dos contratos administrativos, que admite a existência de cláusulas exorbitantes que consagram prerrogativas de autoridade para a Administração Pública, sem natureza tipicamente contratual; a multa não é ato de gestão, mas típico ato de império.

No Estado de São Paulo, o juízo privativo foi concedido a todas as entidades da Administração Indireta, com a referência a “entidades **paraestatais**” (art. 36 do Código Judiciário – Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69).

10. Em caso de estado de sítio, as **empresas prestadoras de serviços públicos** ficam sujeitas a intervenção (art. 139, VI, da Constituição).
11. Quanto à **licitação e contratos**, o artigo 37, XXI, da Constituição diz que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante licitação.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe alguma alteração na matéria de licitação e contrato referente às empresas públicas e sociedades de economia mista. Isto porque, ao alterar a redação do artigo 22, XXVII, fez remissão, com relação a tais entidades, ao artigo 173, § 1º, III; segundo esse dispositivo, a lei que definir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e das suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública” (v. item 9.4).

Com essa alteração, abriu-se ensejo a que se estabeleçam normas diferentes sobre licitação e contratos para as empresas estatais. Enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto no artigo 173, § 1º, continuam a aplicar-se as normas da Lei nº 8.666, já que o dispositivo constitucional não é autoaplicável.⁷

A Lei nº 8.666, de 21-6-93, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8-6-94, prevê, nos incisos VIII e XVI do artigo 24, duas hipóteses de dispensa de licitação para contratação, por pessoa jurídica de direito público interno, de entidades da Administração Indireta (v. item 9.5).

Há que se atentar, no entanto, para o fato de que a hipótese é apenas de **dispensa** de licitação, o que não impede a Administração Pública de realizá-la, quando entender conveniente. Aliás, há de se lembrar que, se a Administração contratar, **sem licitação**, por preço superior ao de mercado, estará sujeita à ação popular, com base em norma expressa da Lei nº 4.717/65 (art. 4º, V, *b*), que presume, nesse caso, o dano ao patrimônio público, sem falar na responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável, conforme artigo 25, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

⁷ No RE 441.280/RS, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, o STF vem discutindo a sujeição da Petrobras às normas da Lei nº 8.666/93, diante do art. 173, § 1º, da Constituição, conforme noticiado no *Boletim Informativo* nº 522, do STF.

Pela Lei nº 9.648, de 27-5-98, que alterou a Lei nº 8.666/93, foi prevista, no inciso XXIII do artigo 24, a possibilidade de dispensa de licitação “na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Ainda com relação à licitação, as sociedades de economia mista e as empresas públicas são beneficiadas com percentual maior para dispensa de licitação, em razão do valor, nas compras, obras e serviços por elas contratados, conforme artigo 24, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a redação introduzida pela Lei nº 12.715, de 17-9-12.

12. Com relação à **responsabilidade** por danos causados por atos dos seus agentes, o artigo 37, § 6º, da Constituição estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de **serviços públicos** responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade é **objetiva** e alcança todas as pessoas públicas ou privadas que prestem serviços públicos. Houve uma ampliação em relação à Constituição anterior (art. 107), que somente fazia referência às pessoas jurídicas de direito público. Note-se que é a própria entidade da Administração Indireta que responde e não a pessoa política que a instituiu; isto porque, tendo personalidade jurídica, ela é dotada de patrimônio próprio, que responde por suas obrigações.

O que tem sido defendido pela doutrina é a possibilidade de o Estado responder subsidiariamente quando se exaure o patrimônio da entidade; esse entendimento estava consagrado em lei, no tocante às sociedades de economia mista, pois o artigo 242 da Lei das Sociedades por Ações determinava que elas “não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 10.303, de 31-10-01; no entanto, isso não invalida o entendimento doutrinário segundo o qual a pessoa política que institui a entidade deve responder subsidiariamente pelas obrigações que a mesma não tiver condições de cumprir. Isso se dá, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b:118-119), “não porque a entidade seja sociedade de economia mista, mas por se tratar de pessoa explícita ou implicitamente concessionária de serviços públicos”. Em outra obra (2008:992-993), o mesmo autor ensina que, “*para fins de responsabilidade subsidiária do Estado*, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que, inobstante

alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob *concessão* ou *delegação* explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de *serviço público* propriamente dito). Isso porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder *subsidiariamente* – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano”.

Se assim é com relação a essas entidades, com muito mais razão no caso de outras em que o capital é inteiramente público ou em que o objetivo institucional é a prestação de serviço público.

Na realidade, o fundamento dessa responsabilidade é o mesmo que inspirou a regra do artigo 37, § 6º, da Constituição (adotada desde a Constituição de 1946), e que leva o Estado a responder objetivamente por atos de entidades a que ele deu vida, quando o patrimônio das mesmas seja insuficiente; afinal, é o particular sofrendo prejuízo pela atuação, direta ou indireta, do Estado.

13. A **prescrição quinquenal** das dívidas, direitos e ações contra a Fazenda Pública, prevista no Decreto nº 20.910, de 6-1-32, foi expressamente estendida às “autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos por impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos” (art. 2º do Decreto-lei nº 4.597, de 19-8-42).
14. As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão sujeitas à **falência**, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 11.101, de 9-2-05 (Lei de Falências). Essa lei deu tratamento diferente às empresas concessionárias e às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas). Estas últimas foram excluídas da abrangência da lei (art. 2º, I). A diferença de tratamento tem sua razão de ser: é que as empresas estatais fazem parte da Administração Pública indireta, administram patrimônio público, total ou parcialmente, dependem de receitas orçamentárias ou têm receita própria, conforme definido em lei, e correspondem a forma diversa de descentralização: enquanto as concessionárias exercem serviço público delegado por meio de contrato, as empresas estatais são criadas por lei e só podem ser extintas também por lei. Sendo criadas por lei, o Estado provê os recursos orçamentários necessários à execução de suas atividades, além de responder subsidiariamente por suas obrigações.

Só cabe fazer uma observação: a lei falhou ao dar tratamento igual a todas as empresas estatais, sem distinguir as que prestam serviço pú-

blico (com fundamento no artigo 175 da Constituição) e as que exercem atividade econômica a título de intervenção (com base no artigo 173 da Constituição). Estas últimas não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas do setor privado, porque o referido dispositivo constitucional, no § 1º, II, determina que elas se sujeitem ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

10.7 PRIVILÉGIOS PRÓPRIOS DAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS

Já se realçou o fato de que, dentre as entidades da Administração Indireta, as de direito público – autarquias e fundações públicas – têm praticamente os mesmos privilégios e prerrogativas próprios do Estado, enquanto as de direito privado têm apenas aqueles que forem expressamente previstos em lei que derroque o direito comum; essas normas derogatórias foram analisadas no item anterior.

Resta apontar alguns privilégios próprios das autarquias e fundações públicas: o **processo especial de execução** previsto no artigo 100 da Constituição e artigos 730 e 731 do CPC (art. 910 do novo CPC); disso resulta a **impenhorabilidade** dos seus bens; o **juízo privativo** (art. 109 da Constituição); **prazos dilatados** em juízo; **duplo grau de jurisdição** (v. item 17.5.3).

A **imunidade tributária** relativa aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, referida no artigo 150, VI, a, da Constituição, estende-se expressamente às **autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**, conforme § 2º do mesmo dispositivo. Note-se que, pela forma como se referiu às **fundações**, foram alcançadas as de direito público e as de direito privado.

Além disso, citem-se a presunção de veracidade, a imperatividade e a executoriedade dos seus atos, as prerrogativas com que o Poder Público aparece nos contratos administrativos, a autotutela sobre seus próprios atos, além de outros privilégios que podem ser previstos nas leis específicas de cada entidade.

10.8 NATUREZA JURÍDICA DOS BENS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O conceito de bens públicos era dado pelo artigo 65 do Código Civil de 1916, segundo o qual são públicos “os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. O artigo 98 do novo Código Civil altera pouco o dispositivo, apenas para deixar claro que entram nessa categoria todos os bens pertencentes a

peças jurídicas de direito público interno. Estabelece que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às peças jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Pela redação do Código anterior, até mesmo os bens das autarquias seriam privados. No entanto, a doutrina já defendia que os bens das autarquias eram públicos, porque sua destinação os enquadrava no conceito de bens de uso especial contido no artigo 66, II; além disso, a omissão do Código não era suficiente para levar a outra conclusão, tendo em vista que à época da promulgação do Código, ainda não se cogitava das entidades autárquicas nem das demais modalidades de entidades da Administração Indireta. Suas normas tiveram que ser adaptadas e interpretadas de modo a alcançar institutos posteriormente surgidos no ordenamento jurídico. Desse modo, o artigo 98 do novo Código Civil apenas incorpora o entendimento que já era corrente na doutrina e jurisprudência.

Da mesma forma, o artigo 99 do novo Código reforça a mesma ideia quando, ao definir os bens de uso especial, abrange os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias.

Com relação às entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado, grande parte presta **serviços públicos**; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes às peças jurídicas de direito público interno, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.

É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários.

Com relação às autarquias e fundações públicas, essa conclusão que já era aceita pacificamente, ficou fora de dúvida com o novo Código Civil. Mas ela é também aplicável às entidades de direito privado, com relação aos seus bens afetados à prestação de serviços públicos.

É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da **continuidade dos serviços públicos**. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, **sociedades de economia mista** e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.

Por isso mesmo, entende-se que, se a entidade presta serviço público, os bens que estejam vinculados à prestação do serviço não podem ser objeto de penhora, ainda que a entidade tenha personalidade jurídica de direito privado.

Também pela mesma razão, não podem as entidades prestadoras de serviços públicos alienar os seus bens afetados a essa finalidade, sem que haja a prévia desafetação; embora a Lei nº 8.666, de 21-6-93, só exija autorização legislativa para a alienação de bens imóveis das autarquias e fundações, encontra-se, às vezes, em leis esparsas concernentes à prestação de serviços públicos concedidos, norma expressa tornando inalienáveis os bens das empresas concessionárias, sem a prévia autorização do poder concedente.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido também que os bens das empresas estatais de direito privado prestadoras de serviços públicos são impenhoráveis, aplicando-se à entidade o regime dos precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal. Assim entendeu em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: “pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública” à qual “é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços” e o regime de precatório, “sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal”.⁸ Posteriormente, o mesmo entendimento foi confirmado no julgamento de recurso extraordinário interposto pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina contra acórdão do TST que, aplicando a Orientação Jurisprudencial 87, dessa Corte, entendera que a recorrente, embora autarquia, não goza do privilégio de execução por precatório, uma vez que se sujeita ao regime próprio das empresas privadas por exercer atividade econômica. Tendo em conta precedentes do STF no sentido de não incidir a norma do § 1º do artigo 173 nas sociedades de economia mista ou empresas públicas que, apesar de exercerem atividade econômica, gozam de exclusividade, e salientando o julgamento do feito envolvendo a ECT, concluiu-se que o referido dispositivo também não seria aplicável à autarquia. Asseverou-se que, no caso, trata-se de autarquia que presta serviço público e recebe recursos estaduais, conforme previsto no Regulamento da Autarquia. Além disso, a Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o artigo 173, § 1º, da Constituição, teria reforçado tal entendimento. No entanto, o mesmo Tribunal decidiu de maneira diversa com relação à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), em Recurso Extraordinário em que se discutia se o regime de precatórios aplicar-se-ia ou não a sociedade de economia mista.⁹

⁸ RE 220906-DF, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgamento: 16-11-00, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 14-11-02, p. 00015. Ainda sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o STF firmou-se no sentido de que, sendo empresa pública, é beneficiária da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição da República: “Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada” (ACO nº 765/RJ, Rel. para o acórdão o Min. Menezes Direito, DJ de 4-9-09).

⁹ Prevaleceu, no caso, o voto do Min. Joaquim Barbosa. Ele realçou, inicialmente, que seria predominante para a resolução da controvérsia a circunstância de o modelo de geração e fornecimento de

O STF também tem entendido caber a extensão da imunidade tributária a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, como ocorreu em relação à Casa da Moeda do Brasil (RE 610517/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-6-14) e à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT (RE 773992, com repercussão geral reconhecida).

Portanto, são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, 1988, v. 30:173-186).

10.9 AGÊNCIAS

10.9.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O vocábulo **agência** é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta expressamente da Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*). Por outras palavras, excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos Estados Unidos, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluída do conceito a própria Presidência da República, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que o Chefe do Poder Executivo integra a Administração Pública, estando colocado no seu ápice, orientando e dirigindo o seu funcionamento. Nos termos do artigo 84, II, da Constituição, é da competência privativa do Presidente da República “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. Não há qualquer possibilidade de serem criadas agências que escapem a essa direção superior do Presidente da República.

Enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a

energia admitir a livre iniciativa e a concorrência. Apontou que interessariam os serviços públicos, quais sejam, as produtoras independentes de energia e as autoprodutoras de energia com autorização para comercializar o excedente gerado. Concluiu que a extensão à sociedade de economia mista, de prerrogativa constitucional inerente ao Estado, teria o potencial para desequilibrar artificialmente as condições de concorrência, em prejuízo das pessoas jurídicas e dos grupos por elas formados alheios a qualquer participação societária estatal. Asseverou ser incontroverso que o objetivo principal da recorrente, sociedade de economia mista, seria a exploração lucrativa em benefício de seus acionistas, entidades públicas ou privadas. Explicitou que o direito de buscar o lucro teria como perspectiva o particular, e não o Estado (RE 599628/DF, rel. orig. Min. Carlos Ayres Britto, red. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 25-5-11; *Informativo STF* nº 628).

Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências” (cf. Eloísa Carbonell et al., 1996:22).

Existem nos Estados Unidos vários tipos de agências, sendo que a classificação mais antiga considerava duas modalidades: as agências reguladoras (*regulatory agency*) e as não reguladoras (*non regulatory agency*), conforme tivessem ou não poderes normativos, delegados pelo Congresso, para baixar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos. Outra distinção que se faz é entre agências executivas (*executive agency*) e agências independentes (*independent regulatory agency or commissions*), sendo os dirigentes das primeiras livremente destituídos pelo Presidente da República e, os da segunda, protegidos por maior estabilidade, porque só podem perder seus cargos por razões expressamente estabelecidas em lei.

As agências norte-americanas exercem funções quase legislativas, porque editam normas; e funções quase judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. A função quase judicial é aceita sem maiores contestações, uma vez que submetida ao controle pelos Tribunais, mas passou por toda uma evolução, no sentido da ampliação desse controle.

A função quase legislativa tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista principalmente a ideia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação de poderes, bastante rígido no direito norte-americano; esse princípio impede que o legislativo delegue a sua função de legislar a órgãos de outros Poderes.

Não se pode afirmar que os poderes reconhecidos às agências tenham sempre a mesma natureza e extensão. O tema passou por toda uma evolução, havendo fase de grande prestígio das agências e outra – a atual – em que seus poderes vêm sendo grandemente limitados, especialmente no que diz respeito a sua função reguladora, devido à disputa entre Legislativo e Presidência da República em exercer controle sobre as mesmas.

É curioso que as mesmas venham a servir de modelo exatamente em um momento em que, no país de origem, elas perderam grande parte do prestígio de que desfrutavam e passaram a inspirar grande dose de desconfiança, seja por parte dos órgãos de governo, seja por parte dos cidadãos, conforme analisado, em maior profundidade, em nosso livro *Parcerias na administração pública*, a partir da 3ª edição.

O fato é que o direito norte-americano vem servindo de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de “**agencificação**” (cf. Mario P. Chiti, 1997:110), que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo, dentro do já referido movimento da globalização, ainda que no direito brasileiro não haja grandes justificativas para a adoção dessa terminologia.

Além do próprio vocábulo, certamente o que mais atrai nas agências são, de um lado, a sua maior independência em relação ao Poder Executivo e, de outro, a sua função regulatória. No entanto, mesmo sob esses aspectos, a inovação é muito menor do que possa parecer à primeira vista, porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo, tal como ocorre com as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo, como também existem inúmeras entidades que exercem função reguladora, ainda que de constitucionalidade mais do que duvidosa; é o caso do CADE, Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Conselho de Seguros Privados e tantas outras. Algumas das agências que estão sendo criadas nada mais são do que autarquias de regime especial, tal como tantas outras que já existem no direito brasileiro. A maior novidade provavelmente está na instituição das agências reguladoras que vêm assumindo o papel que o Poder Público desempenha nas concessões e permissões de serviços públicos (v. Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, 2002:Cap. 6) e na concessão para exploração e produção de petróleo; é o caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Petróleo – ANP.

A terminologia ainda é muito nova, para permitir uma classificação das agências no direito brasileiro. Duas modalidades, no entanto, já se delineiam de forma um pouco mais precisa: as *agências executivas* e as *agências reguladoras*, a serem tratadas nos itens subsequentes. Além dessas, que apresentam características próprias, outras surgem sem peculiaridades outras que não o emprego do vocábulo **agência**.

10.9.2 AGÊNCIA EXECUTIVA

Agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos.

Não se trata de entidade instituída com a denominação de agência executiva. Trata-se de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos.

A sua previsão consta da Lei nº 9.649, de 27-5-98, que dispõe sobre organização da Presidência da República e dos Ministérios. O artigo 51 estabelece que “o Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II – ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor”.

Pelo § 1º desse dispositivo, a qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República. O § 2º incumbe o Poder Executivo de editar medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos contratos de gestão.

O artigo 52, por sua vez, determina que “os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva”.

Com fundamento nesses dispositivos, tais entidades foram disciplinadas pelos Decretos Federais nºs 2.487 e 2.488, de 2-2-98 (parcialmente alterado pelo Decreto nº 6.548/08), que falam em autarquias e fundações qualificadas como agências executivas. São, na realidade, autarquias e fundações que, em decorrência dessa qualificação, passam a submeter-se a regime jurídico especial.

De acordo com o artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 2.487, “a qualificação de autarquia ou fundação como agência executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos: (a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor (v. item 8.9); (b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento”.

Trata-se de medida que visa melhorar a **eficiência** das entidades autárquicas e fundacionais. Para esse fim, elas deverão fazer uma avaliação do seu modelo de gestão com base nos critérios de excelência do Prêmio Nacional da Qualidade, de forma a terem subsídios para elaborar um plano de reestruturação e de desenvolvimento institucional. Se for aprovado esse plano, a entidade celebrará um contrato de gestão com o Ministério encarregado de exercer o controle administrativo sobre ela: nesse contrato, são definidas, entre outras coisas, as metas a serem atingidas, a compatibilidade dos planos anuais com o orçamento da entidade, os meios necessários à consecução, as medidas legais e administrativas a serem adotadas para assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira e administrativa, as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das metas, as condições para revisão, renovação e rescisão, a vigência.

Firmado o contrato, a qualificação como agência executiva será feita por decreto. Se houver descumprimento do plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, a entidade perderá a qualificação de agência executiva.

Embora os decretos estejam em vigor, entendo que eles pouco efeito prático terão porque dificilmente se poderá ampliar a autonomia dessas entidades, por

meio de decreto ou de contrato de gestão, porque esbarrarão os mesmos em normas legais e constitucionais.

A ampliação dessa autonomia depende da promulgação da lei referida no artigo 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Esse dispositivo estabelece que “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

A Lei nº 12.715, de 17-9-12, outorga às autarquias e fundações qualificadas como agências executivas um benefício não outorgado às demais entidades autárquicas e fundacionais. Elas são beneficiadas com percentual maior para dispensa de licitação, em razão do valor, nas compras, obras e serviços por elas contratados, conforme artigo 24, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a redação introduzida pela Lei nº 12.715/12.

Uma última observação é no sentido de que os dois decretos que se referem a agências executivas somente se aplicam à esfera federal. Se Estados e Municípios quiserem adotar medida semelhante, deverão baixar as suas próprias normas, observando o disposto no artigo 37, § 8º, da Constituição.

10.9.3 AGÊNCIA REGULADORA

Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Se for entidade da Administração indireta, ela está sujeita ao **princípio da especialidade**, (conforme analisado no item 10.1.3.2), significando que cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei. Aliás, a ideia de especialização sempre inspirou a instituição das agências norte-americanas, como também foi uma das inspiradoras da instituição de autarquias no direito europeu-continental.

No direito brasileiro, existem, desde longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em trabalho sobre o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras, publicado na revista *Forum Administrativo*, ano 1, nº 3, p. 253-257, menciona, no início do século passado, no período 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio.

Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização.

Assim, a inovação maior é o próprio vocábulo *agência*, antes raramente utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que institui esses entes já lhes confere poder normativo ou regulador.

Regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor. Nas palavras de Calixto Salomão Filho (2001:15), a regulação, em sentido amplo, “engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”. A seu ver, “a concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo”. Dentro dessa função regulatória, considerada no duplo sentido assinalado pelo autor, pode-se considerar a existência de dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro:

- a) as que exercem, com base em lei, típico **poder de polícia**, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão; é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei nº 9.782, de 26-1-99, da Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28-1-00, da Agência Nacional de Águas, criada pela Lei nº 9.984, de 17-7-00;
- b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.).

As primeiras não são muito diferentes de outras entidades anteriormente existentes, como o Banco Central, o Cade, a Secretaria da Receita Federal, o Conselho Monetário Nacional.

As segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177.

Sabe-se que todo contrato de concessão (como os contratos administrativos em geral) possui um duplo aspecto: o que diz respeito ao seu **objeto**, referente à execução da atividade delegada ao particular; o que diz respeito ao **aspecto financeiro**, referente aos direitos do contratado, que é, em regra, empresa capitalista que objetiva o lucro; disso resulta a presença, na concessão, de **cláusulas regulamentares**, que visam garantir que o serviço seja prestado pela forma mais adequada ao interesse público, e de **cláusulas contratuais**, que objetivam garantir o direito da concessionária ao equilíbrio econômico-financeiro.

Do primeiro aspecto resultam determinadas características da concessão, como o reconhecimento de poderes à Administração concedente, em especial os de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, os de encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório, poder de decretar a caducidade e de fazer a reversão de bens da concessionária ao término da concessão.

Todos esses poderes são exercidos tradicionalmente pela própria Administração Pública Direta; atualmente, à medida que vão sendo instituídas as chamadas **agências reguladoras**, vêm as mesmas assumindo esses poderes.

Não existe lei específica disciplinando essas agências reguladoras; elas estão sendo criadas por leis esparsas, como as de nºs 9.427, de 26-12-96, 9.472, de 16-7-97, e 9.478, de 6-8-97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP). A ANATEL e a ANP têm fundamento constitucional (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III), sendo previstas sob a expressão **órgão regulador**. Note-se que a Constituição, apegada à tradição do direito brasileiro, empregou o vocábulo **órgão**; a legislação ordinária é que copiou o vocábulo de origem norte-americana.

Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente.

Elas estão sendo criadas como **autarquias de regime especial**. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Com relação aos dirigentes, a Lei nº 9.986, de 18-7-00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, veio uniformizar as normas sobre seu provimento, ao determinar que os mesmos serão escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, porém dependendo, a escolha, de aprovação pelo Senado Federal. De acordo com o artigo 4º, "as Agências serão dirigidas em regime de Colegiado, por um

Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente”. Por sua vez, o artigo 5º estabelece que “o Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do artigo 52 da Constituição Federal”. De acordo com o artigo 6º, o mandato dos Diretores será o estabelecido pela lei instituidora de cada agência. O artigo 8º previu a chamada “quarentena”, de conteúdo moralizador, ao proibir o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato. No período de impedimento, o ex-dirigente continua vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu.

Quanto aos servidores, o seu regime jurídico foi definido pela Lei nº 9.986, de 18-7-00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras. Ocorre que os artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12 e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24 e inciso I, 27 e 30 dessa lei, que determinavam que as agências reguladoras teriam suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, foram liminarmente suspensos pelo STF na ADI 2310, tendo em vista o entendimento de que a função que desempenham constitui atividade típica do Estado, com a qual é incompatível o regime celetista. Essa ADI acabou por perder o seu objeto, tendo em vista que a Lei nº 9.868/00 foi alterada pela Lei nº 10.871, de 20-5-04, que substituiu o regime celetista pelo estatutário, extinguiu os empregos públicos que haviam sido criados e criou cargos públicos sujeitos ao regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11-12-90.

No direito norte-americano, as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-judicial, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.

A sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.

Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos **em última instância administrativa**, da mesma forma que outros órgãos administrativos, mas isto não impede e não pode impedir o controle das suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do artigo 5º, XXXV,

da Constituição, em cujos termos “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição, ao contrário de outros países que seguiram o direito francês e adotaram o sistema da dualidade de jurisdição, que admite, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada. Essa possibilidade não existe no direito brasileiro. Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Independência em relação ao Poder Legislativo também não existe, tendo em vista que os seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais, por força do princípio da legalidade. Além disso, estão sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsto no artigo 70 e seguintes da Constituição.

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.

As **atribuições** das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência.

Quanto às agências que atuam no exercício do poder de polícia, as atribuições são aquelas inerentes a esse poder, tais como as de normatizar a atividade (nos limites legais), fiscalizar o cumprimento das normas, aplicar sanções.

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. Nos dois tipos de agências reguladoras, a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos.

A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão *órgão regulador* contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III.

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências. A lei utiliza, muitas vezes, conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos técnicos especializados. Por exemplo, a Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dá a ela competência para estabelecer normas e padrões sobre “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde” (art. 7º, IV); a Agência, dentro de seus conhecimentos técnicos, vai poder, lícitamente, sem inovar na ordem jurídica, baixar ato normativo definindo os “contaminantes”, os “resíduos técnicos”, os “desinfetantes” etc., e estabelecendo os respectivos padrões e limites. Trata-se de conceitos indeterminados que a agência vai tornar determinados. Ela não estará inovando na ordem jurídica, mas explicitando o sentido dos vocábulos contidos na lei. Se, ao exercer essa função, for além do previsto em lei, estará infringindo o princípio da legalidade.

Com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função normativa mais ampla, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa pro-

priamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, tal como as agências reguladoras norte-americanas. Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador. Sobre o tema, ver Di Pietro (2008:Cap. 8).

10.10 CONSÓRCIO PÚBLICO

10.10.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei nº 11.107, de 6-4-05, regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 7-1-07, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática.

Havia, antes da lei, certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no artigo 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio.

Hely Lopes Meirelles (2003:388) entendia que, como os consórcios não assumem personalidade jurídica, não tendo, portanto, capacidade para assumir direitos e obrigações em nome próprio, “é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre os seus interesses e realize seus objetivos como desejado pelos consorciados”.

No mesmo sentido era a lição de Diógenes Gasparini (1995:281), quer em relação ao convênio, quer em relação ao consórcio. Ele ensina que “o convênio, dada a sua índole, não adquire personalidade jurídica. Não lhe cabe, pois, por exemplo, comprar ou vender, ser locador ou locatário, ser empregador, contratar ou distratar, abrir e manter conta bancária, ter inscrição estadual, municipal ou federal, doar ou receber em doação, conveniar ou, em suma, assumir obrigações e desfrutar de direitos, dado que tais poderes são próprios das pessoas físicas ou jurídicas. Além disso, não se pode pretender que o convênio tenha uma estrutura organizacional e uma administração empresarial. Essas precauções não se compatibilizam com sua natureza e instabilidade institucional. A execução do convênio, por todas essas razões, fica sob a responsabilidade dos partícipes ou uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes”.

Porém, ele admite, como Hely Lopes Meirelles, a constituição de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípua de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes. Mais adiante (p. 284), ele afirma que tudo o que disse com relação ao convênio se aplica ao consórcio.

Na realidade, conforme temos entendido, nem o convênio nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordos de vontades para a consecução de fins comuns. Não havia (até a promulgação da Lei nº 11.107/05) nada, no direito brasileiro, que autorizasse a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado. Exatamente por se tratar de acordo de vontades é que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitações e contratos, manda aplicar as suas disposições, no que couber, a convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.

A melhor solução seria a de criar uma comissão executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio.

Também seria possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele poderia (desde que previsto no instrumento do consórcio e autorizado em lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Outra alternativa seria a instituição de um fundo constituído com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio.

No entanto, o legislador preferiu dar tratamento diferente ao consórcio, atribuindo-lhe personalidade jurídica, conforme consta da Lei nº 11.107/05.

A incongruência da lei começa a partir do preâmbulo, com a referência a “normas gerais de contratação de consórcios públicos”, ideia que se repete no artigo 1º, ao estabelecer que a lei dispõe sobre “normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivo de interesse comum”.

Na realidade, a lei não trata de **contratação** de consórcios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas de constituição de pessoa jurídica, o que se dá por meio de todo um procedimento, que abrange várias fases, conforme se verá. O contrato corresponde a uma das fases do procedimento de constituição da entidade.

Talvez o objetivo do legislador fosse o de dar a impressão de que a lei, dispondo sobre contrato, insere-se na competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratos administrativos, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Constituição.

Os consórcios estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98), em cujos termos “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão asso-

ciada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

O objetivo da norma constitucional é o de consolidar a **gestão associada** entre os entes federados para consecução de fins de interesse comum. Normalmente, essas matérias são as que se inserem na competência comum prevista no artigo 23 da Constituição. Muitas vezes, o serviço que uma pessoa jurídica pública não pode ou tem dificuldades para executar sozinha torna-se possível ou mais eficiente mediante a conjugação de esforços.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 13 estabelecia que “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

A Constituição vigente, no artigo 241, criou certa perplexidade ao estabelecer que os entes federados “disciplinarão por meio de lei os consórcios e os convênios de cooperação”, dando a impressão de que cada qual terá competência própria para legislar sobre a matéria. Só que, como os consórcios envolvem a participação de diferentes pessoas jurídicas públicas, é impossível que cada qual estabeleça suas próprias normas, sem que haja uma lei de âmbito nacional estabelecendo os pontos comuns. Provavelmente por essa razão, foi promulgada a Lei nº 11.107/05, estabelecendo normas gerais. Só que não são normas gerais sobre contrato, mas normas sobre constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto.

Outra incongruência da lei é a de considerar como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas em lei” e “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas em lei”. É o que consta do artigo 18, que deu nova redação ao artigo 10 da Lei nº 8.429, de 2-6-92, para inserir os incisos XIV e XV com essa redação.

A lei não pode dizer que causa prejuízo ao erário e, por isso, constitui improbidade administrativa, um ato que efetivamente não causa esse tipo de prejuízo. A hipótese destoa dos demais incisos da Lei de Improbidade Administrativa. Nem precisaria haver qualquer alteração nessa lei, tendo em vista que a infringência a qualquer tipo de lei já constitui ato de improbidade previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

10.10.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e o consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.

A Lei nº 11.107/05 veio mudar a natureza jurídica do instituto ao estabelecer, no artigo 6º, que “o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil”.

Se tiver personalidade de direito público, constitui-se como **associação pública** (art. 6º, *caput*, inciso I) e “integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados” (conforme § 1º do art. 6º). Nesse caso, terá todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, mencionados no item 10.7. Se tiver personalidade de direito privado, o consórcio, que se constituirá “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil” (art. 6º, inciso II), “observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (art. 6º, § 2º).

Do exposto decorre que o chamado consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem. Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria). Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços (v. item 10.1.3.2).

Desse modo, se tiver personalidade de direito privado, reger-se-á pelo direito civil, em tudo o que não for expressamente derogado por normas de direito público, tal como ocorre com as fundações governamentais instituídas com personalidade de direito privado e com as empresas estatais. A própria Lei nº 11.107 derroga parcialmente o direito privado, na medida em que se aplica aos consórcios públicos, independentemente de sua personalidade pública ou privada. Especificamente, o direito privado é derogado quando o artigo 6º, § 2º, determina a sujeição dos consórcios com personalidade de direito privado às normas sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Além disso, o Decreto nº 5.504, de 5-8-05, exige que os consórcios públicos, relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

A lei deu alguns privilégios ao consórcio público, independentemente de sua natureza pública ou privada:

- a) poder de promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público (art. 2º, § 1º, inciso II);
- b) possibilidade de ser contratado pela Administração Direta ou Indireta dos entes da Federação consorciados, com dispensa de licitação (art. 2º, § 1º, inciso III);
- c) limites mais elevados para fins de escolha da modalidade de licitação (§ 8º do artigo 23 da Lei nº 8.666, de 21-6-93, acrescentado pela Lei nº 11.107/05);
- d) poder de dispensar a licitação na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua Administração Indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação (art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/93, acrescentado pela Lei nº 11.107/05);
- e) valores mais elevados para a dispensa de licitação em razão do valor, prevista no artigo 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, conforme alteração introduzida no § 1º do referido dispositivo pela Lei nº 12.715, de 17-9-12.

Outra dificuldade que decorre da natureza jurídica atribuída aos consórcios públicos é o fato de eles fazerem parte da Administração Indireta de todos os entes políticos que deles participarem como sócios. Além do controle pelo Tribunal de Contas, as entidades da Administração Indireta sujeitam-se ao controle administrativo ou tutela, disciplinado, na esfera federal, pelo Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, sob o título de supervisão ministerial (arts. 19 a 29). Poderá acontecer que o mesmo consórcio seja controlado por vários entes federativos que dele façam parte; como pode acontecer de a mesma pessoa jurídica fazer parte de diferentes consórcios e ter de controlar todos eles.

Quanto ao controle pelo Tribunal de Contas, o artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11.107/05 tentou resolver o assunto, evitando a repetição de controles por Tribunais diferentes; o dispositivo determinou que “o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio”.

Isto, contudo, não tem e nem pode ter o condão de afastar o controle efetuado pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas dos demais entes federativos partícipes do consórcio, sob pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Ainda quanto à natureza jurídica do consórcio público, existe outra incongruência na lei. Embora prevendo dois tipos de consórcios públicos (um com personalidade de direito público e, o outro, com personalidade de direito privado), o artigo 15 determina que “no que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis”. Paralelamente, o artigo 16 altera o artigo 41 do Código Civil, que dá o elenco das pessoas jurídicas de direito público interno; o inciso IV, que menciona as autarquias, fica acrescido da expressão *inclusive as associações públicas*. Isto seria desnecessário porque, sendo associação pública, já está inserida no vocábulo *autarquia*, da mesma forma que as fundações de direito público.

Tem-se que entender, para dar algum sentido a essas normas, que os consórcios com personalidade de direito privado têm a natureza de associações civis, disciplinadas pelo Código Civil, salvo as derrogações, já referidas, decorrentes da Lei nº 11.107/05; os consórcios com personalidade de direito público têm a natureza de associações públicas, enquadrando-se no gênero autarquia e regendo-se, em consequência, pelo direito público e não pelo Código Civil.

Diante do exposto e com todas as ressalvas feitas quanto à forma como foram disciplinados, podem-se conceituar os consórcios públicos, perante a Lei nº 11.107/05, como **associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.**

10.10.3 CONSTITUIÇÃO, ALTERAÇÃO E EXTINÇÃO DO CONSÓRCIO

Embora o artigo 3º da Lei nº 11.107/05 estabeleça que o consórcio será constituído por contrato, na realidade, outras normas contidas na lei permitem a conclusão de que a constituição do consórcio público se fará com observância de todo um procedimento, que envolve as seguintes fases:

- a) subscrição de protocolo de intenções (art. 3º);
- b) publicação do protocolo de intenções na imprensa oficial (art. 4º, § 5º);
- c) lei promulgada por cada um dos partícipes, ratificando, total ou parcialmente, o protocolo de intenções (art. 5º) ou disciplinando a matéria (art. 5º, § 4º);
- d) celebração de contrato (art. 3º);

- e) atendimento das disposições da legislação civil, quando se tratar de consórcio com personalidade de direito privado (art. 6º, II).

Fácil é entender a necessidade de que o procedimento tenha início com a celebração de protocolo de intenções. Trata-se de figura pouco estudada no direito brasileiro e que designa um instrumento pelo qual os interessados manifestam a intenção de celebrar um acordo de vontade (contrato, convênio, consórcio ou outra modalidade) para a consecução de objetivos de seu interesse, porém sem qualquer tipo de sanção pelo descumprimento. Na realidade, não se assume, nele, o **compromisso** de celebrar o acordo; não se assumem direitos e obrigações; apenas se definem as cláusulas que serão observadas em caso de o acordo vir a ser celebrado.

Como o consórcio é instituído como pessoa jurídica, não poderia ser constituído pela simples celebração de um contrato. Daí a necessidade de celebração de um protocolo de intenções em que se definam as condições em que o consórcio será instituído, até para poder submeter o consórcio à aprovação legislativa.

O artigo 4º da Lei nº 11.107 define as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, como a denominação, a finalidade, o prazo de duração, a sede, a identificação dos entes da Federação consorciados, a área de atuação, a natureza jurídica pública ou privada, a forma de administração, os serviços públicos objeto da gestão associada etc.

Mesmo que subscrevendo o protocolo de intenções, o ente federativo poderá não participar do consórcio (art. 5º, § 1º) ou poderá participar parcialmente, se a ratificação por lei for feita com reserva e aceita pelos demais subscritores do protocolo de intenções (art. 5º, § 2º). Vale dizer que o fato de ter subscrito o protocolo de intenções não obriga o ente da Federação a participar do consórcio; a sua decisão não acarreta qualquer tipo de sanção.

A ratificação do protocolo de intenções é dispensada pelo artigo 5º, § 4º, desde que o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de intenções, tenha disciplinado por lei a sua participação no consórcio público. Evidentemente, essa participação ficará impossibilitada ou restringida se o protocolo de intenções estabelecer condições que contrariem a lei anterior que disciplinava a matéria.

Ainda sobre a ratificação, o art. 5º, § 3º, estabelece que, se realizada após dois anos da subscrição do protocolo de intenções, dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

Somente após a ratificação é que poderá ser celebrado o contrato de constituição do consórcio.

A exigência de contrato de constituição de consórcio público, quando este for instituído como pessoa jurídica de direito público, é praticamente desnecessária e é desmentida pela norma do artigo 6º, inciso I. Estabelece o dispositivo que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica “de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções”.

Como todas as autarquias, a personalidade jurídica surge com a simples data de entrada em vigor das leis que as instituírem. A pessoa jurídica de direito público é criada por lei, conforme decorre do artigo 37, XIX, da Constituição. O vocábulo *ratificação* é incorreto, porque dá a impressão de que a lei apenas aprova uma criação já feita pela Administração Pública. No caso dos consórcios públicos, a dificuldade está no fato de haver várias leis, uma de cada consorciado. A Lei nº 11.107 não diz como resolver as dificuldades que surgirão na hipótese de alguns entes ratificarem imediatamente, outros não ratificarem ou ratificarem parcialmente. Quantas leis ratificadoras têm que ser promulgadas para que o consórcio adquira personalidade jurídica? Como os consórcios públicos integrarão a Administração Indireta de cada ente consorciado, tem-se que entender que a personalidade jurídica surge em momentos diferentes para cada qual (o que é, evidentemente, absurdo, mas é o que decorre da lei).

No caso de o consórcio ser instituído como associação pública, o contrato poderá ser utilizado como instrumento para aprovação do estatuto da entidade.

No caso de o consórcio ser instituído como pessoa jurídica de direito privado, o artigo 6º, inciso II, determina que a personalidade jurídica é adquirida “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil”. Terá que ser observado especificamente o artigo 45 do Código Civil, segundo o qual “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedido, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”. Terá que ser observada ainda a norma do artigo 46, que estabelece os dados que necessariamente deverão constar do registro.

Quanto à alteração ou extinção do consórcio, o artigo 12 da lei determina que dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. Nem poderia ser diferente, já que, sendo instituído mediante lei, não poderá ser alterado ou extinto sem lei.

Nos termos do § 2º do artigo 12, “até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação”.

A norma tem que ser interpretada à luz do artigo 37, § 6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, por ato que seus agentes causarem a terceiros. Enquanto subsistente a pessoa jurídica, ela responde. Após sua extinção, a responsabilidade fica sendo solidária.

A lei ainda prevê a possibilidade de ente da Federação retirar-se do consórcio público. Segundo o artigo 11, a retirada depende de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei. Entende-se que deve ser lei do próprio consorciado que pretende retirar-se. Além da retirada voluntária, a lei prevê a exclusão, após prévia suspensão, do consorciado que não consignar, em

sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio (art. 8º, § 5º).

Segundo o § 1º do artigo 11, os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação. Apesar do preceito contido nesse dispositivo, não há como o ente consorciado abrir mão de seus bens apenas mediante previsão em cláusula contratual. Essa previsão tem que constar do protocolo de intenções a ser objeto de ratificação por meio de lei, pois a Administração Pública não tem liberdade para livremente dispor de bens de seu patrimônio. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, no artigo 17, exige autorização legislativa para qualquer tipo de alienação de bens públicos imóveis. Além disso, terão que ser observadas as demais exigências contidas nesse dispositivo, especialmente a avaliação prévia.

O § 2º do artigo 11 da Lei nº 11.107 ainda estabelece que a retirada ou a extinção do consórcio público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos de programa, cuja extinção dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas.

10.10.4 CONTRATOS DE RATEIO

A Lei nº 11.107/05 prevê dois tipos de contratos a serem firmados pelos entes consorciados: o contrato de rateio e o contrato de programa.

O contrato de rateio, previsto no artigo 8º, constitui instrumento mediante o qual os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público. Esses recursos devem ser devidamente previstos na lei orçamentária de cada consorciado, sob pena de exclusão do consórcio, após prévia suspensão (§ 5º do art. 8º), e sob pena de improbidade administrativa (art. 10, XV, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pelo art. 18 da Lei nº 11.107/05).

O contrato terá que ser firmado anualmente e seu prazo de vigência não pode ser superior ao das dotações que o suportam, com duas exceções:

- a) no caso de contratos que tenham por objeto projetos contemplados em plano plurianual; essa exceção corresponde à hipótese prevista no artigo 57, I5, da Lei nº 8.666/93, referente à execução de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, quando o contrato pode ultrapassar o prazo de vigência dos créditos orçamentários;
- b) no caso de gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos; justifica-se a exceção uma vez que, neste caso, os recursos não são provenientes do orçamento do ente consorciado.

Para fins de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, o § 4º do artigo 8º exige que o consórcio público forneça as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

10.10.5 CONTRATOS DE PROGRAMA E CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO

A expressão *contrato de programa*, no âmbito do direito administrativo, costuma ser utilizada no mesmo sentido em que se fala em contrato de gestão, ambos fundamentados no artigo 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sobre o tema, v. item 8.9. Agora, na Lei nº 11.107, a expressão está utilizada com outro sentido, que bastante se aproxima da própria noção de convênio e que nada tem a ver com a norma do referido dispositivo constitucional.

O contrato de programa é referido, inicialmente, no artigo 4º, XI, *d*, que, ao mencionar as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, inclui a “autorização para a gestão associada de serviços públicos”, explicitando, dentre outras coisas, “as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados”. Mais adiante, é previsto no artigo 13 como instrumento a ser utilizado para a constituição e regulação de “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”.

Da combinação dos dois dispositivos extrai-se a conclusão de que a **gestão associada** pode ser feita:

- a) mediante a constituição de **consórcio público**, como pessoa jurídica, na forma disciplinada pela Lei nº 11.107;
- b) mediante acordos de vontade, como o **convênio de cooperação**, o **contrato de programa** ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada.

Por sua vez, o contrato de programa pode ser celebrado em duas hipóteses:

- a) no próprio âmbito do consórcio público; nesse caso, o contrato de programa será celebrado entre o consórcio e um de seus consorciados, quando este último assumir a obrigação de prestar serviços por meio de

seus próprios órgãos (Administração Direta) ou por meio de entidade da Administração Indireta;

- b) fora do âmbito do consórcio; neste caso, a gestão associada não exigirá a constituição de consórcio público, como pessoa jurídica de direito público ou privado, sendo a gestão associada disciplinada por meio de contrato de programa.

Em qualquer das duas hipóteses, o instrumento utilizado deverá indicar, “como condição de validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público quando haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art. 13). Nesse caso, o § 2º do mesmo dispositivo indica as cláusulas que deverão necessariamente constar do contrato de programa, sendo expressamente vedado atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (art. 13, § 3º).

No caso de estar vinculado a consórcio público ou a convênio de cooperação que venham a ser extintos, o contrato de programa poderá continuar vigorando, conforme estabelece o § 4º do artigo 13. A norma é impossível de ser aplicada porque, com a extinção do consórcio, desaparece uma das partes no contrato do programa, que, em consequência, se extingue de pleno direito. A continuidade do contrato de programa só é possível se ele for celebrado entre entes consorciados ou entre um deles e uma entidade da Administração Indireta do outro.

A Lei nº 11.107/05 não estabelece as formalidades a serem observadas para a celebração de convênios de cooperação e contratos de programa.

Com relação aos convênios, aplica-se o quanto foi dito no item 8.10.

No caso de contrato de programa, tem-se que fazer algumas distinções. Se ele estiver vinculado a consórcio, deverá estar previsto no protocolo de intenções a ser ratificado por lei e, em consequência, deverá constar do contrato de constituição do consórcio.

Se estiver vinculado a convênio de cooperação, deverá estar previsto em suas cláusulas.

No caso de não estar vinculado nem a consórcio nem a convênio de cooperação, o contrato de programa rege-se pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e independe, como regra geral, de autorização legislativa, tendo em vista que isto implicaria o controle do Poder Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (in *RDA* 140/68). No entanto, se o contrato de programa envolver repasse de verbas não previstas na lei orçamentária, daí sim é necessária autorização legislativa. A respeito do assunto, vale o quanto foi dito sobre os convênios no item 8.10.

É incompreensível que o artigo 13, § 1º, determine que o contrato de programa deve obediência “à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados”. É difícil imaginar que um ente federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente Federativo. Quando muito, pode ocorrer que entidade da Administração Indireta vinculada a um ente federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assuma, como concessionária, a prestação de serviço público de que é titular determinado ente federativo. Isto já ocorre. É o caso da SABESP, comumente contratada por municípios para a prestação de serviços públicos de saneamento. E ocorreu, com grande frequência, antes das privatizações de empresas estatais, nas áreas de telecomunicações e energia elétrica, quando a União, titular do serviço, os delegava, por concessão, a empresa estatal de outra esfera de governo, como a TELESP, a ELETROPAULO, a CESP etc.

Nesses casos, a denominação de contrato de programa é imprópria, porque se trata de verdadeiros contratos de concessão de serviços públicos, podendo, agora, assumir também a forma de parceria público-privada, disciplinada pela Lei nº 11.079, de 30-12-04.

Em resumo, existem várias possibilidades para a gestão associada de serviços públicos:

- a) a constituição de consórcio público com personalidade de direito público, sob a forma de associação pública;
- b) a constituição de consórcio público com personalidade de direito privado, sob a forma de associação civil;
- c) o convênio de cooperação;
- d) o contrato de programa que, por sua vez, pode estar vinculado a um consórcio público ou a um convênio de cooperação, ou pode ser independente de qualquer outro tipo de ajuste, podendo, inclusive, ser celebrado diretamente por um ente federativo com entidade da Administração Indireta de outro ente federativo.

10.11 CONTROLE ADMINISTRATIVO OU TUTELA DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

A descentralização administrativa traz consigo a ideia de controle. O poder central transfere a execução de determinados serviços a entes dotados de personalidade jurídica, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração, porém exerce sobre eles fiscalização necessária para assegurar que cumpram os seus fins. Ressalvada a hipótese de descentralização por colaboração (concessão e permissão de serviços públicos) em que o controle se rege pelas normas concernentes aos atos e contratos

administrativos, nos casos de descentralização por serviços e territorial, o Estado atribui o controle administrativo a determinados órgãos da administração direta, que o exercerão nos limites da lei.

Disso resultam dois aspectos concernentes às entidades que exercem serviços públicos descentralizados: de um lado, a capacidade de autoadministração, que lhes confere o **direito** de exercer, com independência, o serviço que lhes foi outorgado por lei, podendo opor esse direito até mesmo à pessoa política que as instituiu. De outro lado, o **dever** de desempenhar esse serviço, o que as coloca sob fiscalização do Poder Público; este precisa assegurar-se de que aquela atividade que era sua e foi transferida a outra pessoa jurídica seja executada adequadamente.

Esse duplo aspecto é essencial para entender-se a extensão do controle sobre os entes descentralizados; ele só vai até onde não ofenda a capacidade de autoadministração delimitada por lei; por sua vez, essa capacidade de autoadministração vai até onde não esbarre com os atos de controle previstos em lei.

Odete Medauar (1976:68) observa que, “se a tutela administrativa contrapõe-se à independência conferida **por lei** aos entes públicos descentralizados, somente um texto de lei poderá determinar seu exercício. A tutela não se presume; ela se constitui de uma soma de competências particulares atribuídas explicitamente por lei, que não podem ser acrescidas, nem por analogia”. Fazendo referência à lição de Cretella Júnior, a autora acrescenta que a tutela administrativa existe na medida e nos limites da lei que a prevê e organiza, o que dá origem à seguinte fórmula diretriz: *nulla tutela sine lege, nulla tutela praeter legem, nulla tutela contra legem*.

Esse controle não significa que os entes descentralizados estejam hierarquicamente subordinados à Administração Direta. Existe apenas uma **vinculação** para fins de controle; essa vinculação normalmente se dá com relação ao Ministério ou Secretaria de Estado ou de Município cujas atividades se relacionam com a da pessoa jurídica da Administração Indireta.

Há diferenças sensíveis entre **tutela e hierarquia**:

1. a tutela não se presume, pois só existe quando a lei a prevê; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organização administrativa do Estado;
2. a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa; a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a ideia de **desconcentração**;
3. a tutela é **condicionada** por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos; a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhe são inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (*ex officio* ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições.

Em ambos os casos, existe **controle administrativo**; por isso mesmo muitos autores preferem falar em **tutela**, quando se trata de controle sobre Administração Indireta, com o que se evita qualquer confusão com o **controle hierárquico**.

Também não se confunde **tutela e autotutela**, pois esta corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Isto significa que a **tutela**, o **controle hierárquico** e a **autotutela** são modalidades do gênero **controle administrativo**.

Originariamente, empregava-se o vocábulo *tutela* para abranger apenas o controle sobre as pessoas administrativas de direito público, ou seja, as autarquias; isto porque apenas elas eram utilizadas como forma de descentralização por serviço.

À medida que o Poder Público passou a utilizar outros tipos de entidades, como as fundações, as sociedades de economia mista e a empresa pública, como formas de descentralização por serviço, a tutela, que é inerente a esse tipo de descentralização, passou a alcançar todas as entidades da Administração Indireta.

Por isso a tutela pode ser definida como a **fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais**.

A tutela é apenas um dos tipos de controle a que se sujeitam os entes descentralizados, porque corresponde a um **controle administrativo**, ou seja, exercido pelos órgãos da Administração Direta. Ela coexiste com outros tipos de controle, a saber: o **externo**, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o **controle judicial**.

Teoricamente, a **tutela** pode ser **preventiva** ou **repressiva** conforme se exerça antes ou depois da prática do ato; de **legitimidade** ou de **mérito**, segundo examine a conformidade com a lei ou apenas aspectos de oportunidade e conveniência.

Abrange atos dos mais variados tipos, como autorização, aprovação, anulação, revogação, intervenção.

No entanto, os vários tipos de controles e as várias espécies de tutela, admissíveis doutrinariamente, somente se aplicam quando previstos expressamente em lei. Assim, é o exame do direito positivo que diz o que pode e o que não pode fazer a autoridade de tutela.

No **direito positivo brasileiro**, não se usa a expressão tutela.

Na esfera federal, a matéria está disciplinada, basicamente, pelo Decreto-lei nº 200/67, que usa a expressão *supervisão ministerial*. Esta é exercida pelos Ministérios sobre os órgãos da Administração Direta e Indireta enquadrados na sua área de competência (arts. 19 ss).

De acordo com o artigo 26, no que se refere à Administração Indireta, a supervisão visará assegurar, especialmente:

- I – a realização dos objetivos fixados nos atos da constituição da entidade;
- II – a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;
- III – a eficiência administrativa;
- IV – a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Também vem sendo utilizado como instrumento de controle o contrato de gestão, celebrado entre a Administração Direta e a entidade da Administração Indireta. Por meio dele, são estabelecidas metas que a entidade se obriga a cumprir em troca de maior autonomia.

Ao término do prazo contratual, a entidade submete-se a controle de resultado, para avaliação do cumprimento das metas (v. item 8.9).

O parágrafo único do mesmo dispositivo indica as medidas possíveis, ou seja, o que se denomina de atos de tutela, que abrangem, dentre outros, a indicação ou nomeação do dirigente da entidade, o recebimento de relatórios, balancetes, aprovação da proposta orçamentária, limites com gastos de publicidade e de pessoal, intervenção por motivo de interesse público.

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei Complementar nº 7, de 6-11-69, prevê, no artigo 4º, a vinculação das entidades descentralizadas à Secretaria de Estado cujas atribuições se relacionem com a atividade principal que lhe cumpra exercer.

São estabelecidos três tipos de controle:

1. o de **resultados**, a ser exercido pela Secretaria a que estiver vinculada a entidade, quanto ao atendimento das finalidades e objetivos institucionais e a sua situação administrativa; e pela Secretaria da Fazenda, quanto à execução orçamentária, aos custos operacionais, à rentabilidade econômica de seus serviços, bem assim à situação econômico-financeira (art. 5º);
2. o de **legitimidade**, a cargo da Secretaria da Fazenda, que será exercido pelo sistema de auditoria; abrange a legitimidade dos atos relativos à despesa, à receita, ao patrimônio, ao pessoal, material e transportes (arts. 6º e 7º);
3. o exercido pelo Governador, mediante aprovação de planos de trabalho, orçamento, regulamentos etc. (arts. 15 e 19).

A lei estabelece os atos de controle possíveis, de um lado sobre as autarquias e, de outro, sobre as fundações e empresas.

Enquanto o Decreto-lei nº 200/67 prevê **intervenção** em todas as modalidades de pessoas descentralizadas, por **motivo de interesse público** (art. 26, parágrafo único, *i*), a lei estadual só a admite sobre as autarquias, quando se verificar desvio de finalidade ou inobservância de normas legais na sua administração (art. 18).

Finalmente, é importante realçar que o **recurso** não constitui ato de tutela; a rigor, não cabe recurso perante a Administração Direta, contra atos praticados por entidade descentralizada. O recurso existe onde haja subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso dessas entidades. Excepcionalmente, poderá ser interposto recurso, **desde que haja previsão legal expressa**, sendo, nesse caso, chamado de **recurso hierárquico impróprio**.

Com exceção dessa hipótese, nas demais, prolatada a decisão final pelo dirigente da entidade, somente cabe ao interessado recorrer ao Poder Judiciário.