

ODETE MEDAUAR

DIREITO
ADMINISTRATIVO
MODERNO

19.^a edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Medauar, Odete

Direito administrativo moderno / Odete Medauar. – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5961-7

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

15-00400

CDU-35(81)-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81) 2. Direito administrativo 35

5

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

SUMÁRIO: 5.1 Conceito – 5.2 Autarquias: 5.2.1 Noção; 5.2.2 Regime jurídico; 5.2.3 Controles; 5.2.4 Autarquias especiais; 5.2.5 Autarquia qualificada como agência executiva – 5.3 Fundações públicas: 5.3.1 A fundação no direito civil; 5.3.2 Controvérsias sobre as fundações instituídas pelo poder público; 5.3.3 Evolução do tratamento legal; 5.3.4 Noção de fundação pública; 5.3.5 Regime jurídico; 5.3.6 Controles; 5.3.7 Fundações universitárias; 5.3.8 Fundação qualificada como agência executiva – 5.4 Empresas públicas: 5.4.1 As chamadas “estatais”; 5.4.2 Noção de empresa pública; 5.4.3 Regime jurídico das empresas públicas – 5.5 Sociedades de economia mista: 5.5.1 Regime jurídico das sociedades de economia mista – 5.6 Estatais e privatização – 5.7 Entes com situação peculiar: 5.7.1 Ordens e conselhos profissionais; 5.7.2 Fundações de apoio; 5.7.3 Empresas controladas pelo poder público; 5.7.4 Serviços sociais autônomos; 5.7.5 Terceiro setor parceiro; 5.7.5.1 Organizações sociais; 5.7.5.2 Organizações da sociedade civil de interesse público; 5.7.5.3 Organizações da Sociedade Civil em mútua cooperação com a administração – 5.8 Bibliografia.

5.1 Conceito

Segundo o art. 4.º, II, do Dec.-lei 200/67 (com alterações posteriores), a Administração indireta compreende as entidades dotadas de personalidade jurídica própria que estão indicadas nas suas alíneas. Daí o seguinte conceito: *Administração indireta é o conjunto de entidades personalizadas que executam, de modo descentralizado, serviços e atividades de interesse público.* Em cada nível de Administração, o conjunto dessas entidades personalizadas forma a Administração indireta desse nível. Há, portanto, Administração indireta federal, Administração indireta estadual e Administração indireta municipal, se a dimensão do Estado-membro e do Município comportar.

No tocante às entidades componentes da Administração indireta, a redação de alguns dispositivos da Constituição de 1988 ensejou entendimento diverso do que dispõe a atual redação do Dec.-lei 200/67, em virtude de usarem a expressão “administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (por exemplo, art. 71, III). De acordo com essa corrente, a Constituição Federal, usando esses termos, estaria retirando as fundações públicas do âmbito da Administração indireta, para incluí-las numa “Administração fundacional”. Parece, no entanto, melhor o entendimento que

inscreve as fundações públicas no rol das entidades da Administração indireta. Isso porque o próprio Dec.-lei 200/67 assim prevê; e, por outro lado, todas as leis de reestruturação da Administração federal posteriores à Constituição de 1988 repartem-na em direta e indireta, não mencionando “Administração fundacional”. Além do mais, outros dispositivos da Constituição Federal levam à convicção de que a Administração Pública se reparte somente em direta e indireta, nesta última se incluindo as fundações públicas. Por exemplo: o inc. X do art. 49 aponta a competência do Congresso Nacional para fiscalizar os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta. Ao utilizar a expressão “administração indireta”, o constituinte excluiu as fundações públicas do controle parlamentar? Evidente que não, porque aí estão abrangidas. O *caput* do art. 70, referente à fiscalização financeira, contábil e orçamentária exercida pelo Congresso Nacional, usa os termos “entidades da administração direta e indireta”; estariam excluídas, dessa fiscalização, as fundações públicas? Evidente que não. O fato de explicitar, em vários dispositivos, que seus preceitos se aplicam “inclusive às fundações” ou “à administração fundacional” decorre sobretudo da memória de um período em que as fundações públicas foram retiradas do âmbito da Administração indireta, como será exposto adiante; para que não ficassem resíduos dessa época, o constituinte torna clara a extensão dos preceitos a essas entidades.

São entes da Administração indireta: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, conforme dispõe o inc. II do art. 4.º do Dec.-lei 200/67, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, respectivamente. Segundo a confusa Lei 11.107, de 06.04.2005, o *consórcio público* com personalidade jurídica pública, constituído como *associação pública*, integra a Administração indireta de todos os entes federativos consorciados (art. 6.º, I e § 1.º), enquanto perdurar o consórcio ou a participação no consórcio (art. 13, § 6.º). A respeito dos consórcios públicos, v. item 11.15.1.

Cada uma dessas entidades possui personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade jurídica da entidade maior a que se vinculam – União, Estado-membro ou Município. Tendo personalidade jurídica, são sujeitos de direitos e encargos por si próprias, realizando atividades e atos do mundo jurídico em seu próprio nome.

As autarquias são pessoas jurídicas públicas. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas são pessoas jurídicas privadas. Para alguns autores, essas entidades com personalidade jurídica privada formariam um tipo denominado “paraestatais”, termo que literalmente significa “entes paralelos ao Estado”. O direito positivo brasileiro atual não utiliza tal terminologia e, como se verá, a personalidade jurídica privada não afasta a aplicação, a tais entidades, de preceitos do direito público – por isso, parece melhor a expressão “Administração indireta”.

As entidades da Administração indireta são produtos de descentralização administrativa (ver item 3.11 do Capítulo 3). Juridicamente, entre essas entidades e a Administração direta não existem vínculos de hierarquia: os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer.

Em geral, cada uma dessas entidades se vincula a um órgão da Administração direta, cuja área de competência tenha afinidade com sua atuação específica. No âmbito federal esse vínculo vem indicado no parágrafo único do art. 4.º do Dec.-lei 200/67: “As entidades compreendidas na Administração indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”; por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos vincula-se ao Ministério das Comunicações. Mas podem vincular-se, também, a outros órgãos equivalentes a Ministério, como Secretarias junto à Presidência da República; o Decreto Federal 6.129, de 20.06.2007, com alterações posteriores, dispõe sobre a vinculação das entidades da Administração indireta federal. Em nível estadual e municipal, por vezes o vínculo ocorre com o Gabinete do Chefe do Executivo, por vezes com Secretarias.

O órgão da Administração direta a que se vincula a entidade exerce o *controle administrativo (tutela)* sobre a mesma. Em nível federal esse controle denomina-se *supervisão ministerial*, sendo atribuição do Ministro de Estado competente (art. 19 do Dec.-lei 200/67). A supervisão ministerial da Administração indireta visa a assegurar, essencialmente: I – a realização dos objetivos fixados nos atos de 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 (art. 26 do Dec.-lei 200/67). Como exemplos de medidas que expressam a supervisão ministerial podem-se apontar: indicação ou nomeação pelo Ministro dos dirigentes da entidade; designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas assembleias-gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa; fixação das despesas de pessoal e de administração; intervenção, por motivo de interesse público (parágrafo único do mesmo art. 26).

Uma das características da Administração indireta é a especialidade das atribuições de cada entidade, vigorando o *princípio especialidade*. Assim, por exemplo, umas destinam-se ao fornecimento de água, outras, à preservação do patrimônio cultural, e outras, a correios e telégrafos. Desse modo, os entes da Administração indireta não podem realizar atividades fora do fim a que se destinam.

Para o desempenho de sua competência específica, a entidade da Administração indireta é dotada de patrimônio e pessoal próprios, estrutura administrativa própria, encabeçada por um dirigente, de regra denominado “presidente” ou “superintendente” (nas universidades, reitor).

Outro aspecto do regime geral das entidades da Administração indireta é a exigência de *lei específica* para a criação de autarquia e para a autorização de instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, conforme prevê o inc. XIX do art. 37 da CF, nos seguintes termos: “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”. Por *lei específica* deve-se entender a lei decorrente de projeto elaborado somente com a finalidade de criar a entidade. É possível considerar-se como lei específica aquela que diz respeito à reestruturação de órgãos e entidades da Administração Pública. A parte final do referido inciso XIX suscita dúvidas quanto a alcançar só a fundação pública ou também empresa pública e sociedade de economia mista; e mostra-se incoerente ao prever lei complementar para indicar a área de atuação de entidades, cuja instituição foi autorizada por lei ordinária. Também, depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de *subsidiárias* dessas entidades e a participação de qualquer delas em empresa privada, segundo exige o inc. XX do mesmo art. 37. O termo *subsidiárias* guarda pertinência sobretudo com empresas vinculadas a empresas públicas e sociedades de economia mista.

A todas as entidades da Administração indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, qualquer que seja sua natureza jurídica, aplicam-se os princípios arrolados no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) e todos os preceitos contidos nos incs. I a XXII do mesmo artigo.

Quanto à responsabilidade por danos a terceiros, causados por seus agentes, é objetiva, nos termos da Constituição Federal, art. 37, § 6.º, no caso de entidades com personalidade jurídica pública ou de entidades prestadoras de serviços públicos com personalidade jurídica privada; ou seja, essas entidades arcam com a reparação do dano, tendo direito de regresso se ocorrer dolo ou culpa do agente. Há linha doutrinária em favor da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica matriz (União, Estado, Distrito Federal, Município) se o patrimônio de qualquer entidade da respectiva Administração indireta não for suficiente para a reparação, pois a pessoa jurídica matriz foi a instituidora da entidade.

Sobre os dirigentes, servidores e empregados que trabalham nos entes da Administração indireta incidem os dispositivos da Lei 8.429, de 02.06.1992, que prevê sanções por improbidade administrativa.

As entidades da Administração indireta sujeitam-se ao controle parlamentar (art. 49, X, da CF) e à fiscalização financeira, contábil, orçamentária e patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas (arts. 70 e 71 da CF).

5.2 Autarquias

5.2.1 Noção

O termo *autarquia*, que literalmente significa “poder próprio”, foi usado pela primeira vez pelo publicista italiano Santi Romano, em 1897, para identificar a situação de entes territoriais e institucionais do Estado unitário italiano. Para Romano, autarquia significava administração indireta do Estado exercida por pessoa jurídica, no interesse próprio e do Estado. Em monografia sobre comunas, publicada em 1908, no *Primo trattato*, de Orlando, Santi Romano menciona que autarquia “é uma forma específica de capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de administrar por si seus próprios interesses, embora estes se refiram também ao Estado”.

No Brasil, muitas autarquias surgiram a partir do final das décadas de 20 e 30. As primeiras obras doutrinárias sobre autarquias datam de meados e fim desta década (a de Tito Prates da Fonseca, 1935; a de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1939).

Na atualidade, o delineamento essencial da figura da autarquia é dado pelo inc. I do art. 5.º do Dec.-lei 200/67. Segundo esse dispositivo, a autarquia é um 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.

Na análise da noção contida no inc. I deve-se observar a inadequação do uso do termo *autônomo*, que poderia dar a entender que as autarquias são entes dotados da mesma natureza que os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, todos com autonomia política. O vocábulo *autônomo* aí deve ser lido como não subordinado hierarquicamente, dotado de mais liberdade de agir que os órgãos da Administração direta, característica essa dos entes resultantes de descentralização administrativa.

As autarquias devem ser *criadas por lei específica*, conforme exige o inc. XIX do art. 37 da CF. Muitas autarquias existentes desde antes da edição do Dec.-lei 200/67 foram criadas por decreto, como, por exemplo, a Universidade de São Paulo (1934).

As autarquias são dotadas de personalidade jurídica própria – portanto, são sujeitos de direitos e encargos, no mundo jurídico, por si próprias. O referido inc. I omite a indicação da natureza pública ou privada da personalidade jurídica. Mas consolidou-se há muito no ordenamento brasileiro a natureza de *pessoa jurídica pública* das autarquias que integram a Administração indireta,

desde que assim foi previsto no Dec.-lei 6.016/43. Hoje o Código Civil de 2002 assim dispõe no art. 41, IV. As autarquias são dotadas, portanto, de personalidade jurídica pública, da mesma natureza que a personalidade da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

Outro aspecto de sua caracterização encontra-se no patrimônio e receita próprios. Isso significa que os bens e receitas das autarquias não se confundem com os bens e receitas da Administração direta a que se vinculam. Tais bens e receitas, atendidos os preceitos legais para a matéria, são geridos pela própria autarquia.

O legislador pretendeu caracterizar as atribuições das autarquias com o uso da expressão “para executar atividades típicas da Administração Pública”. Essa locução se presta mais a dúvidas do que a esclarecimento sobre um aspecto que seria comum nas atividades das autarquias. Na época atual, início do século XXI, de grande dinamismo e mudanças na sociedade e nas atuações do Estado, dificilmente se pode arrolar, com precisão, as atividades típicas do Estado.

Atualmente, são autarquias, por exemplo: na esfera federal – o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Banco Central; no âmbito do Estado de São Paulo – o Hospital das Clínicas, o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), a USP, UNICAMP e UNESP (três autarquias especiais); no âmbito do Município de São Paulo – o Serviço Funerário, o Instituto de Previdência do Município (IPREM) e o Hospital do Servidor Público Municipal.

Para o desempenho de suas atribuições e gestão de seu patrimônio e receita, cada autarquia dispõe de estrutura administrativa própria, internamente hierarquizada, compreendendo um conjunto de órgãos. Detém, ainda, quadro próprio de servidores, que não se confundem com os servidores da Administração direta.

5.2.2 Regime jurídico

Tendo em vista serem pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta, aplicam-se às autarquias os mesmos preceitos que informam a atuação dos órgãos da Administração direta. Isso quer dizer que sua atuação é regida preponderantemente pelo direito público, sobretudo o direito administrativo. Aplicam-se às autarquias os princípios mencionados no *caput* do art. 37 da CF e os preceitos contidos nos incisos desse artigo.

As decisões expressam-se por atos administrativos e os contratos seguem as regras próprias dos contratos administrativos, obedecendo aos preceitos do direito administrativo. As normas das licitações regem a escolha de quem vai celebrar contrato com as autarquias.

Quanto aos dirigentes, na maior parte das autarquias são livremente nomeados e exonerados pelo Chefe do Executivo ou por auxiliar direto deste. Por exemplo: no âmbito federal, o Dec.-lei 200/67, em seu art. 26, parágrafo único, alínea *a*, atribui ao Ministro a nomeação de dirigente de entidade da Administração indireta, embora em alguns casos a nomeação caiba ao Presidente da República; na Administração paulista, a Constituição do Estado arrola, entre as atribuições do Governador, a nomeação e exoneração dos dirigentes de autarquia (art. 47, VII).

No tocante ao regime do pessoal, na esfera da União e em Estados e Municípios (minoria) que adotaram como regime jurídico único o estatutário, é este que rege os direitos e deveres dos servidores autárquicos. Na Administração de Estados e Municípios que não instituíram regime jurídico único nesses termos, pode haver nas autarquias um quadro de servidores estatutários, sem impedimento de haver empregados contratados pela CLT. Além desses, é possível encontrar servidores contratados por contrato inominado e servidores contratados por prazo determinado, nos termos do inc. IX do art. 37.

Para ingressar no quadro de pessoal das autarquias, seja como estatutário, contratado pela CLT ou por contrato inominado, é necessária aprovação prévia em concurso público, segundo exige o inc. II do art. 37 da CF. A aprovação prévia em concurso não significa que o servidor ingressará no regime estatutário, sendo detentor de cargo. O concurso público é o modo exigido constitucionalmente para investidura no quadro de pessoal, sem que daí decorra um tipo específico de regime funcional. Independe de concurso público o exercício de cargo ou função de confiança. No caso da contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), previamente à contratação os entes públicos realizam, em geral, processos seletivos simplificados; em situações de emergência as contratações se efetuam sem processo seletivo.

As autarquias, sendo pessoas jurídicas de direito público, respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6.º, do CF). É, assim, objetiva a responsabilidade civil das autarquias por danos a terceiros.

5.2.3 Controles

Sobre as autarquias incide *controle administrativo*, denominado classicamente *tutela*, realizado por órgãos da cúpula da Administração direta: ou Chefe do Executivo ou Ministros ou Secretários (ver item 5.1 deste Capítulo).

Os Tribunais de Contas exercem a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, contábil, como instituição que auxilia o Legislativo nessa atribuição (arts. 70, 71 e 75 da CF).

O Poder Legislativo, além da fiscalização financeira e orçamentária, é dotado da competência de fiscalizar e controlar os atos editados no âmbito das autarquias (art. 49, X, da CF; art. 20, X, da Constituição do Estado de São Paulo).

As autarquias sujeitam-se ao controle jurisdicional, de teor idêntico ao que se realiza sobre as autoridades e órgãos da Administração direta. Recebem o mesmo tratamento diferenciado quanto aos prazos para contestar – quádruplo – e para recorrer – dobro (art. 188 do CPC). Às autarquias se aplicam os preceitos sobre prescrição quinquenal do Dec. 20.910, de 06.01.1932, por força do disposto no art. 2.º do Dec.-lei 4.597, de 19.08.1942.

5.2.4 Autarquias especiais

A expressão *autarquias de regime especial* surgiu, pela primeira vez, na quase totalmente revogada Lei 5.540, de 28.11.1968, art. 4.º, para indicar uma das formas institucionais das universidades públicas. Nem esta lei, nem o Dec.-lei 200/67 estabeleceram a diferença geral entre as autarquias comuns e as autarquias de regime especial. As notas características das últimas vão decorrer da lei que instituir cada uma ou de uma lei que abranja um conjunto delas (como ocorre com as autarquias universitárias).

Por vezes, a diferença de regime está no modo de escolha ou nomeação do dirigente. Por vezes está na existência de mandato do dirigente, insuscetível de extinção por ato do Chefe do Executivo. Por vezes, no grau menos intenso dos controles. Por vezes, no tocante à gestão financeira. Exemplos de autarquias especiais: no âmbito federal, as agências reguladoras, como ANEEL, ANATEL; parte das Universidades Federais; na Administração paulista, as três universidades públicas, USP, UNICAMP e UNESP.

5.2.4.1 Autarquias universitárias

A partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 – Lei 4.024 –, em virtude de seu art. 81, as instituições oficiais de ensino superior, universidades ou estabelecimentos isolados, deveriam ser criadas sob a forma de autarquias ou fundações. A referida lei, no art. 80, conferiu autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar para as universidades.

Mas foi a Lei 5.540, de 28.11.1968, ao reformular o Título IX da Lei de Diretrizes e Bases de 1961, que, pela primeira vez, atribuiu às universidades e estabelecimentos isolados de ensino superior a condição de *autarquias de regime especial* ou fundações, em seu art. 4.º.

O art. 3.º da mesma Lei reiterou a atribuição de autonomia às universidades.

Hoje a autonomia das universidades tem respaldo constitucional, pois é assegurada no art. 207 da CF, nos seguintes termos: “As universidades gozam

de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

A atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394, de 20.12.1996 –, que revogou expressamente as disposições das Leis 4.024/61, 5.540/68 (não alteradas por leis de 1995) e 5.692/71, não menciona a forma de que se revestem as instituições de ensino superior públicas. Contém, porém, preceitos garantidores da autonomia universitária.

Como já foi observado, o termo *autonomia*, aplicado a entidades administrativas, não tem o mesmo sentido conferido à situação dos entes dotados de autonomia política, como os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, na organização política brasileira.

No tocante às universidades públicas, integrantes da Administração indireta, a autonomia assegurada constitucionalmente significa, sobretudo, um grau bem mais acentuado de liberdade de agir que o de outras autarquias. Embora a não subordinação hierárquica à Administração direta seja inerente à elaboração teórica da figura da autarquia, na prática essa liberdade é de pouco alcance. Talvez aí esteja a justificativa do empenho do legislador em ressaltar que as universidades oficiais devem ter preservada sua maior liberdade de atuar. A atual Lei de Diretrizes e Bases, no art. 54, diz que as universidades mantidas pelo poder público gozarão de estatuto jurídico especial. A autonomia e os objetivos das atividades universitárias impedem que se aplique às universidades oficiais o mesmo tratamento conferido às demais autarquias, como ressaltam muito bem os publicistas Caio Tácito e Anna Cândida da Cunha Ferraz, em trabalhos específicos sobre esta matéria.

Alguns aspectos do regime das autarquias universitárias podem ser apontados para ressaltar seu caráter especial: a) nomeação do Reitor pelo Chefe do Executivo, mediante lista elaborada pela própria universidade; b) o Reitor detém mandato, insuscetível de cassação pelo Chefe do Executivo (Súmula 47 do STF); c) a organização e as principais normas de funcionamento estão contidas no Estatuto e no Regimento, elaborados pela própria universidade; d) existência de órgãos colegiados centrais na Administração superior, com funções deliberativas e normativas, dos quais participam docentes, representantes do corpo discente e da comunidade; e) carreira específica para o pessoal docente, com progressão ligada à obtenção de graus acadêmicos e concursos.

5.2.4.2 *Agências reguladoras*

Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado, da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas *agências reguladoras*. Também foram criadas agências reguladoras cuja atuação

incide sobre atividades não qualificadas como serviços públicos, sobre tipo de produção cultural, sobre uso de água, sobre setores considerados *sensíveis* na vida da sociedade, por exemplo.

Tal denominação vem sendo usada no Brasil por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, sobretudo. Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e desde 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission*, tem início a proliferação de *agencies* para a regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções.

Na França existem as *autoridades administrativas independentes*, podendo-se notar que expressão idêntica se encontra, por exemplo, no art. 9.º da Lei 9.472, de 16.07.1997, que instituiu a agência reguladora de telecomunicações.

As *agências reguladoras* brasileiras, em nível federal, começaram a ser criadas a partir de fins de 1996, com natureza de *autarquias especiais*, integrantes da Administração indireta. Embora se busquem antecedentes brasileiros das agências reguladoras (sobretudo em órgãos criados nas primeiras décadas do século XX) ou se afirme que sempre houve entes públicos dotados de funções reguladoras, fiscalizadoras, normativas, as atuais agências reguladoras surgiram em contexto diverso do quadro existente nos primórdios do século XX; e são dotadas de características diferentes em relação a figuras antigas, como por exemplo, a atribuição de compor conflitos, entre usuários e prestadores de serviços, entre prestadores de serviços, entre consumidores e fornecedores etc.

No âmbito federal há pontos comuns no regime das agências reguladoras criadas desde fins de 1996, alguns decorrentes da Lei 9.986, de 18.07.2000, com alterações posteriores, a qual dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. A título exemplificativo, podem ser salientados os seguintes:

a) *Competência* – Às agências compete, em essência, a regulação setorial, que no Brasil abrange: implementar a política para o setor, fixada pelo Presidente da República ou Ministro da área; expedir normas para o setor em que atuam; fiscalizar o cumprimento dessas normas pelos agentes a que se destinam; aplicar sanções pelo descumprimento das normas; dirimir conflitos entre usuários e prestadores de serviços, entre prestadores de serviços, entre consumidores e fornecedores e outros, conforme seu âmbito de atuação; celebrar termo de compromisso de ajuste de conduta e fiscalizar o seu cumprimento; solicitar informações aos agentes regulados; se for o caso, pedir e instruir pedidos para fins de declaração expropriatória ou de instituição de servidão administrativa; fixar critérios de controle de qualidade de serviços e

produtos; interpretar dispositivos ou termos ou conceitos presentes na legislação do setor.

b) *Natureza institucional* – As agências reguladoras são autarquias especiais, integram a Administração indireta federal e são vinculadas ao Ministro ou órgão equivalente, dotado de competência para tratar da respectiva matéria. A natureza de autarquia especial caracteriza-se pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia das decisões técnicas e mandato (denominado *fixo*) dos seus dirigentes.

c) *Direção colegiada e mandato dos dirigentes* – As agências são dirigidas em regime colegiado, por Diretoria ou Conselho Diretor, sendo um dos integrantes seu Presidente ou Diretor-Presidente (Lei 9.986, de 18.07.2000, com alterações posteriores, art. 3.º). Havendo direção colegiada, as decisões mais importantes quanto ao setor regulado não emanam de uma só autoridade, mas do entendimento fixado pela maioria ou unanimidade dos integrantes. Os integrantes da Diretoria ou do Conselho-Diretor, em geral em número de cinco, são escolhidos entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no âmbito de especialidade dos cargos para os quais são nomeados; devem ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado (art. 5.º da Lei 9.986/2000). O Presidente ou Diretor-Presidente da agência reguladora é nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da Diretoria ou Conselho-Diretor, pelo prazo fixado no ato de nomeação (art. 5.º, parágrafo único da Lei 9.986/2000).

Os Diretores ou Conselheiros somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, de condenação em processo administrativo disciplinar, podendo haver previsão de outras hipóteses na lei de criação da Agência (Lei 9.986/2000, art. 9.º e parágrafo único). Este é um dos mecanismos, em tese, para evitar a chamada *captura*, que é a tomada de decisões em atendimento a pressões ou influências oriundas de agentes políticos ou de agentes regulados.

Outro mecanismo para dificultar a *captura* se encontra na chamada *quarentena* que é a temporária proibição, ao ex-dirigente, de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, em período imediatamente posterior ao término do mandato ou da exoneração. A Lei 9.986/2000, art. 8.º, prevê a quarentena de quatro meses, embora leis específicas de algumas agências reguladoras indiquem períodos diferentes. Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo que exerceu e aos benefícios inerentes (Lei 9.986/2000, art. 8.º, § 2.º). Incorre em crime de advocacia administrativa o ex-dirigente que descumprir o impedimento, sem prejuízo de outras sanções (Lei 9.986/2000, art. 8.º, §4.º).

d) *Servidores* – O Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.310 entendeu que a função desempenhada pelas agências reguladoras, por ser típica do Estado,

não pode ser desempenhada por servidor sob regime celetista, suspendendo vários dispositivos da Lei 9.986/2000, que previam este regime para os servidores das agências; referida ADIn deixou de subsistir, pois a Lei 10.841, de 20.05.2004, alterou a Lei 9.986/2000, para fixar o regime estatutário para os servidores, regido pela Lei Federal 8.112/90, criar os respectivos cargos e extinguir os empregos públicos antes criados.

e) *Taxa de fiscalização* – A maioria das agências reguladoras, em nível federal, tem, entre suas receitas, a taxa de fiscalização, cobrada dos agentes regulados. Na ADIn 1.958-RS, rel. Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional a cobrança de taxa de fiscalização pelas agências reguladoras.

A seguir são indicadas as agências reguladoras criadas no âmbito federal.

Mediante a Lei 9.427, de 26.12.1996, art. 1.º, foi instituída a *Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL*, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. A ANEEL é autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal.

A Lei 9.472, de 16.07.1997, art. 8.º, instituiu a *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Por sua vez, a Lei 9.478, de 06.08.1997, art. 7.º, com alterações posteriores, instituiu a *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP*, autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. A ANP tem sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais no Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.

Em 26.01.1999 foi editada a Lei 9.782, criando a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Essa Agência tem sede e foro no Distrito Federal.

Mediante a Lei 9.961, de 28.01.2000, foi criada a *Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS*, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores. A ANS tem sede e foro na cidade do Rio de Janeiro.

A Lei 9.984, de 17.07.2000, instituiu a *Agência Nacional de Águas – ANA*, autarquia especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. A ANA tem sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais.

A *Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT* foi criada pela Lei 10.233, de 05.06.2001, como autarquia especial, vinculada ao Ministério dos Transportes, destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e cargas e da exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária; do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal; e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A mesma Lei 10.233, de 05.06.2001, criou a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ*, autarquia especial, vinculada ao Ministério dos Transportes, com o fim de regular a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso. Também visa a regular os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas e a exploração da infraestrutura aquaviária.

Por medida provisória – n. 2.228-1, de 06.09.2001 – instituiu-se a *Agência Nacional do Cinema ANCINE*, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Cultura. Visa ao fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Tem sede e foro no Distrito Federal. Referida medida provisória recebeu alterações posteriores.

A Lei 11.182, de 27.09.2005, criou a *Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC*, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Defesa, com as atribuições, dentre outras, de regular e fiscalizar as atividades da aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária; e de implementar, no âmbito de sua competência, a política de aviação civil. A ANAC tem sede e foro no Distrito Federal, podendo instalar unidades administrativas regionais. A Lei 12.462, de 04.08.2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, relativa às licitações e contratações necessárias aos grandes eventos esportivos no Brasil, em 2013, 2014 e 2016, também criou, junto à Presidência da República, a Secretaria de Aviação Civil e o cargo de Ministro Chefe dessa Secretaria; além disso, também alterou algumas atribuições do Ministério da Defesa e da ANAC. Embora a citada Lei tivesse mantido a vinculação da ANAC ao Ministério da Defesa, passou a haver um compartilhamento de vinculação da ANAC entre o Ministério da Defesa e a Secretaria de Aviação Civil, pois algumas atividades características da máxima autoridade (supervisora) do órgão a que se vincula uma agência passaram a ser realizadas pelo Ministro Chefe da Secretaria de Aviação Civil.

Nos termos da Lei 10.411, de 26.02.2002, que deu nova redação à Lei 6.385, de 07.12.1976, foi alterada a caracterização da *Comissão de Valores Mobiliários – CVM*, para o fim de revesti-la da natureza de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária. Dentre suas atribuições se encontram as seguintes: regulamentar as matérias previstas na Lei 6.385/76 e na Lei das Sociedades Anônimas; fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários; fiscalizar e inspecionar as companhias abertas. Embora sem receber tal nome na referida Lei, a CVM, nesta feição, passou a ser uma agência reguladora.

No tocante à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, criada pela Lei 12.154, de 23.12.2009, como autarquia especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, tratada pela imprensa como agência reguladora, não pode ser assim considerada pois falta, aos seus dirigentes, mandato fixo e aprovação pelo Senado.

5.2.5 *Autarquia qualificada como agência executiva*

Conforme a Lei 9.649, de 27.05.1998, art. 51, o Poder Executivo federal poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II – ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. A qualificação e a desqualificação como Agência Executiva ocorrem por ato do Presidente da República (Lei 9.649/98, art. 51, § 1.º, e Decreto 2.487, de 02.02.1998, art. 1.º, § 4.º).

O Poder Executivo tem a atribuição de editar medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando a assegurar a sua autonomia de gestão, e fixará a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas previstos no contrato de gestão. Os contratos de gestão serão celebrados por períodos mínimos de um ano e fixarão os objetivos, metas, indicadores de desempenho da entidade, os recursos necessários, os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento (art. 52 e § 1.º da Lei 9.649/98).

Vê-se que uma nova terminologia surgiu no panorama organizacional da Administração federal: Agência Executiva. Trata-se de uma qualificação que é dada a uma autarquia (ou fundação), por ato do Presidente da República, se forem atendidos os requisitos acima indicados. Segundo se depreende, a qualificação como Agência Executiva confere tratamento diferenciado à autarquia, sobretudo no tocante à autonomia de gestão. Um exemplo de tratamento

diferenciado encontra-se na Lei 8.666/93, art. 24, cujo parágrafo único, acrescentado pela Lei 9.648, de 27.05.1998, e depois alterado pela Lei 11.107/2005, e renumerado como § 1.º pela Lei 12.715/2012, aumentou de 10% para 20% o percentual incidente sobre o limite do convite, na dispensa de licitação dos contratos celebrados por autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas. Essas entidades têm, assim, mais amplitude na contratação, com dispensa de licitação, pois seu valor máximo de dispensa tornou-se maior que o valor fixado para outros órgãos e entes da Administração.

5.3 Fundações públicas

5.3.1 *A fundação no direito civil*

A figura da *fundação* origina-se do direito civil. Nesse ramo, para que uma fundação seja criada é necessário que um instituidor, por escritura pública ou por testamento, inscritos no registro específico, destine um conjunto de bens livres a um determinado fim (art. 62 do Código Civil). A esse patrimônio destinado a um fim o ordenamento pátrio confere personalidade jurídica (Código Civil, art. 44, III). Daí definir-se habitualmente a fundação como um patrimônio personalizado destinado a um fim. Na fundação disciplinada pelo Código Civil sobressai o elemento “patrimônio”: seu substrato encontra-se no aspecto “patrimônio”, que deve ser utilizado para atender ao fim a que foi reservado. Os administradores ou gestores da fundação têm sua atuação vinculada ao fim estabelecido no ato de criação da entidade. Para que não haja desvirtuamento do fim, o ordenamento atribui ao Ministério Público a fiscalização das fundações, dependendo de sua aprovação qualquer mudança no estatuto dessas entidades (Código Civil, arts. 66-68, e Código de Processo Civil, arts. 1.199-1.204).

Diferenciam-se as fundações das sociedades e associações, porque nestas o substrato encontra-se no elemento “pessoas” ou no elemento “corporação”. É a vontade comum de seus integrantes, na qualidade de membros, sócios ou associados, que determina os rumos das sociedades e associações.

A figura da fundação disciplinada no Código Civil supunha que tanto o instituidor como o patrimônio fossem privados. Surgiram, depois, as fundações criadas pelo poder público, com recursos total ou parcialmente públicos. Tais fundações geraram muitas controvérsias, ainda hoje existentes.

5.3.2 *Controvérsias sobre as fundações instituídas pelo poder público*

Uma das polêmicas diz respeito a sua *inserção entre as entidades da Administração indireta*, como já se expôs no item 5.1 deste capítulo. A redação de alguns dispositivos da Constituição de 1988 suscitou entendimento de que as fundações foram retiradas do âmbito da Administração indireta para formar uma outra espécie, a Administração fundacional. As seguintes expressões

aparecem nesses textos: “administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 71, III); “administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 169, § 1.º).

No entanto, outros dispositivos despertam entendimento no sentido da inclusão das fundações na Administração indireta. Assim, o art. 49 elenca, entre as competências do Congresso Nacional (inc. X), o controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta. Pela corrente acima citada, as fundações instituídas pelo poder público estariam retiradas do controle parlamentar, o que é inaceitável. O *caput* do art. 70, que trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelo Congresso Nacional, também usa somente a expressão “administração direta e indireta”. Estariam as fundações imunes a essa fiscalização, por integrarem uma “administração fundacional” não indicada no dispositivo? Evidente que não.

Por outro lado, o Dec.-lei 200/67 arrola as *fundações públicas* entre as entidades da Administração indireta. E todas as leis de reestruturação da Administração federal, posteriores à Constituição de 1988, mencionam somente Administração direta e indireta.

Assim sendo, melhor parece considerar as fundações públicas, cujas características correspondam aos preceitos do art. 5.º, IV, do Dec.-lei 200/67, como entidades da Administração indireta.

Outra controvérsia surgiu no tocante à *natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo poder público*. Num primeiro momento, os debates doutrinários se centravam na viabilidade de haver fundação com a natureza de pessoa jurídica de direito público. Segundo uma corrente, só poderia haver fundação com a natureza de pessoa jurídica de direito privado, sobretudo ante o contido no inc. I do art. 16 do Código Civil de 1916: mesmo criada e mantida pelo poder público, a fundação só poderia ter personalidade de direito privado ou não seria fundação. Outra corrente defendia a viabilidade da fundação como pessoa jurídica de direito público: se fosse criada por lei, com recursos públicos e finalidades públicas, deveria ter personalidade jurídica pública, sendo espécie do gênero autarquia. Os textos legais que instituíram fundações, a partir de 1960, salvo poucas exceções, atribuíram a elas personalidade jurídica privada ou silenciaram nesse aspecto. Exemplos de fundações criadas como pessoa jurídica de direito público encontram-se na Fundação Memorial da América Latina, do Estado de São Paulo (Lei estadual 6.472, de 28.06.1989, e Decreto 30.233, de 08.08.1989), e na Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo (Lei estadual 10.207, de 08.01.1999).

As controvérsias a respeito das fundações instituídas pelo poder público parecem até ter se acentuado a partir da década de 80 do século XX, ante o seguinte: a) reinclusão das fundações à Administração indireta, a partir de

21.11.1986; b) aplicação, em grande escala, de preceitos do direito público em geral e do direito administrativo às fundações públicas, determinada por vários dispositivos da Constituição de 1988; c) extensão, na esfera federal, do regime estatutário ao pessoal que trabalha nas fundações públicas, por força do art. 39 da Constituição de 1988.

De modo resumido, serão expostos outros pontos controvertidos.

a) As locuções “fundação de direito público” e “fundação de direito privado” aparecem com frequência. Na verdade, as fundações criadas pelo poder público ou são qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado (a maioria) ou como pessoas jurídicas de direito público. O ordenamento pode atribuir tanto a personalidade jurídica privada como a personalidade jurídica pública. Mesmo dotada da natureza de pessoa jurídica privada, se for criada pelo poder público e integrar a Administração indireta, norteia-se por grande carga de normas do direito público. Por isso, o uso daquelas locuções gera confusão e não corresponde à realidade. Na expressão *fundação pública*, contida na atual redação dos arts. 4.º e 5.º do Dec.-lei 200/67, o vocábulo “pública” identifica a entidade como fundação integrante da Administração Pública (indireta); ou como fundação “estatal”, em contraponto a fundação oriunda de recursos privados, mantida e administrada por particulares. O termo “pública” também aparece no título “empresa pública”, significando aí “estatal”, sem que se diga empresa de direito público ou empresa de direito privado: a empresa pública, mesmo com esse qualificativo, é pessoa jurídica de direito privado e tem grande carga de direito público incidindo sobre sua atuação.

b) Aparecem, na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que as *fundações de direito público* são espécies do gênero autarquia, sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações criadas nas últimas décadas “por iniciativa do poder público, são uma nova forma de descentralização por serviço”, um novo tipo de pessoa administrativa (como afirmam Homero Senna e Clovis Zobaran Monteiro, na obra *Fundações – No direito, na administração*, 1970, p. 231). Parece estranho uma entidade (fundação) ser tida como espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos (como bem ponderou o saudoso Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 15. ed., 1990, p. 311). Trata-se, portanto, de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo se distanciando das características da fundação apontadas no direito civil, sobretudo por faltar, muitas vezes, a reserva de patrimônio destinado a um fim, o ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que realizam atividades que o poder público assume para atendimento de fins de interesse geral.

Fundações podem existir, com alguma atuação do poder público na instituição, manutenção ou controle, cujas características não correspondem ao modelo traçado no referido art. 5.º, IV, do Dec.-lei 200/67. Nesse caso, tais

fundações não integram a Administração indireta e têm seu regime jurídico determinado pelo ato que as cria ou autoriza sua criação, podendo ser regidas pelo direito privado.

5.3.3 *Evolução do tratamento legal*

Talvez uma das primeiras referências legais à possibilidade da adoção da fundação para abrigar entidade estatal tenha sido a da antiga Lei de Diretrizes e Bases, Lei 4.024, de 20.12.1961, na redação primitiva do seu art. 81, que rezava o seguinte: “As universidades oficiais serão constituídas sob a forma de autarquias ou fundações”. Em 1968 foi editada a Lei 5.540 (hoje, quase totalmente revogada), que deu nova redação ao Título IX da antiga Lei de Diretrizes e Bases, relativo ao ensino superior, estabelecendo o seguinte: “As universidades e os estabelecimentos isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público”.

O Dec.-lei 200/67, na redação originária do § 2.º do art. 4.º, equiparou às empresas públicas, para os efeitos da mesma lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem suas finalidades. Portanto, equiparadas às empresas públicas, as referidas fundações integravam a Administração indireta.

O Dec.-lei 900/69 revogou essa norma e previu o seguinte (art. 3.º, hoje revogado): “Não constituem entidades da administração indireta as fundações instituídas na lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial”. A partir daí essas fundações deixaram de integrar a Administração indireta, permanecendo sem inserção organizacional.

O Dec.-lei 2.299, de 21.11.1986, reintegrou-as à Administração indireta. A Lei 7.596, de 10.04.1987, modificou o Dec.-lei 200/67, para promover o reingresso completo da fundação na Administração indireta, conferindo-lhe a denominação de fundação pública e fixando-lhe a noção.

A Constituição de 1988 menciona várias vezes tais entes, com diversas expressões, como já se disse: fundações (art. 37, XVII); fundações instituídas e mantidas pelo poder público (arts. 71, III; 150, § 2.º; 165, § 5.º, I e III; 169, § 1.º); fundação pública (art. 19 do ADCT).

5.3.4 *Noção de fundação pública*

Segundo a redação atual do Dec.-lei 200/67, art. 5.º, IV, *fundação pública* é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos res-

pectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

As fundações públicas devem ter sua instituição autorizada por lei específica, segundo determina o inc. XIX do art. 37 da CF. Nos termos do § 3.º do art. 5.º do Dec.-lei 200/67, essas entidades adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

São dotadas de personalidade jurídica de direito privado, segundo o preceito acima, embora possa haver fundação pública criada como pessoa jurídica de direito público, como ocorre com a Fundação Memorial da América Latina, do Estado de São Paulo, criada pela Lei estadual 6.472, de 28.06.1989, e com a Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo, criada pela Lei estadual 10.207, de 08.01.1999. Com personalidade jurídica própria, são sujeitos de direitos e encargos, no mundo jurídico, por si próprias.

Outro aspecto de sua caracterização encontra-se na autonomia administrativa. Ou seja: administram a si próprias, quanto a pessoal, bens e recursos, sem subordinação hierárquica (do ponto de vista jurídico e legal) a autoridade ou órgão da Administração direta.

Possuem patrimônio próprio e têm seu funcionamento custeado por recursos da entidade matriz a que se vinculam (União, Estado, Município ou Distrito Federal) ou oriundos de outras fontes. O funcionamento custeado sobretudo por recursos vindos da entidade matriz revela o distanciamento da fundação pública do modelo fundacional delineado no Código Civil, que exige patrimônio de certa monta para a instituição da entidade. O citado inc. IV só determina recursos suficientes para o funcionamento.

A fundação pública deve ser criada sem fins lucrativos. Isto é, sua atuação não há de visar a obtenção de lucros, embora possa obter lucro em virtude da gestão adotada; se assim for, tais lucros reverterão ao atendimento dos fins da entidade, em geral, sociais, culturais, educacionais, científicos, administrativos.

O tipo de atribuições a que se destina tal entidade vem apontado no período “para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público”. Essa frase traz mais dúvidas que esclarecimentos a respeito do tipo de atividade que seria pertinente ao modelo fundacional, pois dificilmente se podem arrolar, com exatidão, no início do século XXI, quando o público e o privado têm fronteiras tênues, as atividades que exijam execução por órgãos públicos. Apenas é possível ressaltar que a maioria das fundações públicas tem suas atividades centradas em educação, ensino, saúde, cultura, assistência e bem-estar social, pesquisa, ciência, desenvolvimento administrativo, levantamento de dados. Alguns exemplos de fundação pública: na esfera federal – Fundação Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Fundação

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Universidade de Brasília, Universidade Federal do Piauí; no âmbito do Estado de São Paulo – Fundação Padre Anchieta (Rádio e TV Educativa), Fundação de Amparo à Pesquisa (FAPESP), Fundação do Desenvolvimento Administrativo (FUNDAP), Fundação Prefeito Faria Lima (CEPAM).

Para o desempenho de suas atribuições e gestão do seu patrimônio, cada fundação pública dispõe de estrutura administrativa própria, internamente hierarquizada, possuindo quadro próprio de pessoal, que não se confunde com o pessoal da Administração direta.

5.3.5 Regime jurídico

Mesmo dotadas, em expressiva maioria, da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, o § 3.º do art. 5.º do Dec.-lei 200/67, na parte final, excluiu as fundações públicas da incidência dos preceitos do Código Civil concernentes às fundações. Embora outras normas do direito privado possam se aplicar às fundações públicas, ante sua natureza jurídica, seu regime jurídico pauta-se pelas normas constitucionais e ordinárias aplicáveis a todas as fundações públicas, pelas normas previstas nas leis que as criam e nos seus estatutos. Desse modo, sua atuação é regida precipuamente pelo direito público, devendo observar os princípios arrolados no *caput* do art. 37 da CF e os preceitos contidos nos incisos desse artigo.

Sobre as fundações públicas incidem as normas de licitações e contratos administrativos, conforme determina o parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.666/93.

Quanto aos órgãos diretores das fundações públicas, inexistente nome e composição uniforme. Ora se diz diretor executivo, ora se diz presidente, ora se diz superintendente; de regra, há um conselho, denominado de conselho curador ou conselho fiscal, ou conselho superior, ou conselho diretor. A escolha do presidente ou do diretor executivo também não observa critério uniforme: por vezes o conselho remete lista ao Chefe do Executivo ou Ministro; por vezes, o próprio conselho escolhe; por vezes há livre indicação do Chefe do Executivo ou auxiliar direto.

Na esfera federal e em Estados e Municípios (minoridade) que adotaram como regime único o estatutário, o pessoal das fundações públicas tem seus direitos e deveres disciplinados por esse regime, por força do *caput* do art. 39 da CF. No âmbito dos Estados e Municípios que não instituíram regime jurídico único naqueles termos, o regime é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

O ingresso no quadro de pessoal das fundações públicas depende de aprovação prévia em concurso público, segundo exige o inc. II do art. 37 da CF, qualquer que seja o regime jurídico vigente para o pessoal. Independe de concurso público o exercício de cargo ou função de confiança e a contratação

por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, II, final, e IX, da CF), embora, nesse caso, por vezes se preveja a realização de processo seletivo simplificado.

Se a fundação pública for prestadora de serviços públicos, responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CF, § 6.º do art. 37).

5.3.6 Controles

As fundações públicas ligam-se à Administração direta do respectivo nível por um vínculo denominado classicamente *tutela administrativa*, que é um controle realizado por órgãos de cúpula desta: ou Chefe do Executivo ou Ministros ou Secretários (ver item 5.1 deste capítulo).

Submetem-se também à fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil dos Tribunais de Contas, instituições que auxiliam o Legislativo nessa atribuição (arts. 70, 71 e 75 da CF).

O Poder Legislativo tem ainda competência para fiscalizar e controlar os atos editados no âmbito das fundações públicas, segundo dispõe a Constituição Federal, (art. 49, X), havendo preceito equivalente na Constituição do Estado de São Paulo (art. 20, X).

Mediante provocação pode ser acionado o controle jurisdicional sobre atos, omissões e contratos das fundações públicas.

No tocante ao controle finalístico do Ministério Público, previsto no art. 66 do Código Civil e explicitado nos arts. 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil, vinha ele se realizando sobre as fundações públicas, sem questionamentos, até o advento da Lei 7.596, de 10.04.1987. Referida lei acrescentou o § 3.º ao art. 5.º do Dec.-lei 200/67, que, na parte final, determina a não aplicação, sobre as fundações públicas, dos preceitos do Código Civil concernentes às fundações. Desse modo, deixou de incidir sobre as fundações públicas o controle finalístico ou institucional do Ministério Público, pois a partir dessa lei sujeitam-se à supervisão ou tutela administrativa da Administração central, ante sua reintegração à Administração indireta.

5.3.7 Fundações universitárias

Nos termos do art. 81 da antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 4.024, de 20.12.1961 (revogada quase totalmente pela atual Lei de Diretrizes e Bases, Lei 9.394, de 20.12.1996) –, as instituições oficiais de ensino superior (universidades ou estabelecimentos isolados) deveriam ser criadas sob forma de autarquias ou fundações. O art. 80, da mesma lei, concedeu autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar para as universidades. A Lei 5.540, de 28.11.1968 (também parcialmente revogada pela

atual Lei de Diretrizes e Bases), reformulou o Título IX da Lei de Diretrizes e Bases de 1961 e determinou que as universidades oficiais e os estabelecimentos isolados de ensino superior oficiais seriam constituídos em autarquias de regime especial e em fundações de direito público. No art. 3.º, reafirmou a autonomia das universidades.

A vigente Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394, de 20.12.1996 – silenciou quanto à natureza das instituições de ensino superior mantidas pelo poder público.

O art. 207 da Constituição de 1988 consagrou a autonomia das universidades, nos seguintes termos: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Assim, as universidades oficiais criadas como fundações públicas desfrutam de maior liberdade de atuação que as demais fundações públicas, de mais acentuado grau de liberdade em relação à Administração direta do que outras fundações. A autonomia conferida pelo ordenamento e os objetivos das atividades universitárias impedem que se aplique às universidades oficiais, instituídas como fundações públicas, o mesmo tratamento dado às demais.

Alguns aspectos do regime das fundações públicas-universidades podem ser apontados para ressaltar sua especificidade: a) nomeação do reitor pelo Chefe do Executivo, mediante lista elaborada pela própria universidade; b) o reitor detém mandato, insuscetível de cassação pelo Chefe do Executivo (Súmula 47 do STF); c) a organização e as principais normas de funcionamento estão contidas no Estatuto e no Regimento, elaborados pela própria universidade; d) existência de órgãos colegiados centrais na administração superior, com funções deliberativas e normativas, nos quais atuam docentes, representantes do corpo discente e da comunidade; e) carreira específica para o pessoal docente, com progressão ligada à obtenção de graus acadêmicos e concursos.

Como exemplos de universidades instituídas como fundações públicas estão: Universidade de Brasília, Universidade Federal do Piauí, Universidade do Maranhão, Universidade Federal de Sergipe.

5.3.8 *Fundação qualificada como agência executiva*

Conforme a Lei 9.649, de 27.05.1998, art. 51, o Poder Executivo federal poderá qualificar como *Agência Executiva* a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II – ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. A qualificação e a desqualificação como Agência Executiva ocorrem por ato do Presidente da República (Lei 9.649/98, art. 51, § 1.º, e Dec. 2.487, de 02.02.1998, art. 1.º, § 4.º).

O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando a assegurar a sua autonomia de gestão e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas previstos no contrato de gestão. O contrato de gestão será celebrado por períodos mínimos de um ano e fixará os objetivos, metas, indicadores de desempenho da entidade, os recursos necessários, os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento (art. 52 e § 1.º da Lei 9.649/98).

A expressão *Agência Executiva* surgiu recentemente no panorama organizacional da Administração federal. Trata-se de uma qualificação que é atribuída a uma fundação (ou autarquia), por ato do Presidente da República, se forem atendidos os requisitos acima indicados. Segundo se depreende, a qualificação como Agência Executiva confere tratamento diferenciado à fundação, sobretudo quanto à autonomia de gestão. Um exemplo de tratamento diferenciado encontra-se na Lei 8.666/93, art. 24, cujo parágrafo único, acrescentado pela Lei 9.648, de 27.05.1998, depois alterado pela Lei 11.107/2005 e, finalmente, renumerado pela Lei 12.715/2012 como § 1.º, aumentou de 10% (dez por cento) para 20% (vinte por cento) o percentual incidente sobre o limite do convite, na dispensa de licitação dos contratos celebrados por autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas. Essas entidades têm, portanto, mais amplitude na contratação com dispensa de licitação, pois seu valor máximo de dispensa tornou-se maior do que o valor fixado para outros órgãos e entes da Administração.

5.4 Empresas públicas

5.4.1 As chamadas "estatais"

No Brasil recebem o nome genérico de *estatais* empresas administradas e controladas direta ou indiretamente pelo poder público. As *estatais* foram sendo criadas, de modo mais acentuado nas décadas de 60 e 70, como forma de participação direta do Estado na atividade econômica. Visando a lhes conferir a mesma agilidade, eficiência e produtividade das empresas do setor privado e sobretudo para impedir concorrência desleal, foram criadas à imagem e semelhança destas, principalmente pela atribuição de personalidade jurídica de direito privado, do que decorreria a incidência precípua do direito privado sobre sua atuação. Regidas pelo direito privado, deixariam de usar de prerrogativas públicas, podendo, no entanto, se submeter às sujeições pertinentes. Por isso, a presença do poder estatal impede a equiparação total.

Também foram criadas várias estatais prestadoras de serviços públicos com o mesmo modelo. Tratando-se de prestadoras de serviços públicos, evidente que não poderiam ser regidas somente pelo direito privado; ao contrá-

rio, ante a atividade desenvolvida, norteiam-se, em grande parte, por normas do direito público.

No termo *estatais* incluem-se as empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pelo poder público (como, por exemplo, as subsidiárias). Segundo o art. 4.º, II e III, do Dec.-lei 200/67, as empresas públicas e sociedades de economia mista integram a Administração indireta. As empresas controladas pelo poder público têm situação peculiar. Por isso serão tratadas em item adiante.

O art. 173 da CF propicia o respaldo à criação das estatais que realizam atividades econômicas, nos termos seguintes: “Ressalvados os casos previstos nesta 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”.

Consoante o preceito, a atividade econômica (processos de produção, circulação e consumo de riquezas) cabe, em princípio, à iniciativa privada, competindo ao Estado atuar diretamente no setor econômico nos casos apontados na própria Constituição, como os monopólios, quando necessário aos imperativos da segurança nacional e ao atendimento de interesse público relevante, definidos em lei.

As estatais prestadoras de serviços públicos têm sua criação fundamentada na faculdade, conferida ao poder público, de decidir sobre o modo de realização de tais atividades.

A Constituição Federal determina, no art. 173, § 1.º, II, que as estatais exploradoras de atividades econômicas se sujeitem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. No entanto, a presença do poder público acarreta a incidência de normas de direito público, em especial daquelas que impõem sujeições. A própria Constituição estende às estatais, sem distinguir se realizam atividade econômica ou prestam serviço público, normas destinadas aos entes ou órgãos públicos. Por exemplo: art. 37 e incisos – para as que integram a Administração indireta; art. 71, II e III – incidência da fiscalização dos Tribunais de Contas. Encontram-se, portanto, as estatais em regime semi-público ou misto.

Em geral, as estatais atuam nos seguintes campos: petróleo, bancos e caixas econômicas, energia elétrica, ferrovias, habitação popular, água, gás, transportes urbanos e metropolitanos, processamento de dados.

5.4.2 Noção de empresa pública

Muitos elementos da noção de *empresa pública* encontram-se no inc. II do art. 5.º do Dec.-lei 200/67: “A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada

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

A noção acima recebe críticas, sobretudo porque existem empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Por outro lado, ante o teor do art. 173 da Constituição de 1988, não prevalecem as justificativas para a criação de empresas públicas exploradoras de atividade econômica aí mencionadas.

A *empresa pública* reveste-se da condição de pessoa jurídica de direito privado. A palavra “pública” aqui não significa tratar-se de pessoa jurídica de direito público, mas, sim, de empresa estatal. Deve ter sua instituição autorizada por lei específica, cabendo à lei complementar definir sua área de atuação (inc. XIX do art. 37 da CF).

De acordo com o preceito citado, destina-se à exploração de atividade econômica. No entanto, há muitas que prestam serviços públicos.

Formam-se as empresas públicas, em princípio, com capital exclusivo da entidade política a que se vinculam, ou seja, capital exclusivo da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município. A questão da possibilidade de criação de empresa pública estadual e municipal é controvertida na doutrina. Alguns autores aceitam que, em tais níveis, só poderá ser viável empresa prestadora de serviços públicos, sobretudo porque a participação direta no domínio econômico seria exclusiva do nível federal. Predomina, no entanto, a corrente que admite empresa pública estadual e municipal também para exploração de atividade econômica. Como pondera José Afonso da Silva, o termo “Estado”, contido no art. 173, abrange todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios; se quisesse especificar teria usado a palavra União (*Curso de direito constitucional positivo*, 34. ed., 2011, p. 806).

O ordenamento também prevê, no art. 5.º do Dec.-lei 900/69, a mescla de capitais na empresa pública: “Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública (art. 5.º, II, do Dec.-lei 200, de 25.02.1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios”.

As *empresas públicas* são dotadas de patrimônio próprio, sob sua gestão, que não se confunde com o patrimônio da Administração direta a que se vincula. Os bens dessas entidades, em geral oriundos da Administração direta por transferência inicial para formação do patrimônio e posteriores aumentos de capital, sujeitam-se a regras similares aplicáveis àqueles geridos pelos órgãos públicos, quando forem prestadoras de serviços públicos ou de atividades monopolizadas, como será exposto no capítulo dedicado aos bens públicos.

Conforme o citado inc. II do art. 5.º, a empresa pública pode revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. Segundo pondera Newton De

Lucca, não há no texto legal limitação à forma societária; mas foi esta que mais amplamente se utilizou para o figurino jurídico da empresa pública no Brasil; dentre as formas societárias, vêm sendo adotadas para as empresas públicas a sociedade anônima (maioria) e a sociedade por quotas de responsabilidade limitada (*Regime jurídico da empresa estatal no Brasil*, tese, 1986, p. 90-92).

Dentre as empresas públicas federais estão: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT; Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO; no Município de São Paulo, a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB.

5.4.3 Regime jurídico das empresas públicas

Consoante o art. 173 e seu § 1.º, II (na redação dada pela EC 19/98), a lei que estabelecer 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 deverá dispor sobre sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Assim, além da personalidade jurídica privada mencionada no Dec.-lei 200/67, a Constituição de 1988 impõe, de modo explícito, que as empresas públicas exploradoras de atividades econômicas observem as mesmas normas que informam as atividades das empresas do setor privado e ressalta o âmbito dos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Parece claro o intuito de não conferir privilégios estatais a esse tipo de empresa, para impedir a concorrência desleal ante empresas do setor privado; contudo, a observância do regime jurídico próprio do setor privado não impede que, sobre as empresas públicas exploradoras de atividades econômicas, incidam muitas sujeições típicas dos órgãos administrativos. Nesse sentido se apresenta o pronunciamento do STF no MS 21.322-1/DF (DJU 23.04.1993 e BDA, maio 1995) e no RE 172.816-7/RJ (BDA, fev. 1995).

Quanto às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, embora com personalidade jurídica privada, podem usufruir de prerrogativas estatais, além de observar as sujeições atinentes.

Os principais aspectos do regime jurídico das empresas públicas serão arrolados, de modo sucinto, a seguir.

a) As *decisões* dos dirigentes equiparam-se a atos de autoridade para efeito de ajuizamento de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública. Nos termos da Súmula 333-STJ, “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”.

b) O art. 37, *caput*, determina que a Administração direta e indireta de todos os níveis observe seus incisos; o inc. XXI impõe a *licitação para contra-*

tação de obras, serviços, compras e alienações. Portanto, as empresas públicas devem realizar licitação para contratar. De acordo com o § 1.º e seu inc. III, do art. 173 da CF, na redação dada pela Emenda 19/98, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica, na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, *observarão os princípios da Administração Pública*, conforme dispuser a lei que estabelecerá seu estatuto jurídico. A mesma Emenda alterou a redação do inc. XXVII do art. 22, atribuindo à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de todos os níveis e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III. Note-se que o inc. III determina, para aquelas estatais, *somente a observância dos princípios da Administração Pública*, o que sugere que terão um regime de licitação e contratação diferente do regime dos outros entes e órgãos da Administração (talvez mais flexível) e diferente do regime das estatais prestadoras de serviços públicos. A leitura do inc. XXVII do art. 22 também propicia esse entendimento. Os dispositivos vêm suscitando discussões entre os estudiosos, não se encontrando sedimentadas. Enquanto não se editar o estatuto jurídico daquelas estatais, as licitações e contratações das empresas públicas continuam a se reger pela Lei 8.666/93, que no seu art. 119 possibilita a cada empresa pública, observadas as disposições dessa lei, editar regulamento próprio de licitações e contratos, sendo que, após aprovação da autoridade a que estiver vinculada, deverá ser publicado na imprensa oficial.

c) O *peçoal* das empresas públicas rege-se pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo, portanto, celetista. A investidura nos empregos depende de aprovação prévia em concurso público, que não assegura estabilidade, por não se tratar de nomeação para cargo de provimento efetivo, criado em lei; o exercício de empregos e funções de confiança (em comissão) é de livre contratação e livre dispensa (art. 37, II, da CF). Incidem sobre os empregados das empresas públicas as proibições e possibilidades relativas à acumulação de cargos, funções e empregos públicos, nos termos dos incs. XVI e XVII do art. 37 da CF. Igualmente a eles se estendem as normas relativas aos crimes contra a Administração Pública, segundo prevê o art. 327 do Código Penal, e as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, conforme dispõe o art. 1.º da Lei 8.429, de 02.06.1992.

d) Vários *controles* recaem sobre as empresas públicas. Um controle administrativo, denominado tutela (na esfera federal, supervisão), é exercido pelo órgão da Administração direta a que se vincula a entidade. No âmbito da União, a supervisão ministerial vem disciplinada nos arts. 25 a 27 do Dec.-lei 200/67. No âmbito federal, o Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, integrante da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, também exerce controle sobre as empresas públicas.

Um controle genérico pode ser exercido pelo Congresso Nacional, nos termos da competência fixada no art. 49, X, da CF. Ao mesmo Poder cabe a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70), realizada com o auxílio do Tribunal de Contas do respectivo nível (incs. II e III do art. 71).

O Poder Judiciário, quando provocado, exerce controle externo de atos, atividades, omissões e contratos, consoante o objeto das ações interpostas.

5.5 Sociedades de economia mista

Como o próprio nome dá a entender, as *sociedades de economia mista* permitem associar capital público e capital privado. Embora incompleto, o inc. III do art. 5.º do Dec.-lei 200/67 fornece os elementos essenciais à caracterização dessas entidades.

O primeiro elemento encontra-se na sua qualidade de pessoa jurídica de direito privado.

Desde a edição do Dec.-lei 200/67 essas entidades devem ser criadas por lei. O art. 236 da Lei 6.404, de 15.12.1976 (sociedades anônimas), faz depender de prévia autorização legislativa a constituição das companhias de economia mista. A partir da Constituição de 1988, essa lei deve ser específica (art. 37, XIX). Antes de 1967, muitas sociedades de economia mista formaram-se pela intervenção do Estado em empresas mal administradas pelos particulares ou sob alegação de que a iniciativa privada não tinha condições de exercer essa ou aquela atividade, nem sempre mediante lei.

A instituição mediante autorização de lei configura elemento fundamental à identificação da entidade como sociedade de economia mista. Esse é o entendimento decorrente de acórdãos do STF, exemplificados nos seguintes: RE 91.035, 1979, ementa: "Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob controle acionário do poder público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica que a caracteriza como sociedade de economia mista"; RE 92.327, 1980, ementa: "Sociedade de economia mista. Ainda quando se trate de sociedade de economia mista estadual, é requisito essencial à sua constituição a criação por lei".

Outro aspecto indicado no referido inc. III diz respeito ao objetivo de exploração da atividade econômica. Daí surgirem ressalvas ao texto desse inciso, pois muitas sociedades de economia mista foram instituídas para prestação de serviços públicos. Se a base constitucional para a participação direta do Estado na atividade econômica, mediante sociedades de economia mista, encontra-se no *caput* e § 1.º do art. 173, a existência dessas entidades para prestação de serviços públicos tem respaldo na faculdade conferida ao poder público de escolher o modo de gestão de tais serviços.

As *sociedades de economia mista* revestem-se da forma de sociedade anônima, consoante determina o citado inc. III. A Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – dedica-lhes capítulo específico (arts. 235 a 240). Segundo o art. 235, as sociedades de economia mista sujeitam-se a essa lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

A maioria das ações com direito a voto deve pertencer ao respectivo ente matriz: União, nas sociedades de economia mista federais; Estado, nas estaduais; Município, nas municipais. Ou deve pertencer à entidade da Administração indireta, desde que não seja outra sociedade de economia mista (pois tal situação é excluída do tratamento diferenciado previsto na Lei das S/A, art. 235, § 2.º). Suscitou controvérsia a possibilidade de haver sociedades de economia mista estaduais e municipais, vindo a prevalecer entendimento favorável, desde que não se editem, em tais níveis, normas derogatórias do direito comercial, pois cabe à União a competência para legislar sobre esse ramo jurídico.

Dentre as sociedades de economia mista, podem ser arroladas em âmbito federal: Banco do Brasil, PETROBRAS; no âmbito do Estado de São Paulo: SABESP, Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano – CDHU, METRÔ; no Município de São Paulo: Companhia Municipal de Processamento de Dados – PRODAM.

5.5.1 Regime jurídico das sociedades de economia mista

As *sociedades de economia mista*, que exploram atividade econômica, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias – assim reza o § 1.º do art. 173 da CF. Por sua vez, a Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 235, determina a sujeição dessas entidades aos seus preceitos, sem prejuízo das disposições de lei federal. A combinação dos dois textos leva a concluir que as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas regem-se pela lei das sociedades anônimas, por disposições especiais de lei federal e pelas mesmas normas aplicadas a empresas do setor privado, também no tocante às obrigações trabalhistas e tributárias. Seu regime é desprovido de prerrogativas estatais, para impedir concorrência desleal com empresas do setor privado, salvo no caso de atividades monopolizadas. Mas a própria Constituição impõe sujeições, típicas dos órgãos públicos, às normas de licitações e contratos, ao controle parlamentar, ao controle dos Tribunais de Contas, à exigência de concurso público para investidura nos seus empregos.

As sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos sujeitam-se também à Lei das Sociedades Anônimas, sem prejuízo de disposições especiais. Incide sobre elas grande carga de normas do direito público, abrangendo prerrogativas e sujeições características dos órgãos públicos.

Quanto aos demais aspectos do regime jurídico, ver o item 5.4.3 deste capítulo, cujas considerações aplicam-se às sociedades de economia mista.

5.6 Estatais e privatização

As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e “feudos” de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e déficits que o Tesouro público tinha de cobrir, e este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil, há muito a imprensa vinha noticiando, com frequência, os problemas relativos aos déficits, ineficiência, abusos e incontrolabilidade das estatais.

Surgiu, então, a partir da década de 80, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado. Ante o quadro acima, esse movimento teve motivos pragmáticos para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos; e teve motivos políticos para criar nova dinâmica econômica, inspirada nos exemplos inglês (privatizações da era Thatcher) e americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, *desestatização*, *desregulamentação*, *privatização*. Várias fórmulas aí são aplicadas, em especial: quebra de monopólios estatais; aumento do número de concessões e permissões de serviço público; venda de estatais ao setor privado.

As noções de *desestatização*, *desregulamentação* e *privatização* não são precisas e aparecem usadas de modo indistinto, como sinônimas. Um sentido aproximado desses termos pode ser exposto, com base no trabalho de Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, *Privatização no estado contemporâneo*, Ícone, 1996.

A *desestatização* significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. A *desregulamentação* consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a *privatização* aparece, num sentido amplo, para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado.

No Brasil, o Dec. 86.215, de 15.07.1981, foi o primeiro a prever a transferência de empresas estatais a particulares. Depois, o Dec. 91.991, de 28.11.1985, mencionou um programa de privatização de empresas sob controle direto e indireto do governo federal e proibiu a criação de novas empresas desse tipo.

O Dec. 95.886, de 29.03.1988, referiu-se a um programa federal de desestatização, prevendo inclusive a execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão. A Lei 8.031, de 12.04.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e o Fundo Nacional de Desestatização. Várias estatais foram privatizadas, dentre as quais: Usiminas, Celma S/A, Mafersa, Petroflex, Copesul, Acesita, Poliolefinas, Companhia Siderúrgica Nacional, Cosipa, Açominas, Petroquímica União, Companhia Vale do Rio Doce.

A Lei 8.031/90 foi recebendo várias alterações até ser revogada explicitamente pela Lei 9.491, de 09.09.1997, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização. Por sua vez, esta lei foi modificada várias vezes. Nos termos do art. 2.º da Lei 9.491/97, com as alterações posteriores, poderão ser objeto de desestatização, por exemplo: I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; IV – instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital desapropriadas, na forma do Dec.-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; V – bens móveis e imóveis da União.

Conforme preceitua o art. 4.º da Lei 9.491/97, com alterações posteriores, as desestatizações ocorrem mediante várias modalidades operacionais, por exemplo: I – alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; II – abertura de capital; III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos; VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos; VII – aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

A política governamental de desestatização não recebe aceitação unânime. Reações contrárias intensas precederam, por exemplo, a privatização da Companhia Vale do Rio Doce.

5.7 Entes com situação peculiar

Há inúmeros entes dotados de características que não se enquadram exatamente nos moldes previstos em normas para identificar as entidades componentes da Administração indireta, nem permitem situá-los como órgãos da Administração direta. Tais entes não integram a Administração indireta.

Em geral, têm personalidade jurídica própria. Os vínculos que mantêm com o poder público apresentam-se diversificados. Uns desempenham algumas atribuições típicas do poder público; outros recebem recursos públicos; outros realizam atividades que beneficiam a população.

É difícil classificar tais entes ou conferir-lhes nome genérico. Alguns autores, como Sérgio de Andréa Ferreira, utilizam o termo “paradministração” para abrangê-los; outros preferem o termo “paraestatais”; e alguns usam “entes de cooperação” ou “entes de colaboração”.

Aqui serão enunciados alguns, muito mais com o objetivo de apontar sua existência do que discutir em profundidade sua natureza jurídica e expor em minúcia todos os seus contornos e as discussões que suscitam.

5.7.1 Ordens e conselhos profissionais

São organismos destinados, em princípio, a “administrar” o exercício de profissões regulamentadas por lei federal. São geridos por profissionais da área, eleitos por seus pares, para mandatos. De regra, têm estrutura federativa, com um órgão de nível nacional e órgãos de nível estadual.

As leis que regulamentam profissões e criam ordens ou conselhos transferem-lhes competência para exercer a fiscalização do respectivo exercício profissional e o poder disciplinar. A chamada *polícia das profissões*, que originariamente caberia ao poder público, é, assim, delegada às ordens profissionais.

Leis atribuíram personalidade jurídica a tais ordens, sem especificar se pública ou privada, por exemplo, o anterior e o atual Estatuto da OAB – Lei 8.906, de 04.07.1994, art. 44. Outras conferiram personalidade jurídica pública, por exemplo: Ordem dos Músicos – Lei 3.857/60; Conselho de Farmácia – Lei 3.820/60; Conselho de Biblioteconomia – Lei 4.084/62. Outras previram personalidade jurídica pública e natureza de autarquia, por exemplo: Conselho de Medicina – Lei 3.268/57; Conselho de Engenharia e Agronomia – Lei 5.194/66; Conselho de Psicologia – Lei 5.766/71; Conselho de Arquitetura e Urbanismo (Lei 12.378/2010).

Tais organismos não integram a Administração indireta, nem se sujeitam à tutela ou supervisão ministerial. O § 1.º do art. 44 do atual Estatuto da OAB é expresso a respeito, ao dispor o seguinte: “A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”. Quanto à OAB, o STF, na ADIn 3.026-4/DF, declarou não integrar a Administração indireta, não se sujeitando às normas impostas a esta e à Administração direta, nem a controle da Administração.

Na doutrina são denominadas de *autarquias para-administrativas*, *corporações autárquicas*, *corporações profissionais*, *instituições corporativas*, *autarquias corporativas*. A jurisprudência pátria lhes reconhece natureza autárquica,

mesmo que as leis instituidoras omitam essa condição. Trata-se, no entanto, de autarquia peculiar, diferenciada, visto não integrar a Administração indireta, nem se enquadrar nos preceitos do Dec.-lei 200/67.

A Lei 9.649, de 27.05.1998, no art. 58, tentou atribuir *personalidade jurídica de direito privado a tais conselhos*, o que lhes retiraria a natureza de autarquia, pois esta se apresenta como pessoa jurídica de direito público. Mas na ADIn 1.717-6, julgada em 07.11.2002, o art. 58 e seus §§ 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 8.º foram declarados inconstitucionais, considerada prejudicada a ação quanto ao § 3.º. Portanto, tais organismos continuam a ser considerados autarquias.

Mas, acentuadas incoerências resultam do intuito de enquadrar as ordens e conselhos profissionais como autarquias. Exemplifiquem-se duas: a) quem exerce o poder de polícia das profissões são pessoas eleitas por seus pares para exercício temporário de diretoria (mandato, em geral de dois anos), auxiliadas por empregados celetistas; assim, todas as pessoas que, nessas entidades, exercem poder de polícia não são servidores estatutários efetivos, o que é o oposto do entendimento de que só servidores estatutários efetivos poderiam exercer poder de polícia (foi com base nesta linha a decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei 9.986, de 18.07.2000, que previa o regime celetista para os servidores das agências reguladoras); b) autarquia é uma entidade da Administração indireta, nos termos do Dec.-Lei 200/67; a palavra autarquia é associada, de forma enraizada, a Administração Pública e as ordens profissionais não integram a Administração Pública. Melhor seria lhes dar outra feição, que não gerasse os incoerentes resultados de vê-las como autarquias.

5.7.2 *Fundações de apoio*

Denominam-se, de modo mais completo, *fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior*. Destinam-se, em geral, a colaborar com tais instituições no ensino e pesquisa. Conforme indica Sérgio de Andréa Ferreira (*Comentários à Constituição*, 1991, v. 3, p. 56), as fundações de apoio vêm se formando de dois modos: por pessoas físicas (professores, pesquisadores universitários, ex-alunos) ou pelas próprias instituições de ensino superior (isoladamente ou em conjunto com pessoas físicas).

São entes dotados de personalidade jurídica privada, regidos pelo Código Civil e Código de Processo Civil. Os atos de constituição, a dotação inicial e os estatutos sujeitam-se ao crivo do Ministério Público, que as fiscaliza sob o aspecto finalístico.

As *fundações de apoio*, de regra, mantém convênios, ajustes e contratos com as universidades ou faculdades, sem prejuízo de atividades ou serviços que possam prestar a particulares. Não integram a Administração indireta nem a estrutura das universidades ou faculdades a que propiciam apoio.

No âmbito federal, a Lei 8.958, de 20.12.1994, com alterações posteriores, dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Nos termos da referida lei, essas fundações de apoio podem ser contratadas por aquelas instituições federais e sujeitam-se: à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil; à legislação trabalhista; ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência e Tecnologia (art. 2.º, incs. I, II e III). Na execução de convênios, contratos, acordos, ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma dessa lei devem observar a legislação federal de licitações e contratos quanto a obras, compras e serviços e se submeter à fiscalização da execução dos contratos pelo Tribunal de Contas da União.

Exemplos de fundações de apoio em São Paulo: Fundação Universitária para o Vestibular – FUVEST; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE.; Fundação Instituto de Administração – FIA.

5.7.3 *Empresas controladas pelo poder público*

Tais entes recebem outras denominações na Constituição Federal e nas leis e decretos: empresas controladas direta e indiretamente pelo poder público; empresas sob controle acionário estatal; empresas que operam sob o controle do Estado. O poder público é acionista, controla e tem ascendência sobre essas entidades, sem que sejam identificadas como empresas públicas ou sociedades de economia mista. Em geral, falta-lhes a criação por lei ou não conjugam todos os elementos para sua qualificação como empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Incluem-se entre as estatais, sem integrar a Administração indireta. No entanto, sujeitam-se ao controle administrativo (tutela ou supervisão) da Administração direta.

Os contratos que celebram devem ser precedidos de licitação, ante menção expressa no parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.666/93. Há controvérsias no tocante à aplicabilidade, a essas empresas, do art. 37 e incisos da CF, visto não integrarem a Administração indireta nem a direta.

Submetem-se à fiscalização do Tribunal de Contas, por referência explícita contida no inc. II do art. 71 da CF.

Se forem subsidiárias de sociedades de economia mista, norteiam-se pelo § 2.º do art. 235 da Lei 6.404/76, segundo o qual as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime comum das sociedades anônimas, sem as exceções previstas no capítulo.

5.7.4 *Serviços sociais autônomos*

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas a propiciar assistência social, médica ou ensino à população ou a certos grupos profissionais.

Não integram a Administração indireta, nem a direta. Alguns, como o SESI, SESC, SENAI, SENAC, têm seus recursos oriundos principalmente de contribuições de empresas, arrecadadas e repassadas pela Previdência Social. Outros celebram contrato de gestão com órgão da Administração direta ou convênios com entidades governamentais e privadas. São referidos como *sistema S*. É necessária lei autorizadora para sua criação.

O pessoal é regido pela CLT, havendo liberdade para a fixação de salários. Na contratação de pessoal há processos seletivos ou provas de habilitação, não exigidos para locação de serviços, contratos especiais, empregos de confiança. Se receberem recursos públicos, sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas, conforme dispõe o parágrafo único do art. 70 da CF.

5.7.5 *Terceiro setor parceiro*

Entidades privadas sem fins lucrativos, por vezes, mantêm vínculos próximos com o poder público, a título de colaboração, com o objetivo de realização de atividades de interesse público. Estudados sob a rubrica de *parcerias*, em sentido genérico, com frequência tais vínculos implicam repasse de recursos da Administração para essas entidades, englobadas sob o nome de *terceiro setor*: o primeiro setor é o Estado, o segundo setor é o conjunto dos entes privados que atuam com fins lucrativos. Não se registra unanimidade no tocante à inserção desta ou daquela entidade no âmbito do terceiro setor.

Por manterem vínculos jurídicos com a Administração e, muitas vezes, receberem recursos públicos, os vínculos são disciplinados por lei e formalizados por instrumentos jurídicos, incidindo normas do direito público sobre a organização e funcionamento dessas entidades privadas sem fins lucrativos, daí serem objeto de estudo no Direito Administrativo.

5.7.5.1 *Organizações sociais*

Conforme a Lei 9.637, de 15.05.1998, com alterações posteriores, o Poder Executivo federal poderá qualificar como *Organizações Sociais – OS* – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na mesma lei. Um dos requisitos é ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, inclusive com a participação de representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral. Também são

referidas como entidades do *terceiro setor*, por integrarem o âmbito privado, sem fins lucrativos. Aparecem mencionadas em estudos sobre o *fomento* na Administração Pública.

As entidades assim qualificadas são declaradas entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais. Podem receber recursos orçamentários e bens públicos (mediante permissão de uso) para o cumprimento dos objetivos do contrato de gestão (arts. 11 e 12 da Lei 9.637/98).

A organização social celebra *contrato de gestão* com o poder público, para a formação de parceria no fomento e execução das atividades relativas às áreas acima indicadas. Dessa forma, o poder público deixará de ser executor direto de atividades ou serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução.

Nos termos do Decreto 6.170, de 25.07.2007, com alterações posteriores, art. 1.º, § 1.º, o *contrato de repasse* é o instrumento administrativo pelo qual se processa a transferência de recursos financeiros federais a entidades privadas sem fins lucrativos, por intermédio de instituições financeiras controladas pela União, atuando na condição de mandatária desta. O contrato de repasse também é utilizado na transferência de recursos financeiros da União a órgãos ou entidades da Administração Estadual, Distrital ou Municipal.

A União deve realizar *chamamento público* para fins de transferir recursos a entidades privadas sem fins lucrativos, mediante celebração de contrato de repasse e outros instrumentos, por força do Decreto 7.568, de 16.09.2011, que alterou o Decreto 6.170/2007.

No âmbito federal, a execução do contrato de gestão com organização social deve ser fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8.º da Lei 9.637/98), que recebe, a cada término de exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, *relatório* pertinente (§1.º do art. 8.º); os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser avaliados por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora (§2.º do art. 8.º).

O Poder Executivo poderá desqualificar a entidade, quando se verificar o descumprimento de disposições do contrato de gestão; os dirigentes da organização social respondem individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. A desqualificação importa reversão dos bens permitidos e dos valores entregues, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 16 da Lei 9.637/98).

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao terem ciência de qualquer irregularidade ou ilegalidade comunicarão ao Tribunal de Contas respectivo, sob pena de responsabilidade solidária, podendo, ainda, representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade contratante, para fins de requerer a indisponibilida-

de dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes ou agente público e terceiros que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Há controvérsias a respeito da incidência, sobre as organizações sociais, do controle direto do Tribunal de Contas. O elevado número dessas entidades suscita a questão da dificuldade operacional do controle direto. Mas, o teor do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, o qual impõe o dever de prestar contas a qualquer pessoa física ou jurídica que utilize ou gerencie recursos e bens públicos, permite afirmar a incidência do controle direto do Tribunal de Contas sobre essas entidades, ainda que simplificado.

O Decreto federal 6.170, de 25.07.2007, com alterações posteriores, fixa normas sobre as transferências de recursos da União, mediante instrumentos celebrados, sobretudo, contratos de repasse, com órgãos e entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos, para execução de programas ou projetos de interesse recíproco. Nos termos do art. 11, a aquisição de produtos e contratação de serviços com recursos transferidos da União, efetuadas por entidades privadas sem fins lucrativos, deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a cotação de preços no mercado, antes da celebração do contrato. Desse modo, a licitação prevista no Decreto 5.504/2005 deixou de ser obrigatória, mas pode ser realizada.

No Estado de São Paulo, as organizações sociais vêm previstas na Lei Complementar 846, de 04.06.1998, com alterações posteriores.

5.7.5.2 *Organizações da sociedade civil de interesse público*

Nos termos da Lei 9.790, de 23.03.1999, com alterações posteriores, o Ministério da Justiça poderá qualificar como *organizações da sociedade civil de interesse público* (Oscip) as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas e em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, cujos objetivos sociais tenham, pelo menos, uma das seguintes finalidades, observado o princípio da universalização dos serviços no respectivo âmbito de atuação: promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata a mesma lei; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos,

da democracia e outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades acima indicadas. Essas entidades vêm englobadas também sob o nome de *terceiro setor* e, por vezes, são mencionadas em estudos sobre o *fomento* na Administração Pública. Citada Lei, com alterações posteriores, foi regulamentada pelo Decreto 3.100, de 30.06.1999.

Para os fins da referida Lei, o art. 1.º, § 1.º, considera sem fins lucrativos a entidade que “não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

Para selecionar a Oscip objetivando celebrar instrumento com a Administração, o Decreto 3.100/1999, com alterações posteriores, possibilita o *concurso de projetos*.

O art. 4.º da mesma Lei indica várias normas que deverão estar *inseridas* nos estatutos das pessoas jurídicas interessadas, dentre as quais, por exemplo: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais em decorrência da participação no respectivo processo decisório; prestação de contas de todos os recursos públicos e bens de origem pública, conforme determina o parágrafo único do art. 70 da CF; ou seja, pelos sistemas de controle interno e controle externo (Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas).

As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas com base em outros diplomas legais, poderão qualificar-se como *organização da sociedade civil de interesse público* desde que atendidos os requisitos exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações até cinco anos contados da vigência da Lei 9.790/99. Findo esse prazo, deverá ser feita opção pela qualificação prevista nesta lei. Caso não se faça a opção, a pessoa jurídica perderá automaticamente a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público.

Conforme o art. 2.º da referida Lei, não são passíveis de qualificação como organizações sociais da sociedade civil de interesse público, ainda que se dediquem às atividades indicadas acima, os seguintes entes: sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas; organizações partidárias, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não

gratuitas e suas mantenedoras; escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; organizações creditícias vinculadas com o sistema financeiro nacional.

A pessoa jurídica de direito privado qualificada como organização da sociedade civil de interesse público celebra *termo de parceria* com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada.

A execução do *termo de parceria* deve ser fiscalizada por órgão do poder público da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 11 da Lei 9.790/99). Os resultados atingidos são analisados por comissão de avaliação, formada de comum acordo entre o órgão parceiro e a Oscip (§ 1.º do art. 11 da Lei 9.790/99); este preceito suscita estranheza e leva a suspeitar de avaliações assim realizadas; referida comissão encaminha relatórios conclusivos à autoridade competente.

A entidade perde essa qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados ampla defesa e contraditório. Vedado o anonimato, qualquer cidadão é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da referida qualificação. (art. 7.º da Lei 9.790/99).

Os responsáveis pela fiscalização da execução do termo de parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou bens públicos, darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária (art. 11).

Havendo indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, para que requeiram, em juízo, a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes e de agentes públicos ou terceiros que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de medidas previstas na Lei 8.429/92 – improbidade administrativa e na Lei Complementar 64/90 – inelegibilidades.

Nos termos do Decreto 6.170, de 25.07.2007, com alterações posteriores, art. 1.º, § 1.º, o *contrato de repasse* é o instrumento administrativo pelo qual se processa a transferência de recursos financeiros federais a entidades privadas sem fins lucrativos, por intermédio de instituições financeiras controladas pela União, atuando na condição de mandatária desta. O contrato de repasse também é utilizado na transferência de recursos financeiros da União a órgãos ou entidades da Administração estadual, distrital ou municipal. O mesmo Decre-

to fixa normas sobre a transferência de recursos da União, mediante contratos de repasse e outros instrumentos, a órgãos e entidades públicas ou a entidades privadas sem fins lucrativos, para execução de programas ou projetos de interesse recíproco. Nos termos do art. 11, a aquisição de produtos e contratação de serviços com recursos transferidos da União, por entidades privadas sem fins lucrativos, deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, a cotação de preços no mercado antes da celebração do contrato. Desse modo, a licitação prevista no Decreto 5.504/2005 deixou de ser obrigatória, mas pode ser realizada.

No Estado de São Paulo, a Lei 11.598, de 15.12.2003, traz preceitos sobre as Oscips.

5.7.5.3 *Organizações da Sociedade Civil em regime de mútua cooperação com a administração*

A Lei 13.019, de 31.07.2014, a vigorar após 360 dias da sua publicação, fixa o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de atividades de interesse público. Vem denominado como *regime jurídico de fomento ou de colaboração* (art. 6.º, *caput*).

Tal lei se revela excessivamente minuciosa, burocratizando em alto grau os vínculos entre a Administração e as entidades privadas sem fins lucrativos, em linha oposta a inúmeros ordenamentos ocidentais, cuja linha está na simplificação administrativa. Em grande parte, transplanta, para este âmbito, as normas da Lei 8.666/1993, destinada a licitações e contratos administrativos com pessoas físicas ou jurídicas com fins lucrativos.

Alguns pontos da minuciosa Lei são indicados a seguir.

a) Para os fins dessa Lei, *organização da sociedade civil* é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que não distribui entre seus sócios, associados e outros membros, qualquer tipo de retribuição, auferida no exercício de suas atividades, aplicando os recursos integralmente na consecução do seu objeto social (art. 2.º, I).

Nos termos do art. 3.º III, referida Lei não se aplica, por exemplo, aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, sob o regime da Lei 9.637/1998 (v. item 5.7.5.1). A Lei se aplica, no que couber, às relações entre a Administração e as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip), previstas na Lei 9.760/1999, regidas por termo de parceria (v. item 5.7.5.2).

O regime jurídico objeto da Lei 13.019/2014 deve obedecer aos seguintes princípios: legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

economicidade, eficiência, eficácia, além de outros princípios constitucionais (art. 5.º, *caput*).

b) Nos arts. 2.º, VII, e 16, vem previsto o *termo de colaboração*, pelo qual são formalizadas as parcerias da Administração com organizações da sociedade civil, selecionadas mediante chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público, *propostas pela Administração*, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão (celebrado com organizações sociais) e ao termo de parceria (firmado com organizações da sociedade civil de interesse público – Oscip).

Os arts. 2.º, VIII e 17 tratam do *termo de fomento*, pelo qual são formalizadas as parcerias da Administração com organizações da sociedade civil, selecionadas por chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público, *propostas por essas organizações civis*, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão (firmado com organizações sociais) e ao termo de parceria (firmado com as Oscips).

Os arts. 33 a 38 fixam minuciosos requisitos para a celebração dos termos de colaboração e fomento.

Saliente-se a não exigência de contrapartida financeira por parte da entidade privada, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços economicamente mensuráveis (art. 35, § 1.º).

c) A Lei conceitua o *chamamento público*: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos seguintes princípios: isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlatos. (art. 2.º, XII). O chamamento público tem suas minuciosas normas fixadas nos arts. 23 a 30, com a previsão até de dispensa (art. 30) e inexigibilidade (art. 31), a serem detalhadamente justificadas (art. 32), com publicação do extrato (art. 32, § 1.º), admitindo-se impugnação à justificativa apresentada, antes da celebração da parceria (art. 32, § 2.º).

d) Dentre os mecanismos de transparência estão: a) inserção, no sítio oficial da Administração (Internet), da lista de parcerias celebradas, pelo nome da entidade (art. 10); b) inserção, no sítio da entidade ou em local visível de sua sede ou lugar de atuação, de todas as parcerias firmadas com o poder público (art. 11); c) divulgação na Internet, efetuada pela Administração, dos meios oferecidos para denúncia sobre uso irregular dos recursos transferidos (art. 12).

e) A Lei institui o *Procedimento de Manifestação de Interesse Social*, como instrumento pelo qual as organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público, para que

este avalie a possibilidade de realizar chamamento público objetivando parceria (art. 18) . Os arts. 19 a 22 disciplinam tal procedimento.

f) Os arts. 39 a 41 contemplam vedações, dentre as quais parcerias que envolvam direta ou indiretamente, delegação de funções de regulação, fiscalização, exercício do poder de polícia, serviços ou atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado (art. 40, I e II), serviços de consultoria (art.40, parágrafo único, I).

g) Ao contratarem bens e serviços com uso de recursos públicos transferidos pela Administração, as organizações da sociedade civil deverão observar os princípios a seguir: legalidade, moralidade, boa-fé, probidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, isonomia, publicidade, razoabilidade, julgamento objetivo, busca de qualidade e durabilidade, de acordo com o regulamento de compras e contratações aprovado para a realização do objeto da parceria (art. 43). Vê-se não haver obrigatoriedade de licitação, devendo-se atender aos citados princípios. Por outro lado, deduz-se exigir-se, da entidade, a elaboração de regulamento de compras e contratações, a ser aprovado antes da concretização do objeto da parceria, representando mais um elemento de burocratização e demandando gastos com assessoria jurídica para a redação desse texto. Tais aquisições poderão ser efetuadas por sistema eletrônico, disponibilizado pela Administração (art. 43, § 1.º).

h) A Lei abriga, ainda, normas sobre: prestação de contas (arts. 63 a 68); prazos (arts. 69 a 72); sanções administrativas (art. 73); responsabilidades (arts. 75 a 76).

i) As parcerias existentes na data da entrada em vigor da Lei permanecerão regidas pelas normas vigentes ao tempo da celebração, sem prejuízo da sua aplicação subsidiária, no que for cabível (art. 83).

Os convênios e acordos congêneres existentes entre as organizações da sociedade civil e a Administração na data da entrada em vigor da Lei serão executados até o término de seu prazo, regidos pelas normas do tempo da celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da nova Lei (art. 84, parágrafo único). Na hipótese de prazo indeterminado, a Administração, dentro de um ano, efetuará repactuação para fins de adaptação à nova Lei ou para fins de rescisão (art. 83, § 2.º).

5.8 Bibliografia

Administração indireta em geral

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3: arts. 37 a 43.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

Agências reguladoras

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. *BDA*, jun. 1999, p. 367-374.

CUELLAR, Leila. *Agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

FARIA, J. Eduardo (org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Autarquias

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O regime especial das autarquias educacionais. *RPGE*, n. 17, p. 201-222, São Paulo, dez. 1980.

FONSECA, Tito Prates da. *Autarquias administrativas*. São Paulo: Acadêmica (Saraiva), 1935.

MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

TÁCITO, Caio. Ensino superior. Autarquia ou fundação oficial. Parecer, UERJ, Rio de Janeiro, 1981.

Fundações

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. As fundações públicas e o novo Código Civil. *RDA* 231, p. 313 ss., 2003.

SENNA, Homero; MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundações – No direito, na administração*. FGV, 1970.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações governamentais. *RDP* 97/86.

Empresas públicas

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Empresas públicas e sociedades de economia mista. *RDA* 128/1, 1977.

DE LUCCA, Newton. *Regime jurídico da empresa estatal no Brasil*. Tese, 1986.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle das empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 1991.

Sociedades de economia mista

Obs.: algumas obras indicadas para as empresas públicas também estudam as sociedades de economia mista.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Sociedades de economia mista – Sua natureza – Seus problemas. *RDA* 103/1.

PINTO, Olavo Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *RDA* 32/1.

SÁ, Afrânio de. Sociedades de economia mista. *Revista de Ciência Política*, FGV, 1983.

Privatização

AMARAL FILHO, Marcos Jordão T. *Privatização no Estado contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.

LINOTTE, D.; MESTRE, A.; ROMI, R. *Services publics et droit public économique*. Paris: Litec, 1992.

RAPP, Lucien. *Techniques de privatisation des entreprises publiques*. Paris: Litec, 1986.

Terceiro Setor

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação. Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHOENMAKER, Janaina. *Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.