



DIREITO ADMINISTRATIVO

VERBO.APOSTILA

SUMÁRIO

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	04
2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
3. PODERES ADMINISTRATIVOS	34
4. SERVIDORES PÚBLICOS	50
5. ATO ADMINISTRATIVO	62
6. PROCESSO ADMINISTRATIVO	77
7. LICITAÇÃO	87
8. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	109
9. SERVIÇOS PÚBLICOS	127
10. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	137
11. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	149
12. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	156

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS
NO SEU CELULAR

QR BOOK

1º PASSO

Baixe nosso APP leitor de códigos na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**



2º PASSO

Encontre dentro do livro, os códigos QR dentro das disciplinas e temas abordados.



3º PASSO

Abra o APP **QR BOOK** e clique em **"LER O CÓDIGO"**

4º PASSO

Aguarde o leitor fazer o **SCAN**, na sequência se abrirá uma videoaula específica.



5º PASSO

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas, com os melhores professores.



1

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

● CENTRALIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

São técnicas administrativas utilizadas pela Administração Pública, seja ela Direta ou indireta. Vamos a elas:

→ **Centralização:** Órgãos e Agentes Públicos trabalhando diretamente para a Administração Pública Direta;

→ **Descentralização:** Consiste na transferência da prestação de serviço para a Administração Indireta ou para particular. Pode ocorrer por Outorga Legal (Descentralização por Serviço), quando se transfere também a Titularidade e a Execução do serviço, ou por Delegação por Colaboração (Descentralização por Delegação) - Permissionários, Autorizatórios ou Concessionários - através de **licitação**, quando se transfere apenas a Execução do serviço.

→ **Desconcentração:** Técnicas administrativa de divisão de órgãos; é a distribuição do serviço dentro da mesma Pessoa Jurídica.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, descentralização pode sofrer uma classificação inicial na formação da Administração Pública, sendo a instituição da Administração Direta conhecida como **descentralização política** e a instituição da Administração Indireta conhecida como **descentralização administrativa**.

● ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Administração Direta é termo utilizado em nosso país para designar o **conjunto de órgãos que integram a estrutura interior da máquina administrativa do ente federado**, em nível federal, estadual, distrital ou municipal. Tem relação com o fenômeno da **centralização administrativa**, no qual a entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) exercita, ela própria, por meio de seus órgãos, a atividade administrativa de que é titular. Cumpre salientar, todos os entes políticos são, ao mesmo tempo, entes administrativos, quando estejam exercendo a função administrativa.

A noção envolve aspectos importantes:

“o primeiro consiste em considerarmos, nesse caso, o Estado como pessoa administrativa. Depois, é mister lembrar que a Administração Direta é constituída por órgãos internos dessas mesmas pessoas; tais órgãos são o verdadeiro instrumento da ação da Administração Pública, pois que a cada um deles é cometida uma competência própria, que corresponde a partículas do objetivo global do Estado. Por fim, vale destacar o objetivo dessa atuação: o

desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao Poder Público em geral”.¹

Assim, ao se empregar o termo na Administração Direta federal, está se falando da União, enquanto entidade administrativa; a Administração Direta estadual equivale a determinado Estado-membro, o mesmo ocorrendo em relação ao Distrito Federal (distrital). E cada Município brasileiro é uma Administração Direta municipal.

● ÓRGÃOS PÚBLICOS E DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Órgãos são centros de atribuição desprovidos de personalidade jurídica, de maneira que a sua atuação consubstancia a atuação da própria entidade administrativa da qual fazem parte. No campo privado e comercial, toda e qualquer empresa, por mais simples que seja a sua estrutura, demanda alguma divisão de tarefas entre os seus dirigentes, evitando com isso um congestionamento de funções. Com a Administração Pública não poderia ser diferente, mormente se consideramos a vastidão da máquina administrativa nos dias atuais.

Denomina-se **desconcentração administrativa** essa distribuição de funções na estrutura interna de uma mesma pessoa jurídica administrativa, cujas atividades são, então, exercidas por seus diversos órgãos.

Como assinala Di Pietro, na desconcentração ocorre

“uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho”.²

A legislação federal (art.1º, §2º, da Lei 9.784/99) cuidou de definir a figura do órgão como uma unidade de atuação sem personalidade jurídica, distinguindo-a de outras categorias tais como a **entidade** (unidade de atuação, com personalidade jurídica) e a **autoridade** (pessoa física, que exerce a função pública). Por exemplo, um Auditor-Fiscal (autoridade) desempenha suas funções no âmbito de determinada Delegacia Regional da Receita Federal (órgão subalterno), subordinada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (órgão superior), por sua vez subordinada ao Ministro da Fazenda (órgão autônomo), todos integrantes da administração direta da União (entidade).

Segundo o art. 61, §1º, II, e, da CF/88, a criação de um órgão público depende de lei, de iniciativa privativa do respectivo Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, distrital ou municipal), de modo que apenas outra lei, da mesma iniciativa, poderá extingui-lo (princípio do paralelismo das formas). O art.84, VI, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32/2001, apenas admite que o Presidente da República, por decreto, faça modificações na organização administrativa federal que não impliquem aumento de despesas, porém sem criar ou extinguir órgãos, ainda que possa extinguir funções ou cargos públicos declarados

¹ CARVALHO FILHO, Manual..., cit.

² DI PIETRO, Direito Administrativo, cit.

vagos. Assim como ocorre com leis que criam ou extinguem órgãos, o decreto de organização administrativa é um ato de efeitos concretos, sem caráter normativo.

Em relação à criação e extinção de órgãos públicos integrantes das estruturas dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público, iniciativa legislativa cabe a cada um deles respectivamente, conforme dispõem os artigos 51, IV; 52, XIII; 96, I, b, d e II, b, c, d; 127, §2º, todos da Constituição Federal de 1988. Esta mesma autonomia de organização está prevista nas leis orgânicas da Magistratura e do Ministério Público.

Registre-se que, pelo **princípio da simetria**, a regra constitucional que reserva ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para a criação e extinção de órgãos da sua Administração deve ser aplicada a todos os entes federados, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, ao declarar in-constitucional lei estadual que atribuía a iniciativa ao Legislativo.³

Conforme será visto em tópico posterior, além dos órgãos podem existir, dentro da máquina estatal, **entidades administrativas** também criadas a partir de lei da iniciativa do Executivo, algumas com personalidade de direito público (autarquias), como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; outras com personalidade de direito privado (empresas estatais), a exemplo do Banco do Brasil S.A. e da Petrobrás S.A. Justamente por terem personalidade jurídica, tais entidades não são órgãos, integrando a chamada **Administração indireta**, a ser estudada em tópico posterior.

Só há um meio para saber se determinada estrutura de atuação administrativa é um órgão ou entidade: examinando o conteúdo da lei que lhe viabilizou a existência. Se o legislador deu-lhe personalidade jurídica, é uma entidade; se não, é um órgão. De nada adianta ater-se à nomenclatura para buscar distinguir órgão e entidade. Em direito, o nome por si só nada diz, e muitas vezes até engana. Há determinadas "superintendências" que são órgãos e outras que são entidades. Por exemplo, a Superintendência Regional da Polícia Federal na Bahia é um órgão local, subordinado ao Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça. Já a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) é uma pessoa jurídica (autarquia).

Importante frisar que o órgão não tem personalidade jurídica, pois é tão-somente uma parte do ente (ou entidade), no tocante às suas relações com terceiros, assim como no que tange à sua responsabilidade civil. Nas palavras de Celso Antônio,

*“os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os **agentes, enquanto titulares das respectivas competências**, os quais, de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos”.*⁴

Mas a ausência de personalidade jurídica não retira a importância da atuação dos órgãos como centros de competência administrativa. Enquanto no direito privado a capacidade para agir pressupõe a presença de um sujeito de direito (pessoas físicas e jurídicas), isso apre-

³ STF, ADI 1275/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 08/06/2007.

⁴ MELLO, Curso..., cit.

senta menor relevo no âmbito do direito público, onde “é frequente que os poderes e as competências sejam atribuídos a núcleos organizacionais que não têm personalidade jurídica”⁵. Por isso o Direito Administrativo reconhece certa autonomia jurídica aos órgãos para determinadas atividades, atribuindo-lhe poderes, direitos e deveres, tal como se pessoa jurídica fosse.

O fato de serem firmados contratos ou convênios em nome do órgão (inclusive com um CNPJ próprio, para facilitar o controle) por si só não o torna uma pessoa jurídica, porque os seus poderes se restringem apenas aos atos referentes à sua gestão administrativa, atuando como um centro de imputação jurídica da vontade da pessoa jurídica à qual pertence.

Muito já se discutiu sobre a natureza da relação existente entre um órgão e a pessoa jurídica da qual faz parte. Foram criadas basicamente três teorias:

- a) **teoria do mandato;**
- b) **teoria da representação;**
- c) **teoria da imputação.**

Iniciou-se construindo a tese de que o órgão representaria a pessoa jurídica, tal qual ocorre numa relação de mandato. Porém, as denominadas teorias do mandato e da representação não esclarecem adequadamente a situação jurídica dos órgãos, pois a vontade manifestada no âmbito do órgão não é senão a vontade da entidade à qual pertence.

Sob essa ótica, a atuação dos órgãos públicos é melhor explicada pela teoria do órgão, também chamada de **teoria da imputação**, idealizada pelo jurista Otto Gierke. Na verdade, a vontade que movimenta a Administração Pública somente pode ser a de seus agentes, as pessoas físicas inseridas na estrutura dos órgãos públicos. Por isso, é a lei que imputa juridicamente ao Estado a vontade do agente do órgão público, de modo que, agindo o órgão, está agindo a pessoa jurídica da qual ele faz parte. O órgão não tem juridicamente vontade própria, senão a vontade imputada à pessoa jurídica da qual faz parte, conforme previsto em lei. Mais acertado seria, então, dizer que o órgão *presenta* (e não *representa*) a pessoa jurídica.

Justamente por não terem personalidade jurídica, a regra geral é a de que os órgãos não possuem capacidade para atuar em juízo, sobretudo em ações versando sobre direitos patrimoniais, cuja responsabilidade é da pessoa jurídica da qual faz parte. Assim, por exemplo, se um cidadão sofre dano causado por um preposto da Polícia Militar, órgão da Secretaria de Segurança Pública, eventual responsabilidade civil será direcionada ao respectivo Estado-membro. Este é que deverá figurar como réu no respectivo processo.

● ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A expressão **Administração Indireta** vem sendo utilizada no Brasil para designar o conjunto de entidades administrativas (com personalidade jurídica) criadas pelas pessoas políticas, em cada esfera da federação, integrando a sua respectiva máquina estatal. Assim, ao lado da Administração Direta, a União possui também uma *Administração Indireta*, o mesmo ocorrendo com os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios.

⁵ JUSTEN FILHO, Curso..., cit.

Como exemplo de entidades da Administração indireta federal, pode-se citar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Caixa Econômica Federal (CAIXA), a Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS), dentre muitos outros. São pessoas jurídicas, dotadas de autonomia administrativa, que não se confundem com a União (Administração Direta federal), apesar de estarem *vinculadas* a esta.

O tema da **Administração Indireta** apresenta-se como um dos mecanismos de *execução descentralizada* (**descentralização administrativa**), por meio da qual a entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) transfere a execução da atividade administrativa a outra entidade por ela criada, com personalidade jurídica.

Ressalte-se que, apesar dessa estreita relação com a chamada **descentralização administrativa funcional** (ou **por serviços**), cuja origem esteve no modelo francês de organização administrativa, o vocábulo “Administração Indireta” não foi utilizado na França, tendo chegado ao nosso direito por influência da doutrina italiana das autarquias e por ocasião da reforma administrativa implementada pelo Decreto-lei 200/67. Já há algum tempo, portanto, emprega-se em nosso direito positivo a divisão da máquina estatal entre a **Administração Direta** e a **Administração Indireta**.

Deve-se atentar que na legislação brasileira tais expressões foram empregadas estritamente no sentido subjetivo ou orgânico de Administração estatal - ou seja, com o fito de identificar, dentro da estrutura do Estado, qual o órgão ou entidade administrativa atuante - e não num sentido objetivo ou formal que leve em conta a natureza administrativa da atividade e o seu modo de execução. Por isso, ao menos no direito administrativo brasileiro, o conceito de **descentralização administrativa** é mais amplo do que o de **Administração Indireta**, porquanto há também entidades pertencentes a particulares (v.g. as concessionárias) que desempenham atividades administrativas em regime de colaboração, mas sem pertencerem à estrutura da Administração Indireta (tem-se, aí, a chamada descentralização administrativa **por colaboração**).

Em suma: quando a atividade administrativa é transferida a entes da Administração Indireta, configura-se a descentralização administrativa **funcional** (ou **por serviços**); quando a atividade administrativa é transferida a entes privados, tem-se a descentralização administrativa **por colaboração**.⁶

A criação de entidades da Administração Indireta é uma opção política que busca assegurar maior eficiência no funcionamento da máquina administrativa e ao mesmo tempo impede que todas as decisões fiquem a cargo do poder central do ente político, possibilitando com isso mais especialização técnica em cada área de atuação do Estado e a adoção de mecanismos decisórios mais democráticos.

São variados os regimes jurídicos dos entes estatais que compõem a Administração indireta, sendo que alguns deles têm personalidade jurídica de direito público (ex: autarquias), enquanto outros têm personalidade jurídica de direito privado (ex: sociedades de economia mista). As entidades estatais instituídas como pessoas jurídicas de direito público são **criadas por lei**, ao passo que as de direito privado têm a sua **criação autorizada em lei**. Vale dizer, enquanto a pessoa jurídica de direito público “nasce” com a simples publicação da lei que lhe

⁶ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas.

deu origem (*ex lege*), a entidade estatal com personalidade de direito privado, apesar de autorizada por lei, depende ainda do registro dos seus atos constitutivos, tal como ocorre com as pessoas jurídicas em geral, segundo a lei civil.

Como dito anteriormente, a criação de entidades da Administração indireta visa descentralizar funcionalmente a execução de certas atividades estatais, atribuindo-as a pessoas jurídicas dotadas de certa autonomia em relação ao poder central do ente político. Mas é preciso compreender em que consiste exatamente essa autonomia.

Etimologicamente, a expressão *autonomia* denota o poder de se dirigir e de tomar decisões próprias, sem interferência de terceiros. A origem da palavra vem da junção dos termos gregos *auto* (a si mesmo) e *nomos* (ordem, regra). Contudo, para evitar confusões quanto ao uso do verbete, é preciso primeiramente distinguir a **autonomia administrativa**, própria das entidades administrativas aqui estudadas, da **autonomia política** referente à organização constitucional do Estado brasileiro e reservada apenas aos entes políticos.

No sentido estrito, **autonomia** indica o poder de estabelecer o próprio direito, ou seja, de editar suas próprias leis de regência, e é neste sentido mais forte que a expressão vem empregada em nossa Constituição Federal de 1988, ao se destacar a capacidade **política** dos entes federados (art. 18). Logo, somente a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios usufruem de verdadeira **autonomia política**.

Por outro lado, é comum se utilizar a expressão num sentido mais fraco, destacando-se juridicamente graus variados de autonomia, bastando que se empregue um ou outro qualitativo que possa distinguir as situações. Assim, ao se falar especificamente em **autonomia administrativa**, enfoca-se tão-somente a capacidade de auto-administração de que dispõem as pessoas jurídicas possuidoras de uma estrutura hierárquica própria e separada da estrutura administrativa do poder central do ente político. Não se trata aí de autonomia naquele grau forte (**autonomia política**), mas de mero comando próprio na esfera da administração.

Enquanto a autonomia política é um fenômeno estudado pelo Direito Constitucional, referente ao momento inicial da organização do Estado e à divisão do poder político, a autonomia administrativa está relacionada a um momento posterior, de desempenho da atividade administrativa, o que é objeto específico do Direito Administrativo. Enquanto os entes políticos usufruem de autonomia política e administrativa, as demais entidades estatais apenas dispõem de autonomia administrativa.

A nota característica da autonomia administrativa das pessoas jurídicas da Administração Indireta está na ausência de subordinação em relação à Administração Direta. Vale dizer, não existe propriamente hierarquia entre o ente político e a pessoa jurídica por ele criada, não obstante ocorra aí um tipo específico de controle chamado **tutela administrativa** (ou **supervisão ministerial**).

Reside nesse ponto a distinção que também deve ser feita entre **hierarquia** e **tutela**. Enquanto na relação hierárquica o órgão inferior está subordinado ao ministério do qual faz parte, na tutela administrativa se diz que a entidade estatal apenas está **vinculada** ao ministério, expressão que denota um controle finalístico, menos rígido do que o controle hierárquico. Ao criar um órgão dentro da estrutura de um ministério, o legislador faz presumir a existência de subordinação entre eles, de modo que o órgão subordinado somente poderá agir no espaço delimitado pelo órgão superior. Já quando se cria uma entidade com personalidade jurídica

própria, cabe ao legislador indicar expressamente os parâmetros em que se operará a supervisão ministerial, fora do que o ente gozará de autonomia administrativa para agir.

Em síntese, o controle hierárquico se presume; o controle por tutela não.

“A tutela não se presume, pois só existe quando a lei a prevê; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organização administrativa do Estado.”⁷

“Se a tutela administrativa contrapõe-se à independência conferida por lei aos entes públicos descentralizados, somente um texto de lei poderá determinar seu exercício. A tutela não se presume; ela se constitui de uma soma de competências particulares atribuídas explicitamente por lei, que não podem ser acrescidas, nem por analogia.”⁸

Um último esclarecimento cabe ainda de ser feito. Em tópico anterior, ao tratarmos do tema da **Administração Direta**, falou-se na **desconcentração administrativa** como sendo a distribuição de funções na estrutura interna de uma mesma pessoa jurídica administrativa. Convém agora salientar que a desconcentração não é um fenômeno restrito ao âmbito da execução centralizada (Administração Direta). Haverá desconcentração onde houver distribuição de funções dentro de uma mesma pessoa jurídica, o que acontece não apenas no interior do próprio ente federativo (União, estados-membros, Distrito Federal ou municípios), como também no interior de qualquer entidade por ele criado e integrante da sua Administração Indireta. Assim, *v.g.*, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal (entidade com personalidade jurídica criada pela União), possui dentro de sua estrutura interior uma série de órgãos distribuídos por todo o país. Houve descentralização administrativa por ocasião da transferência de tarefas da União (pessoa jurídica) para o INSS (pessoa jurídica). Não obstante, a distribuição de tarefas entre os órgãos internos (despersonalizados) do INSS consubstancia uma desconcentração administrativa.

● AUTARQUIAS

Na evolução histórica do fenômeno da descentralização administrativa funcional, as autarquias foram os primeiros entes administrativos criados pelo Estado. Na França, dita descentralização teve início com a instituição de serviços públicos dotados de personalidade jurídica, como centros autônomos de decisão denominados *estabelecimentos públicos administrativos*. No Brasil, por influência da doutrina italiana, tal categoria veio a ser chamada de *autarquia*.

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público interno criadas por lei específica para desempenharem atividades estatais típicas, com autonomia administrativa em relação ao poder central do Estado.

Sendo **pessoas jurídica de direito público**, submetem-se ao mesmo regime jurídico de direito público aplicável à Administração Direta dos entes políticos. Essa é a regra geral dentre as criaturas do Estado, que somente por exceção poderá criar pessoas jurídicas regidas por normas de direito privado, tendo de haver expressa disposição em lei nesse sentido, caso contrário presume-se a aplicação de normas publicistas. Como explica Celso Antônio, "não se pode pressupor o caráter privado em uma criatura estatal. Para que se entendesse ocorrente esta última hipótese seria necessário que a própria lei responsável pelo surgimento da pessoa

⁷ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky.

declarasse de modo inequívoco a intenção de excepcionar a regra - o que não ocorreu. Com efeito, o normal, a regra, o princípio, só podem ser os de que o Estado cria pessoas para prosseguir objetivos públicos, cuja consecução se faz mediante regime jurídico similar ao que lhe cabe⁹.

A previsão de **criação por lei específica**, como consta no art. 37, XIX, da CF/88, faz com que cada autarquia seja estruturada tendo em conta as particularidades da sua área de atuação, obstando com isso a criação generalizada de autarquias em diferentes setores administrativos e por meio de uma única lei. Uma vez publicada a lei específica, advém daí diretamente a sua existência jurídica, sem necessidade de registro. Da mesma forma, a sua extinção também demanda lei no sentido formal.

As autarquias estão vocacionadas a desempenhar **atividades estatais típicas**, notadamente aquelas que consubstanciam exercício do poder de polícia e, portanto, demandam necessariamente a incidência de um regime jurídico de direito público. É o caso das atividades executadas pelo IBAMA, pelo CADE, pelo Banco Central do Brasil, dentre outras autarquias. Tais atividades a princípio seriam prestadas pelo próprio ente político, através de seus órgãos da Administração direta, mas por opção legislativa resolveu-se atribuí-las a uma entidade administrativa especializada. A par do exercício de poder de polícia, há também autarquias voltadas para a prestação de serviços públicos e obras de interesse social, a exemplo do INSS e do DNOCS.

Não é conveniente haver regime autárquico em setores da atividade econômica comercial ou industrial, nos quais o Estado, podendo e resolvendo atuar, deverá recorrer a entidades dotadas de estrutura empresarial (empresas estatais), previstas em lei que expressamente declare a predominância do regime de direito privado. Neste ponto, discordamos da opinião de Hely Lopes ao considerar que *“as autarquias podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz”*¹⁰. Entendemos que se o Estado opta por atuar diretamente na área econômica, deve para tanto criar entidades empresariais regidas predominantemente por normas de direito privado, como previsto no art. 173, CF.

Seja como for, percebe-se que, sob o rótulo de **Administração Indireta**, enquadram-se diversas entidades estatais nem sempre muito parecidas juridicamente, pois algumas delas estarão submetidas ao mesmo regime jurídico aplicado ao Estado (autarquias), enquanto outras deverão seguir predominantemente as normas gerais do direito privado (empresas estatais). Daí porque, à guisa de se destacar o conjunto de autarquias que atuam ao lado da Administração Direta, fala-se em **Administração Autárquica**, expressão que serve apenas para separar, no conjunto da Administração Indireta, o subconjunto integrado pelas autarquias.

Como já dito, a Administração autárquica segue em linhas gerais o mesmo regime jurídico de direito público aplicado a Administração direta, com destaque para aspectos essenciais relacionados ao regime de bens, regime de pessoal, prerrogativas processuais, imunidades tributárias e outras particularidades que as diferenciam das pessoas jurídicas de direito privado.

Tal como acontece com a Administração Direta, as autarquias usufruem de um **regime de bens públicos** com características especiais tais como a **imprescritibilidade** e a **impenhorabilidade**, estando o seu patrimônio diretamente afetado a um fim de interesse coletivo, não

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

admitindo usucapião, nem podendo servir como direito real de garantia. Nesse campo, tanto a Administração direta quanto a autárquica integram o conceito de **Fazenda Pública**, expressão utilizada para designar o elemento patrimonial do Estado.

Nessa condição, as autarquias se beneficiam de **prerrogativas processuais**, tal como a remessa oficial das sentenças que lhes forem desfavoráveis (art. 496, CPC). As ações ajuizadas contra as autarquias sujeitam-se a prazo prescricional diferenciado (Decreto 20.910/32) e, como os seus bens não podem ser penhorados, as execuções judiciais hão de seguir o regime de precatório ou requisição de pequeno valor (art. 100, CF, e art. 910, CPC). Às autarquias se aplica também um regime diferenciado para cobrança de seus créditos, os quais, após um processo administrativo de cobrança, são inscritos diretamente em **dívida ativa** da Fazenda Pública, dispensando sentença condenatória e comportando de imediato a execução judicial mediante um rito específico de execução fiscal (Lei 6.830/80).

Quanto ao **regime de pessoal**, as atividades desempenhadas pelas autarquias, sobretudo quando exercem poder de polícia, faz com que o seu quadro funcional seja integrado por servidores **estatutários** em sua maioria detentores de cargos efetivos. É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 alterou a redação original do art. 39 da Constituição de 1988, acabando com a exigência de adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração direta e autárquica, pelo que a lei poderá fixar regimes jurídicos diversificados, estatutário ou contratual, a depender da atividade a ser desempenhada pelo agente. Porém, conforme abordaremos em capítulo posterior, o STF veio a declarar inconstitucional essa alteração, voltando a vigorar a exigência do regime jurídico único.¹¹

O legislador constitucional concedeu **imunidade tributária** para as autarquias, no que se refere aos impostos incidentes sobre seu patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, VI, *a*, e §2º, CF). A imunidade abrange todos os impostos que, direta ou indiretamente, atinjam o patrimônio da entidade, conforme decidiu o STF, inclusive quanto à não incidência do ICMS¹². Essa imunidade geral, porém, fica restrita apenas aos impostos. No tocante às taxas, só deixarão de ser exigidas se cada autarquia for beneficiada por uma lei específica que lhe confira isenção.

Os **dirigentes** das autarquias são designados pelo Chefe do Poder Executivo, a princípio sem ingerência de qualquer outro órgão (cargos de confiança, de livre nomeação e exoneração). Há casos, porém, em que a legislação ordinária vem a condicionar a indicação à prévia aprovação pelo Poder Legislativo, de maneira que a pessoa escolhida submete-se a uma sabatina perante os parlamentares, sem o que não se completa a sua escolha para o cargo. Tal condição é expressamente admitida pela Constituição Federal de 1988 (art. 52, CF), em nada afrontando o princípio da separação dos poderes, conforme inclusive já se posicionou a nossa Corte Suprema.

Com efeito, desde o julgamento da ADI 1949 MC/RS (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 18/11/99), o STF já havia sinalizado que

“diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 - à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III -, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal”.

¹¹ ADI 2135-4.

¹² RE 242.827/PE.

Restringindo esse entendimento às autarquias e fundações de direito público, afastou-se tal possibilidade em relação às empresas estatais tratadas no art. 173 da Carta Magna, reputando

*“ilegítima a mesma intervenção parlamentar no processo de provimento da direção das entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista da administração indireta dos Estados”.*¹³

Grande discussão se estabeleceu, todavia, no tocante à possibilidade de se permitir ou não a livre demissão de agentes nomeados para exercerem mandatos como dirigentes de autarquias, questão sobre a qual a Carta Magna silencia. O tema é antigo e o posicionamento inicial do STF, antes da CF/88, era pela plena possibilidade¹⁴, salvo em relação aos reitores das universidades públicas¹⁵. Mais recentemente, ante as peculiaridades de algumas autarquias especiais, o tema voltou à baila, havendo o STF mitigado a sua anterior orientação, passando a considerar incabível tal demissão, conforme será abordado em tópico posterior acerca das agências reguladoras.

A doutrina aponta basicamente duas classificações para as autarquias, a primeira levando em conta o aparelhamento estatal a que pertencem, e a segunda a finalidade por elas desempenhada.

Quanto ao primeiro aspecto, qualquer dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode criar autarquias próprias, que são, por isso, classificadas respectivamente como autarquias **federais, estaduais, distritais e municipais**.

No que diz respeito à finalidade para qual foram instituídas, as autarquias podem ser classificadas em territoriais, corporativas, fundacionais, assistenciais, previdenciárias, de controle e administrativas.

As **autarquias territoriais** têm por objeto a administração geral de uma área limitada do território nacional, como já ocorreu no Brasil com os territórios federais, que ainda podem ser eventualmente criados (art. 18, CF). Discordamos dessa classificação, pois tais territórios são instituídos para exercerem funções genéricas de administração pública, sem obediência ao princípio da especialidade que inspira a criação dos entes da Administração Indireta. Assim, a situação dos territórios melhor se enquadra na esfera da descentralização **geográfica**¹⁶ e não da descentralização funcional.

As **autarquias corporativas**, também chamadas de autarquias profissionais, são integradas por um agrupamento de indivíduos sob a forma de *conselhos*, voltados para a disciplina do exercício de uma atividade profissional regulamentada em lei (ex: entidades fiscalizadoras do exercício profissional – CREA, CRE, CRM, OAB). Não obstante, existe uma tendência atual de se localizar tais entidades fora do âmbito da Administração Indireta, já tendo o STF assim decidido ao menos em relação à OAB. Assim, alguns autores já preferem enquadrá-las como entidades **paraestatais** com personalidade jurídica de direito público. Existe inclusive um movimento visando instituir uma lei nacional de organização administrativa que situe os conselhos profissionais fora da máquina estatal.

¹³ ADI 2225/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/06/2000

¹⁴ **Súmula 25, STF**. A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.

¹⁵ **Súmula 47/STF**. Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.

¹⁶ DI PIETRO, *Parcerias...*, cit.

As **autarquias fundacionais** são criadas em razão de um serviço ou atividade específica com substrato patrimonial, isto é, com patrimônio afetado a determinado fim cultural ou educacional, como acontece com as universidades públicas. Tais autarquias geralmente são também qualificadas como fundações de direito público.

As **autarquias assistenciais** têm a sua atuação voltada para a área social, buscando prestar auxílio à população mais carente, bem como sanear desigualdades regionais. São

*“aquelas que visam a dispensar auxílio a regiões menos desenvolvidas ou a categorias sociais específicas, para o fim de minorar as desigualdades regionais e sociais, preceito, aliás, inscrito no art. 3º, III, da CF. Exemplos: a ADE-NE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste e a ADA – Agência de Desenvolvimento da Amazônia, o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária”.*¹⁷

As **autarquias previdenciárias** são aquelas que se dedicam à gestão dos serviços públicos voltados para a concessão dos benefícios da previdência social previstos em lei, tanto para os trabalhadores da iniciativa privada quanto para os servidores públicos. No âmbito do regime geral de previdência social, de titularidade exclusiva da União, a atividade fica a cargo do INSS. Já em se tratando de previdência dos servidores públicos, os demais entes políticos poderão instituir autarquias estaduais, distritais ou municipais para a gestão do atendimento previdenciário dos seus respectivos servidores.

As **autarquias de controle** são as que se dedicam especificamente à regulação das atividades econômicas e serviços públicos prestados por entidades da iniciativa privada, em regime de colaboração com o Estado. Destacam-se nessa categoria

*“as recém-criadas agências reguladoras, inseridas no conceito genérico de **agências autárquicas**, cuja função primordial consiste em exercer controle sobre as entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica por força de concessões e permissões de serviços públicos (descentralização por delegação negocial), como é o caso da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e da ANP (Agência Nacional do Petróleo)”.*¹⁸

Por fim, todas as demais autarquias que não se enquadrem numa das categorias acima identificadas, podem ser genericamente consideradas como **autarquias administrativas**, as quais

*“formam a categoria residual, ou seja, daquelas entidades que se destinam às varas atividades administrativas, inclusive de fiscalização, quando essa atribuição for da pessoa federativa a que estejam vinculadas. É o caso do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial); BACEN (Banco Central do Brasil); IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis)”.*¹⁹

Por fim, fala-se ainda em **autarquias especiais** (ou **sob regime especial**), distinguindo-as das autarquias comuns. O foco da diferenciação está em que tais autarquias possuem algumas prerrogativas específicas além daquelas que consubstanciam o regime geral das demais. Com efeito, nem todas as autarquias dispõem do mesmo grau de autonomia e, apesar de técnica-

¹⁷ CARVALHO FILHO, *Manual...*, cit.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ib idem*.

mente não existir hierarquia entre elas e o poder central, existem algumas com maior autonomia do que outras e que por isso são consideradas **especiais**.

Assinala-se três ordens de fatores que influenciam no grau de autonomia de uma autarquia:

*“O primeiro se relaciona com sua **estruturação organizacional**. A autarquia tem uma estrutura administrativa distinta da Administração direta. Mas seus órgãos de mais elevada hierarquia são providos por meio de decisões da Administração direta. Ou seja, o administrador da autarquia não é eleito pelo povo nem escolhido pelo Legislativo. É escolhido por uma autoridade da Administração direta (ainda que se admita a possibilidade de a lei subordinar o provimento a uma autorização do Senado Federal). Como regra, também cabe à mesma autoridade da Administração direta produzir o afastamento do administrador da autarquia. O segundo tem que ver com as **competências da autarquia**. A lei pode determinar que a autarquia seja titular de competências privativas, sem possibilidade de interferência da Administração direta sobre as escolhas adotadas. Mas é possível outra solução, em que as decisões da autarquia seriam revisáveis e alteráveis por determinação da Administração direta. Portanto, a solução adotada pela lei disciplinadora da autarquia importará maior ou menor autonomia. O terceiro se refere aos **recursos orçamentários** para a atuação autárquica. Em alguns casos, a lei prevê recursos próprios, vinculados necessariamente à autarquia. Assim se passa, por exemplo, quando a lei institui um tributo vinculado em prol da entidade. Mas há casos em que a autarquia dependerá do orçamento geral do ente a que se vincula. Isso significará redução da sua capacidade de formular escolhas autônomas. Em suma, a margem de autonomia de uma autarquia depende da disciplina adotada na lei que a instituiu”.²⁰*

Trata-se de um fenômeno que ocorreu em diversos países. Na França, por exemplo, ao lado dos tradicionais estabelecimentos públicos correspondentes às nossas autarquias, vieram sendo criadas algumas entidades dotadas de maior autonomia em relação à administração central, tratadas então como uma nova categoria, sob a designação de **autoridades administrativas independentes**. No Brasil, há algum tempo a expressão “autarquia especial” era empregada pela doutrina para destacar o papel das universidades públicas, por disporem de maior independência do que as autarquias em geral, haja vista a sua autonomia didático-científica. Depois, estendeu-se tal qualificação a outras autarquias que também desfrutariam de situação jurídica diferenciada em relação ao conjunto das autarquias comuns, gozando de maior poder e independência frente à Administração Direta. É o caso do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Em momento mais recente passou-se a utilizar a expressão para fazer referência às agências reguladoras.

Advirta-se, porém, não haver um critério objetivo e seguro que possa indicar quando exatamente uma autarquia se revela como “especial”, justamente por não existir uniformidade no regime jurídico de tais entidades. Logo,

“não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só

²⁰ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das 'agências reguladoras' em confronto com a generalidade das autarquias".²¹

Tudo dependerá do que dispuserem as leis que as instituírem.

Com exceção apenas do controle hierárquico pela Administração direta, as autarquias estão sujeitas aos mesmos mecanismos de controle interno e externo da Administração Pública, incluindo aí o exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

● FUNDAÇÕES PÚBLICAS

A fundação é uma entidade qualificada por um patrimônio destinado a determinado fim. As fundações estatais, como o próprio nome sugere, são aquelas instituídas pelo Estado.

O objeto das fundações estatais deverá sempre ter **caráter social**, razão pela qual

"jamais poderá o estado instituir fundações públicas quando pretender intervir no domínio econômico e atuar no mesmo plano em que fazem os particulares; para esse objetivo, já se viu, criará empresas públicas e sociedades de economia mista. O comum é que as fundações públicas se destinem às seguintes atividades: 1) assistência social; 2) assistência médica e hospitalar; 3) educação e ensino; 4) pesquisas; e 5) atividades culturais. Vejamos alguns exemplos de fundações na esfera federal: Fundação Escola de Administração Pública; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Fundação Casa de Rui Barbosa; Fundação Nacional do Índio, Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Fundação Nacional de Saúde e outras tantas ligadas à Administração".²²

É clássica a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica das fundações estatais, sobre se seriam pessoas de direito público ou de direito privado.

Para Hely Lopes somente poderiam existir fundações de direito privado, submetidas às regras do Direito Civil, opinião ancorada no disposto no Decreto-lei 200/67, com a alteração introduzida pela Lei 7596/87²³ e que encontrou reforço no texto da Constituição Federal de 1988, cujo art. 37, XIX, ao prever a instituição mediante autorização em lei (e não diretamente por lei), parece haver tratado as fundações estatais como pessoas jurídicas de direito privado.

Apesar disso, Maria Sylvia, assim como inúmeros outros autores, defende "a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado", sendo que,

"quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-las ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público (...) em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame de sua lei instituidora e dos respectivos estatutos".²⁴

²¹ MELLO, Curso..., cit.

²² CARVALHO FILHO, Manual..., cit.

²³ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, cit.

²⁴ DI PIETRO, Direito Administrativo, cit.

Celso Antônio, por sua vez, entende que

*“saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada”.*²⁵

Disso resulta que, como já se posicionou o Supremo Tribunal Federal,

*“nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime jurídico administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia”.*²⁶

Em suma, se de acordo com a lei instituidora a fundação estatal for **de direito público**, o seu regime jurídico será idêntico ao das autarquias, revelando-se como simples **autarquia fundacional**, designação correspondente a sua base estrutural, não havendo qualquer distinção no tocante à finalidade. Nesse caso, *“a própria lei dá nascimento à entidade, porque essa é a regra adotada para o nascimento da personalidade jurídica de pessoas jurídicas de direito público”.*²⁷ Tem-se, então, uma **fundação pública**.

Já se a fundação estatal for **de direito privado**, o seu regime será similar ao das empresas estatais, inclusive quanto à necessidade de registro dos seus atos constitutivos. Todavia, com elas não se confundem, pois enquanto a finalidade das fundações terá sempre caráter social e não lucrativo, as empresas estatais são criadas para intervir no domínio econômico ou prestar serviços públicos de natureza comercial ou industrial. Advirta-se que *“não pode haver fundação, ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que legalmente possa buscar uma finalidade de interesse privado, quando instituída pela Administração Pública”.*²⁸ Assim, mesmo quando instituída como pessoa jurídica de direito privado, a fundação estatal não se sujeitará inteiramente às regras do Direito Civil, submetendo-se também a normas do direito público, sobretudo no tocante a sua finalidade. Além disso, a exemplo do que ocorre com as fundações privadas, as áreas de atuação das fundações estatais de direito privado são definidas por lei complementar (art. 37, XIX, CF).

Noutro giro, José dos Santos critica o critério acima referido, entendendo que *“o regime administrativo não é causa da distinção, mas efeito dela”.*²⁹ Da mesma forma, seriam insatisfatórios os critérios baseados no desempenho de serviço estatal e na finalidade, haja vista que tanto as fundações de direito público quanto as de direito privado exercem atividade qualificada como serviço público não lucrativo.

Segundo o autor,

*“o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação reside na **origem dos recursos**, admitindo-se que serão fundações estatais de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orça-*

²⁵ MELLO, Curso..., cit.

²⁶ RE 101.126-RJ, RTJ 113/314; ADI 2.794, DJ de 30.03.2007.

²⁷ CARVALHO FILHO, Manual..., cit.

²⁸ GASPARINI, Manual..., cit.

²⁹ CARVALHO FILHO, Manual..., cit.

*mento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de direito privado serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros (...) como nos mais diversos exemplos que se têm verificado, seja em nível federal, seja em nível estadual, distrital e municipal, as fundações governamentais dependem diretamente do orçamento público e subsistem à custa dos recursos públicos oriundos do erário da respectiva pessoa política que as controla, será forçoso reconhecer que, à luz da distinção acima, restaram poucas dentre as fundações públicas que podem ser qualificadas como fundações governamentais de direito privado”.*³⁰

Frise-se que, seja qual for o seu regime jurídico, as fundações estatais dependem de lei específica para a sua criação ou extinção. Se forem regidas pelo direito público (fundações públicas), independem de registro público para existir, pois a lei por si só já lhe dá publicidade, como de resto ocorre com as demais entidades legalmente instituídas. Se forem regidas pelo direito privado (fundações governamentais), não é a lei que cria, mas apenas autoriza a criação do ente.

● EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Na Administração Pública Indireta, podemos destacar, ao lado da **Administração Autárquica** e da **Fundacional**, também a chamada **Administração Empresarial**, na qual o Estado atua como empresário no setor econômico.

Segundo Maria Sylvania Di Pietro, a expressão “empresa estatal” ou “empresa governamental” designa

*“todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, §5º, III, 173, §1º)”.*³¹

Além das empresas públicas e sociedades de economia mista, a expressão se estende às empresas subsidiárias, bem como outras empresas em que o Estado detenha o controle acionário, ainda que não participe efetivamente da sua gestão. Assim, a exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

Conforme veremos mais à frente, a criação de uma empresa estatal (seja ela empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária) encontra fundamento constitucional em duas hipóteses: **1)** ou a empresa será criada para prestar um **serviço público** de natureza comercial ou industrial (**art. 175, CF**); ou **2)** a empresa será criada para explorar **atividade econômica** por razões de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (**art. 173, CF**).

Recentemente, em cumprimento ao disposto no art. 173, §1º, CF, com a redação dada pela EC 19/1998, foi editada a **Lei 13.303/2016**, dispondo sobre o **estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias**, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Fed-

³⁰ *Idem.*

³¹ DI PIETRO, Maria Zanella Sylvania. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

ral e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

Enquanto as autarquias (pessoas jurídicas de direito público) são criadas diretamente por lei, independente de registro, as empresas estatais (pessoas jurídicas de direito privado) têm a sua **criação autorizada por lei**, dependendo ainda de registro de comércio. As espécies de empresas estatais tradicionalmente reconhecidas são as **empresas públicas** e as **sociedades de economia mista**, tendo o legislador brasileiro, desde a edição do DL 200/67, apontado definições para tais modalidades, em alguns aspectos já superadas pelo tempo ou sem a adequada precisão técnica.

Mas seja qual for a modalidade empregada, haverá sempre **pontos comuns** em todas as empresas estatais, a saber: são criadas ou extintas por **autorização legal** (art. 37, XIX, CF), com personalidade jurídica de direito privado, sujeitas a um regime híbrido em que algumas normas de direito privado são derogadas por normas de direito público, com empregados regidos pelas leis trabalhistas, vinculação a um fim específico definido em lei (especialidade) e desempenho de atividade de natureza econômica (sentido amplo), que poderá ser um serviço público comercial ou industrial ou uma atividade de intervenção direta no domínio econômico (atividade econômica em sentido estrito).

Quanto aos **pontos de distinção**, as empresas públicas são constituídas por capital inteiramente público, ainda que possa pertencer a distintos entes da federação. Já as sociedades de economia mista são constituídas de capital público e privado, tendo o Poder Público a participação majoritária na gestão da empresa. Por esta razão, no que toca à forma de organização e composição de capital, enquanto as empresas públicas podem ser organizadas sob qualquer das formas previstas na legislação civil (S/A, Ltda. etc.) ou em lei nacional específica, as sociedades de economia mista somente são constituídas sob a forma de sociedade anônima (S/A).

O mais comum é que a empresa pública pertença a uma única entidade federada, que integraliza todo o seu capital social, mantendo aí a forma de sociedade **unipessoal**. Não raro, porém, são criadas empresas públicas cujo capital pertence a mais de um ente estatal, havendo, além do ente instituidor, outros sócios governamentais minoritários (sociedade **pluripessoal**). É possível até mesmo que parte dos seus recursos seja capitalizado por meio de **ações**, assumindo a forma de sociedade anônima. Contudo, essas ações devem necessariamente pertencer a sócios governamentais com personalidade jurídica de direito público interno (entes federados ou autarquias) ou cujo capital seja inteiramente público (outra empresa pública), pois, se houver alguma participação acionária de capital privado, a entidade será uma sociedade de economia mista e não uma empresa pública.

Vale dizer, a sociedade de economia mista, sempre constituída como sociedade anônima, poderá ser uma companhia aberta ou fechada (conforme tenha ou não ações negociadas em bolsa de valores mobiliários). Já a empresa pública, caso venha excepcionalmente a adotar a forma de sociedade anônima, terá de ser necessariamente uma companhia fechada, porquanto suas ações somente poderão ser adquiridas por pessoas governamentais cujo capital seja inteiramente direito público.

São exemplos de empresas públicas, em âmbito federal, a Caixa Econômica Federal (CAIXA), a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a Casa da Moeda do Brasil, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), a Empresa Brasileira de Pesquisa

Agropecuária (EMBRAPA) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Dentre as sociedades de economia mista podemos citar o Banco do Brasil S/A (BB), a Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS), a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBRAER) e o Banco do Nordeste do Brasil (BNB).

A maioria das empresas estatais são instituídas para atuarem na área econômica, no mais das vezes em situação de concorrência com empresas privadas que operam no mesmo setor, sujeitando-se predominantemente ao mesmo regime jurídico destas (art. 173, §1º, II, CF) e sem gozar de privilégios a estas não extensíveis (art. 173, §2º, CF). Tal é o caso do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, naquilo que diz respeito à atividade comercial enquanto instituições financeiras. Há também estatais que desempenham serviços públicos em regime de monopólio, como é o caso da ECT (serviço postal) e da INFRAERO (infraestrutura aeroportuária), e por isso submetem-se a regime jurídico um pouco diferenciado em relação ao setor privado. É comum ainda que o Governo se valha das estruturas das suas empresas também para a implementação de políticas sociais ou o desempenho de serviços administrativos sob regime de direito público. Cite-se nessa situação o importante papel desempenhado pela Caixa Econômica Federal, quando executa planos de acesso à moradia popular (SFH) ou atua como agente operadora do FGTS.

Outro ponto de distinção que merece destaque diz respeito à competência jurisdicional para o exame de questões envolvendo empresas públicas federais. Segundo dispõe o art. 109, I, CF, tal caberá à Justiça Federal, ressalvadas apenas as ações de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Já quanto às sociedades de economia mista federais, a competência será sempre da Justiça Estadual, salvo quando a União intervém como assistente ou oponente, ou quando se tratar de questões eleitorais ou trabalhistas.

A teor da Súmula 517 do STF, *“as sociedades de economia mista só têm foro na justiça federal quando a União intervém como assistente ou oponente”*. Excepciona-se assim a regra geral de que *“é competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedades de economia mista”* (Súmula 556/ STF). Essa orientação jurisprudencial é reforçada ainda pela Súmula 42 do STJ, segundo a qual *“compete à justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”*. Convém ressaltar que, de acordo com a Súmula 150 do STJ, *“compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas públicas”*.

Em se tratando de atos praticados por administradores de empresas públicas e de sociedade de economia mista, ou até mesmo de entidades privadas, somente podem ser contestados por meio de mandado de segurança aqueles que são praticados na condição de **autoridade**, ou seja, quando o dirigente da pessoa jurídica, exercendo competência própria ou delegada, toma decisões regradas por normas de direito público, tal como ocorre nas deliberações sobre concurso público e licitações. Já quando a decisão envolver mera questão comercial referente à área-fim de atuação da empresa, o administrador não atua como autoridade. Como se extrai dos §§ 1º e 2º do art. 1º da atual lei do mandado de segurança (Lei 12.016/09), equiparam-se às autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público, somente no que disser respeito a essas atribuições. Outrossim, não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Saliente-se que, mesmo tendo as empresas estatais personalidade jurídica de direito privado, elas estão sujeitas ao influxo de algumas normas de direito público, sobretudo as previstas na própria Constituição Federal. O fato de não estarem integralmente regidas pelo direito público “*não equivale a afirmar que estejam abrangidas totalmente sob o direito privado*”³², como se particulares fossem.

Se a empresa estatal desempenhar atividade de natureza privada relacionada à intervenção no domínio econômico (**atividade econômica em sentido estrito**), por razões de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, aplica-se a regra do **art. 173, CF**. Se, por outro lado, a empresa estatal desempenhar atividade econômica assumida pelo Estado como **serviço público comercial ou industrial**, aplica-se a regra do **art. 175, CF**.

Celso Antônio salienta haver, portanto, **dois tipos fundamentais** de empresas públicas e sociedades de economia mista: “*exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas*”.

*“No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senioria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, II). (...) No segundo caso, quando a concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.”*³³

Maria Sylvia, no mesmo sentido, considera que

*“quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no art. 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio de norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita. Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo”.*³⁴

Cabe ressaltar, todavia, existirem empresas estatais exploradoras de atividades econômicas às quais não se aplica a regra do art. 173, § 1º, CF. São aquelas cuja área de atuação, apesar de não ser propriamente um serviço público, constitui atividade econômica **monopolizada** pelo Estado, por expressa previsão constitucional, tal como ocorre com algumas atividades relacionadas à exploração de recursos minerais (art. 177, CF). Nestes casos, as empresas estatais não atuam em regime de concorrência com outras empresas. Na linha de entendimento do STF, “*a norma do art. 173, §1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exer-*

³² JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

³³ MELLO, *Curso...*, cit.

³⁴ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

cem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade”.³⁵ Pode-se, assim, indicar **um terceiro tipo fundamental** de empresa estatal (além daqueles dois mencionados por Celso Antônio): as que desempenham atividades econômicas em regime de monopólio (**art. 177, CF**), cujo regime jurídico pode conter certas normas diferenciadas daquelas comumente aplicadas às empresas privadas.

Quanto às empresas estatais que desempenham serviços públicos, submetem-se como dito a um regime de direito público mais acentuado, equiparando-se à Fazenda Pública. Daí porque o STF reconheceu a imunidade tributária recíproca tanto em relação à ECT - Empresa de Correios e Telégrafos³⁶ quanto em relação à INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica³⁷. O mesmo vem sendo decidido em relação a empresas estaduais, quando prestadoras de serviços públicos, citando-se a Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia³⁸. Essa imunidade não se aplica às empresas estatais que exploram atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada, como acontece com o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e a Petrobrás, que não podem ter qualquer privilégio fiscal não extensivo à iniciativa privada (art. 173, §1º, II, CF).

Questiona-se que a ECT e a INFRAERO são empresas que, apesar de terem como função primordial o desempenho de serviço público, atualmente também exploram outras atividades econômicas, em relação às quais não haveria justificativa para a incidência do regime de direito público, tese que, todavia, não foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.³⁹

“Chegou-se a questionar a divisibilidade das operações, para subordinação a regime jurídico distinto de acordo com a natureza das atividades consideradas. Acabou por se reputar inviável, sob o prisma prático, a solução da dissociação de regimes jurídicos para uma e mesma entidade.”⁴⁰

Seja como for, percebe-se que, qualquer que seja a atividade desempenhada pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista (serviço público, atividade econômica ou ambos), o seu regime jurídico jamais será inteiramente de direito privado, pois sempre estarão submetidas, em maior ou menor grau conforme o caso, a normas de direito público. Será um **regime híbrido**, sempre havendo um **“mínimo de direito público”⁴¹**, ampliável em se tratando de prestadora de serviços públicos.

Na lição de José dos Santos,

*“quando se trata do aspecto relativo ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado, o que se ajusta bem à condição dessas entidades como instrumentos do Estado-empresário. É comum, portanto, a incidência de normas de Direito Civil ou de Direito Comercial, reguladoras que são das relações econômicas de direito privado. Aliás, essa é que deve ser a regra geral, o que se confirma pelo art. 173, § 1º, II, CF, que é peremptório ao estabelecer sua **sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas** quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Em outras palavras, não devem ter privilégios que as*

³⁵ RE 172.816.

³⁶ AI-AgR 690.242/SP.

³⁷ RE-AgR 363.412/BA.

³⁸ AC 1.550/RO.

³⁹ RE 229.696 e ADPF 46.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

⁴¹ *Idem*.

*beneficiem, sem serem estendidos às empresas privadas, pois que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. (...) Ao contrário, **incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo** resultante de sua vinculação à pessoa federativa. Não é sem razão, portanto, que várias normas constitucionais e legais regulam essa vinculação administrativa e institucional das entidades. Em nível constitucional, temos, por exemplo, o princípio da autorização legal para sua instituição (art. 37, XIX); o controle pelo Tribunal de Contas (art. 71); o controle e a fiscalização do Congresso Nacional (art. 49, X); a exigência de concurso público para ingresso de seus empregados (art. 37, II), a previsão de rubrica orçamentária (art. 165, §5º) e outras do gênero. Na verdade, a visão que se deve ter desse hibridismo do regime jurídico não chega a surpreender, porque ambas as pessoas administrativas têm, algumas vezes, realçado seu lado privado e, em outras ocasiões, seu aspecto público”.*⁴²

Não se deve confundir o regime de **privilégio** que caracteriza eventual exclusividade na prestação de um serviço público (ex: ECT) com o regime de **monopólio** sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado (ex: PETROBRAS).⁴³

Os **dirigentes** das empresas estatais são escolhidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo. E ao contrário do que pode ocorrer com as autarquias, não é possível que a lei condicione a escolha do dirigente a prévia aprovação do Poder Legislativo, conforme já se posicionou o STF.⁴⁴

Questão importante a destacar também é a possibilidade ou não de **falência** das empresas estatais. No tocante às sociedades de economia mista, o art. 242, Lei 6.404/76, previa que não se sujeitavam à falência. Não havendo menção às empresas públicas, entendia-se que a esta se aplicaria normalmente ao regime falimentar como qualquer outra empresa. A doutrina, contudo, excluía desse regime as empresas públicas prestadoras de serviço público. Ocorre que o referido dispositivo foi revogado pela Lei 10.303/01, passando a doutrina a entender que as sociedades de economia mista também deveriam se submeter ao regime falimentar, exceto as prestadoras de serviço público. Ou seja, apenas as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, porquanto submetidas ao regime obrigacional similar às demais empresas privadas (art. 173, CF), estariam sujeitas às regras comerciais de falência. As prestadoras de serviços públicos estariam fora desse regime, de modo que, em caso de insolvência, é razoável se reconhecer a responsabilidade subsidiária do respectivo ente político instituidor.⁴⁵

De outro lado, há juristas que afastam peremptoriamente a incidência do regime falimentar, qualquer que seja a atividade desempenhada pela empresa estatal, considerando que a sua extinção estaria sempre condicionada a uma autorização legal, condição esta incompatível com o rito da falência. Defendem, por conseguinte, a **responsabilidade subsidiária do ente político** controlador, em todos os casos, por aplicação da regra do art. 37, §6º, CF.⁴⁶

A polêmica acirrou-se com a edição da Lei 11.101/05, cujo art. 2º exclui do regime falimentar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, sem fazer distinção quanto à

⁴² CARVALHO FILHO, *Manual...*, cit.

⁴³ STF, ADPF 46, rel. p/ acórdão min. Eros Grau.

⁴⁴ ADI 1.642/MG.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, *Manual...*, cit.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

atividade. Não obstante, alguns autores seguem apontando a inconstitucionalidade dessa nova regra, por incompatibilidade com o art. 173, §1º, CF, eis que, estando as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas submetidas às regras comuns do direito comercial, seria um “*grande contrassenso aplicar a falência às empresas privadas e não admiti-la para as estatais que, segundo a Constituição, merecem o mesmo tratamento*”.⁴⁷

Por fim, a Lei 13.303/16 inovou ao reconhecer expressamente a **função social** da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como ao prever formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

● OUTRAS EMPRESAS COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL

Adverte-se que não basta a participação majoritária do Poder Público na entidade para que ela seja considerada uma sociedade de economia mista, sendo “*necessário que haja a participação na gestão da empresa e a intenção de fazer dela um instrumento de ação do Estado, manifestada por meio da lei instituidora e assegurada pela derrogação parcial do direito comum. Sem isso, haverá empresa estatal, mas não haverá sociedade de economia mista*”.⁴⁸ Significa dizer que podem existir empresas que, dadas as peculiaridades fáticas em que nelas se constituiu a participação estatal, não venham a se enquadrar nos conceitos de empresas públicas, sociedades de economia mista ou subsidiárias, por falta de lei assim prevendo.

Antigos precedentes jurisprudenciais reconhecem que, mesmo quando o Poder Público passa, por qualquer fato jurídico, a deter a maioria do capital da empresa (por exemplo, penhora de ações ou herança), esta não poderá ser considerada como sociedade de economia mista enquanto não houver a indispensável **autorização legal**.⁴⁹ É nesse contexto que alguns autores identificam as chamadas **empresas de cooperação**, entidades que passam ao controle do Poder Público **sem lei autorizadora específica**, mas que servem de instrumentos de participação pública na economia.

Como assinala Sérgio de Andréa Ferreira,

*“o Poder Público pode preferir, ao invés de instituir ou constituir empresas administrativas, integrantes da Administração Indireta e, desse modo, componentes da organização administrativa, criar, em **cooperação** com particulares, empresas que sejam instrumentos de participação pública na economia, mas sem a natureza de pessoas administrativas paraestatais. São as empresas, dessa nova espécie, de Direito Privado, mas tipicamente **paraadministrativas**, pois que situadas fora da Administração Pública, embora com essa relacionadas, com ela cooperando; e tampouco pertencendo ao setor econômico privado. A criação dessas empresas, ex novo ou por transformação de outras já existentes, insere-se, pois, no processo de descentralização administrativa denominada de descentralização por cooperação, expressão que bem caracteriza o sentido social do fenômeno, pela **co-participação** do Poder Público e dos particulares. Daí falar-se em **empresas de cooperação**. Muitas entidades de cooperação são empresas que passaram ao controle do Poder Público, por compra de ações ou desapropriação, mas que não reuniram os requisitos necessários à sua caracterização como empresas públicas*

⁴⁷ MARINELA, *Direito Administrativo*, cit.

⁴⁸ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

⁴⁹ Nesse sentido decidiu o STF, no RE 92.340-3-RJ, Relator: Ministro Soares Muñoz, DJ de 18.4.80.

*ou sociedades de economia mista. É o caso da LIGHT, da TELERJ, antes de suas privatizações”.*⁵⁰

Marçal Justen, por sua vez, fala em **empresas estatais de fato**, que seriam aquelas constituídas irregularmente no passado, isto é, sem autorização legal, mas que vieram desempenhando as suas atividades ao longo do tempo. Invocando o **princípio da aparência** e o da **boa-fé**, entende que tais empresas devem submeter-se às regras e princípios aplicáveis às empresas estatais regulares.⁵¹

Por fim, consoante dispõe o art. 71, CF, compete ao Tribunal de Contas da União:

Art. 71. (...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Comentando esse dispositivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que o controle do TCU *“alcança, pois, todas as empresas de que a União participe, majoritária ou minoritariamente”*.⁵²

⁵⁰ FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Empresas estatais, paraestatais e particulares com participação pública*. RDA 231/74.

⁵¹ JUSTEN FILHO, *Curso...*, cit.

⁵² DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

