

# Administração Pública<sup>1</sup>

Reis Friede\*

**Dentro do significado da expressão como entidades e órgãos administrativos, o artigo apresenta um estudo da Administração Pública, sobretudo do ponto de vista jurídico.**

A expressão *Administração Pública* possui, pelo menos, dois diferentes significados: entidades e órgãos administrativos, e função ou atividade administrativa.

O primeiro é o mais importante e traduz, em essência, o objeto de estudo do presente ensaio.

No Brasil, em particular, basicamente a Administração Pública é dividida em *Administração Pública direta* e *Administração Pública indireta*, com seus respectivos órgãos integrantes. Po-

rém é fundamental entendermos que tal divisão deve-se, sobretudo, ao processo de descentralização administrativa, levado a efeito pela Reforma Administrativa, por meio de três subprocessos básicos: a *descentralização burocrática* (desconcentração), a *descentralização institucional* e a *descentralização por cooperação*.

No Brasil, como em diversas outras nações ocidentais federadas, a organização administrativa federal peca pela excessiva concentração de atribuições nos órgãos de cúpula, agravada pela falta de racionalização dos trabalhos de coordenação dos serviços, ineficientes e morosos, o que contribuía, em última análise, para o retardo de decisões governamentais de importância, ab-

surda subordinação das atividades-fim às atividades-meio.

Tal anomalia, destacada por vários autores e estudiosos da época, como o professor Dr. José de Nazaré Teixeira Dias, um dos autores da reforma administrativa de 1967, contribuía para confundir as atividades de direção e de execução,<sup>2</sup> imprimindo elevado grau de ineficiência à Administração Pública, em face da sua crescente complexidade, de um lado, e maiores necessidades sociais, de outro.

Encorajado pelo relativo sucesso da descentralização em outros países ocidentais, o governo revolucionário, em 25 de fevereiro de 1967, editou o Decreto-Lei nº 200<sup>3</sup> criando a descentralização administrativa, determinan-

\* Mestre e Doutor em Direito Público.

<sup>1</sup> Selecionado pelo PADECEME.

<sup>2</sup> Atividades-fim e atividades-meio.

<sup>3</sup> Alterado, posteriormente, pelos Decretos-Leis nºs 900/69, 991/69 e 1.093/70, e pela Lei nº 6.036/74, Decreto-Lei nº 2.299/86 e Leis nºs 7.596/87 e 8.490/89, entre outras.

do claras divisões e distinções entre os níveis de direção e os níveis de execução, determinando, ainda, que os serviços que compõem a estrutura central de direção deveriam permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que pudessem, afinal, concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.<sup>4</sup> Criou, dessa forma, um verdadeiro *planetário administrativo*, nas palavras do professor Luciano B. de Andrade, reconhecendo, desde logo, a impossibilidade de o Estado continuar a realizar sozinho todas as tarefas que lhe incumbem para cumprimento de seus fins.

A reforma de 1967 dividiu a Administração Pública em direta e indireta. Com o advento da Constituição Federal de 1988, entretanto, a maioria dos autores entende que a Administração Pública passou a ser dividida em Administração Pública direta, indireta e fundacional.

A *descentralização burocrática*, também chamada *desconcentração*, é o pro-

cesso segundo o qual a Administração Pública distribui a diversos órgãos suas atribuições fundamentais. É baseado na descentralização burocrática que são criados órgãos autônomos dotados de poder para assinar referendos.

A *descentralização institucional* é a responsável direta pela criação das entidades integrantes da chamada Administração Pública indireta.

A *descentralização por cooperação* é a responsável pelo surgimento das pessoas pára-administrativas (entes de cooperação).

Deve ser observado, contudo, que o conceito das *entidades de cooperação* não é pacífico. Para Hely Lopes Meirelles, por exemplo, os entes de cooperação correspondem unicamente aos serviços sociais autônomos e às fundações de direito privado instituídas pelo poder público, estas somente até 1986, por força do Decreto-Lei nº 900/69, revogado em parte (derrogado), por força de lei nova. Para Sérgio de Andréa Ferreira, no entanto, os entes de cooperação compreendem tanto as entidades a que alude Hely Lopes Meirelles, como também as entidades desportivas, comi-

tês olímpicos, federações, entidades particulares de ensino, sindicatos e associações de moradores, entre outras.

## ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Na *Administração Pública direta*, o Estado é identificado como uma efetiva pessoa administrativa — possui a condição de sujeito ativo da função administrativa. A organização estatal, em particular, tem conotação típica, respaldando-se, em essência, no princípio maior da hierarquia, que vincula, em patamares, diversos órgãos administrativos. É usual a invocação ao símile da pirâmide, em cujo ápice se posiciona o órgão de hierarquia maior, estendendo-se até a base os de menor hierarquia.

A estrutura hierarquizada ordena o posicionamento dos órgãos, sem que os mesmos tenham personalidade jurídica própria. Com efeito, todos, sem exceção, confundem-se na personalidade jurídica pública do próprio Estado. Essa ausência de personalização implica unificação de responsabilidade na Administração Pública, que será sempre sujeito de direitos e deveres e que, por isso, responderá pelos atos

<sup>4</sup> Art. 10, § 1º e § 2º do Decreto-Lei nº 200/67.

praticados por seus agentes. É a chamada responsabilidade objetiva, onde não é necessário provar a culpa, como o é na responsabilidade subjetiva.<sup>5</sup>

## ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Na *Administração Pública indireta*, diversamente da Administração Pública direta, vamos detectar a existência de pessoas administrativas dotadas de sua própria personalidade jurídica e que atuam *iure proprio*, integrando relações jurídicas e não se confundindo com a pessoa estatal criadora.

Com características peculiares ditadas pela atipicidade maior ou menor da atividade que vão desempenhar, essas pessoas administrativas se engajam em três categorias de entidades que são: a das *autarquias*, a das *empresas públicas* e a das *sociedades de economia mista*.

Tais entidades são autônomas, vinculando-se à Administração direta por uma espécie de *ponte*, percorrida pela Administração Pública

com objetivo de supervisão e acompanhamento e, por isso, sem a tônica do autoritarismo.

No fundo, esse controle indireto é mais eficiente em termos de resultado, ficando os poderes de gestão entregues aos administradores, sem prejuízo do exercício de uma supervisão dinâmica por parte da autoridade administrativa, doutrinária e legalmente chamada de *tutela administrativa*.<sup>6</sup>

Originariamente, o Decreto-Lei nº 200/67 integrava, também, na Administração Pública indireta, as *fundações*, instituídas por lei federal, e de cujos recursos participe a União, equiparando-as às empresas públicas. Tal situação, no entanto, foi alterada pelo Decreto-Lei nº 900/69 que revogou o § 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67, ao declarar expressamente que essas fundações *não constituem entidade da Administração indireta*.

Porém, dado o aspecto previsto no art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67 (as *fundações* sujeitam-se à supervisão ministerial, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União), a lei reconhece às fundações insti-

tuidas ou mantidas pela União o caráter de entidade paraestatal, situando-a entre aqueles que realizam atividades públicas ou de interesse público, delegadas ou reconhecidas, sem ser autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista.

Em 1986, lei federal derogou o Decreto-Lei nº 900/69, reintegrando as fundações públicas na esfera da Administração Pública indireta. A Constituição de 1988, entretanto, tratou as fundações à parte, dentro da chamada *Administração Pública fundacional* (art. 37 da Constituição Federal de 1988), retirando-a, em nosso entender, novamente da esfera própria da Administração Pública indireta.

## Órgãos Integrantes da Administração Pública Indireta

Como já ressaltamos, a Administração Pública indireta nasceu da necessidade de descentralizar os órgãos da Administração, separando as atividades-fim do Estado das atividades-meio.

Nossa legislação criou basicamente três pessoas jurídicas, ou órgãos da Administração Pública indireta, sendo uma delas de Direito Público (autarquia) e as ou-

<sup>5</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, e art. 159 da Lei nº 3.071/16 (Código Civil), respectivamente.

<sup>6</sup> Art. 14 do Decreto-Lei nº 200/67.

tras duas de Direito Privado (empresa pública e sociedade de economia mista).

A diferença fundamental entre os três tipos repousa no fato de que as autarquias desempenham nitidamente função estatal, ao passo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem objetivos de natureza industrial ou comercial, tendo a primeira capital exclusivamente estatal, e a segunda capital misto: estatal (em sua maioria) e privado.

Entretanto, como advertem vários estudiosos do tema, nem sempre é fácil diferenciar os órgãos da Administração Pública indireta dentre os três tipos fundamentais criados pelo Decreto-Lei nº 200/67. Assim, por exemplo, era a situação de Furnas que não foi criada por lei e se encontrava vinculada à Eletrobrás. Não sendo, de forma alguma, uma sociedade de economia mista, muito menos era uma empresa pública, uma autarquia ou, ainda, uma fundação, o que demonstra, de forma sinérgica, que em matéria de Administração Pública indireta ainda reina uma verdadeira confusão jurídica. Mesmo decorridos mais de trinta anos do advento do

Decreto-Lei nº 200/67, sua força remodeladora ainda não se fez sentir em toda a sua plenitude, causando, ainda, grandes *sombras* de obscuridade e insensatez jurídica.

### **Autarquias**

Como bem salienta o nosso companheiro e amigo, recentemente falecido, A. B. Cotrim Neto, a palavra autarquia tem dois diferentes sentidos em nosso vocabulário. O primeiro diz respeito ao órgão da Administração Pública indireta que se traduz em *autogoverno*. O segundo possui um sentido econômico de *auto-suficiência* — são as autarquias do vernáculo tradicional.

Para o nosso estudo, entretanto, interessa tão-somente o primeiro sentido da palavra, que corresponde, especificamente, ao ente dotado de personalidade jurídica de Direito Público componente da Administração Pública indireta.

A caracterização do que sejam as autarquias, todavia, tem servido para profundos debates e controvérsias doutrinárias. Sem dúvida, um dos estudos mais complexos e atuais que existem entre nós a seu respeito é o de Celso Antônio, *Natureza e*

*Regime Jurídico das Autarquias*, que define essas entidades como *a pessoa de Direito Público exclusivamente administrativa*. Em que pese a autoridade do eminente professor, em coerência com as concepções que vêm sendo expostas sobre os serviços públicos, atividades administrativas e descentralização, não é possível adotar-se *in totum* esse conceito.

O problema referente à caracterização do que sejam as autarquias tendeu a resolver-se com a edição do Decreto-Lei nº 200/67, que desencadeou a reforma administrativa por ele objetivada. Porém, com o advento do Decreto-Lei nº 900/69, como outras legislações secundárias posteriores, as controvérsias renasceram, sobretudo com a existência de certa semelhança de características entre a autarquia e a empresa pública, particularmente por ser muito *impreciso* o conceito desta última.

A designação particular do professor Celso Antônio nesse especial, é, em verdade, pouco específica. Em essência, tomando as origens helênicas do vocábulo, também poderá dizer-se que as autarquias, *lato sensu*, cor-

respondem a uma pessoa jurídica criada pelo Estado para a perseguição de fim público. Mas, devido à complexidade da Administração Pública indireta, necessário se faz a redução do conceito de autarquia, adequando-a a seu tipo particular de instituição pública.

Santi Romano assim define a autarquia: *É uma forma específica da capacidade de Direito Público; mais concretamente é a capacidade de governar, por si, os próprios interesses, embora estes sejam concernentes também aos Estados.*

### **Traços fundamentais que caracterizam as autarquias**

Basicamente, quatro traços caracterizam as autarquias: ser uma criação do Estado; que a submete a um regime de Direito Público; e limita suas atividades a campo específico dos serviços públicos; proporcionando-lhe, ele mesmo, os meios de auto-realização.

As autarquias são as pessoas administrativas que se colocam mais próximas do Estado e, por isso, recebem um tratamento especial, con-

sistente em privilégios, garantias, parcelas de poderes administrativos e controle mais rígido.

O Decreto-Lei nº 200/67, como já ressaltamos, define a autarquia como o *serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para exercer atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*<sup>7</sup> Nesse sentido, a própria redação do art. 5º, I, do Decreto-Lei nº 200/67, resolveu em grande parte a situação conceitual e caracterizadora das autarquias, dada sua precisão quase que absoluta. A única restrição, como bem salienta Cotrim Neto, deve-se a não-inclusão da referência quanto à natureza jurídica de Direito Público das autarquias.

### **Características básicas de uma autarquia**

Como bem sabemos, a criação de autarquia depende de lei autorizativa, não podendo, pois, provir de simples ato administrativo, muito menos, obviamente, da iniciativa particular, porque é assunto incluído na reserva legal, embora sua

efetivação dependa de atos administrativos complementares. Por outro lado, quaisquer serviços públicos podem ser autarquizados e nada impede que entidades particulares sejam transformadas em autarquias, em virtude de lei.

Por se acharem as autarquias umbilicalmente ligadas ao Estado, sua personalidade jurídica é sempre de Direito Público, como públicos também são os seus bens. A autonomia de gestão, o patrimônio e a receita próprios decorrem, naturalmente, de sua personalização.

Autonomia, nesse contexto, significa a faculdade de conduzir os próprios negócios, dentro dos limites e condições fixados na lei — o que não a exime do controle estatal. Para esse fim, elas se vinculam ao Ministério em cuja área de competência se enquadra sua principal atividade.

A receita das autarquias pode provir de fontes próprias, que são indicadas na sua lei institucional, via de regra, contribuições compulsórias, ou rendas de seus bens e serviços, legados, doações, ou ainda podem ser alimentadas por recursos à conta do tesouro público.

<sup>7</sup> Art. 5º, I, do Decreto-Lei nº 200/67.

Está superada a tese de que os estados e municípios não podem criar autarquias, do mesmo modo que improcede a opinião dos que lhes negam a possibilidade de acionarem o Estado.<sup>8</sup>

As relações das autarquias com o Estado e com os administrados são as mesmas já apontadas no concernente aos órgãos públicos. Conforme o caso, podem ser de supervisão, negociais, prestacionais e jurisdicionais. O controle estatal é doutrinariamente conhecido sob o nome de *tutela administrativa* que, no plano federal, é legalmente batizado por *supervisão ministerial*.

### Principais classificações de autarquias

Várias têm sido as classificações propostas para as autarquias, atendendo-se aos critérios de suas finalidades ou às espécies de serviços que executam. Tirante a

classificação genérica (federais, estaduais e municipais), podem ser agrupadas em três tipos, em virtude de caracteres realmente distintivos e aplicações de ordem prática: territoriais; corporativas; e fundacionais.

As *autarquias territoriais* são as que têm por objetivo a administração geral de uma área limitada do território nacional e, por conseguinte, reúnem toda a sorte de serviços necessários aos interesses privativos daquela porção geográfica. Possuem, assim, capacidade genérica. No Brasil, os exemplos se constituem apenas dos antigos Territórios Federais, excetuando o de Fernando de Noronha.<sup>9</sup>

As *autarquias corporativas* são as integradas por um agrupamento de indivíduos, para a realização de um serviço que lhes é peculiar. São, em sua maioria, as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, como os Conselhos de Técnicos de Administração, Engenharia e Arquitetura, de Economistas, de Contabilidade e as Juntas Comerciais.<sup>10</sup> Nesse particular, é importante ressaltar que existe inegável controvérsia doutrinária que tende a restringir o conceito de autarquia corporativa,

como já advertimos, situando essas entidades (CREA, CTAE etc.) na categoria de *serviços sociais autônomos* e, por efeito, *entes de co- operação* não pertencentes direta ou indiretamente à Administração Pública.

A OAB, em particular, possuía a natureza jurídica de autarquia até a edição da Lei nº 8.906/94, que tornou efetivo seu novo Estatuto, em substituição à Lei nº 4.215/63. Sobre sua atual natureza, deve ser visto o art. 44 do novo EOAB, *verbis*: *A Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I — defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II — promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. § 2º*

<sup>8</sup> A esse especial propósito, vale observar o conceito legal da autarquia consignado no art. 77, § 2º, I, da *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*.

<sup>9</sup> Decreto-Lei nº 411, de 8 de janeiro de 1969.

<sup>10</sup> Lei nº 4.726, de 13 de janeiro de 1965, regulamentada pelo Decreto nº 57.651, de 19 de janeiro de 1966, art. 17.

*O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.*

As autarquias fundacionais são todas as restantes, criadas em razão de um serviço ou atividade específica, com substrato patrimonial. Oportuno é salientar que as autarquias fundacionais não se confundem com as fundações e, por efeito, não integram a denominada Administração Pública fundacional.

Por outro prisma, há ainda a considerar a existência de certas autarquias que poderiam ser chamadas menores, pois se situam dentro de outra autarquia maior. Essas podem formar, em seu conjunto, uma única autarquia ou se apresentarem individualizadas, cada uma de *per se*, compondo no todo um subsistema estrelar.

### **Empresas públicas**

A empresa pública faz parte da Administração Pública indireta, possuindo personalidade jurídica própria de Direito Privado. Difere, fundamentalmente, das autarquias, em face não só de sua personalidade jurídica de Direito Privado, como

<sup>11</sup> Art. 5º, II, com a redação do Decreto-Lei nº 900/69.

também pela sua forma de sociedade mercantil.

Em vista disso, segue-se que a empresa pública deve possuir um capital, que será constituído apenas por recursos públicos. Esse capital poderá ser exclusivo do Estado ou formado pela participação de outras entidades públicas internas ou mesmo de outras empresas públicas e sociedades de economia mista. O essencial, em todos os casos, é o caráter estatal de sua origem.

### **Noção básica de empresa pública**

O Decreto-Lei nº 200/67 considera empresa pública *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.*<sup>11</sup> Mas o art. 5º do Decreto-Lei nº 900 esclarece que, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Pú-

blico interno, bem como de entidades da Administração indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A circunstância de que as empresas públicas têm servido, primordialmente, de instrumento do mecanismo intervencionista no domínio econômico, e a redação dos dispositivos retromencionados podem deixar a impressão de que somente a União tem competência para instituí-las. Essa é a opinião do eminente professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em sua excelente e pioneira obra sobre o assunto, *Fundações e Empresas Públicas*, a qual, todavia, tem sido contestada, e com razão. Já foi referida a possibilidade de os estados, Distrito Federal e os municípios explorarem atividades econômicas, uma vez que não tenham finalidade interventiva. Acresce que não teria sentido o texto constitucional ao falar em empresa pública federal, se não admitisse a existência de empresas públicas estaduais e/ou municipais. Seriam, no dizer de Celso Antônio, empresas prestadoras de serviço, que as unidades federadas, por força de suas atribuições constitucionais, cumpre or-

ganizar e prestar. A isso acrescenta o argumento ponderável da execução de serviços que lhes sejam outorgados por concessão da pessoa pública competente.

Nunca é demais ressaltar que o Brasil é o único país em que existe a *empresa pública*, tal como caracterizada por Bilac Pinto: que tem a forma jurídica das empresas comerciais comuns; propriedade e direção exclusivamente estatais; personalidade jurídica de Direito Privado; finalidade econômica especializada. Não há na Itália nem na França a empresa pública tal como caracterizada em nosso País. Não há qualquer elemento em ambas as nações que permita identificar a expressão *empresa pública* como categoria jurídica una e homogênea. Os textos legislativos e regulamentares são praticamente inexistentes, muito diferente do Brasil, onde há o próprio Decreto-Lei nº 200 e as demais leis posteriores.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> No âmbito estadual, vale observar, em particular, o conceito legal de empresa pública previsto no art. 77, § 2º, II, da *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*.

<sup>13</sup> Art. 173, §§ 1º e 3º, da *Constituição Federal de 1988*.

<sup>14</sup> *Autarquias e Empresas Públicas*, artigo da *Revista de Informes Legislativos* nº 38.

### **Privilégios legais outorgados de forma específica às empresas públicas**

Em regra, as empresas públicas não recebem privilégios, exceto o foro especial — quanto às federais —, regendo-se as mesmas pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao Direito do Trabalho e ao das obrigações, e, quando não se tratar de atividade monopolizada, sujeitam-se ao mesmo regime tributário aplicável àquelas.<sup>13</sup>

Havendo autorização legal, a empresa pública pode constituir subsidiárias e, do mesmo modo que as autarquias, vincula-se ao Ministério pertinente, para efeito de supervisão. Sendo estaduais ou municipais, ou mesmo distrital, a supervisão (tutela) será exercida na forma da legislação local.

Além das atividades estritamente econômicas, existem empresas públicas que exercem outras, com elas correladas e para as quais adquirem, por delegação, parcelas dos poderes diretivo, normativo e de polícia, do que são exemplos o extinto Banco Nacional da Habitação e a Caixa Econômica Federal.

### **Sociedades de economia mista**

Por muito tempo, sustentou-se a tese de que as *sociedades de economia mista*, devido a suas características implícitas, estariam caindo no desfavor dos responsáveis pela composição das administrações modernas.

Mero equívoco, contudo, pois todos os relatos recentes, inclusive em compêndios administrativos, nos dão conta da multiplicação crescente de todas as formas empresariais lançadas pelo Estado, do qual a sociedade de economia mista não é exceção.

Na verdade, apenas, logo em seguida à Segunda Guerra Mundial, é que as sociedades de economia mista conheceram alguns descréditos, derivados dos preconceitos que se criaram contra os interesses de lucro do capital privado que se associava com o Estado, não havendo, hoje, qualquer motivo de peso para proclamar o declínio das entidades mistas, como bem salienta o professor A. B. Cotrim Neto.<sup>14</sup>

De forma geral, as sociedades de economia mista podem ser conceituadas como entidades integrantes da Administração Pública

indireta, de personalidade jurídica de Direito Privado, criadas por autorização legal, com forma de sociedade anônima e capital misto (público e privado).

Foi na França, onde a Constituição da IV República, em seu preâmbulo, declarava que todo o monopólio de fato ou serviço público nacional devia tornar-se propriedade nacional, que pareceu haver uma exclusão absoluta dessa forma de Administração Pública indireta, o que, em verdade, foi retomado anos depois, com a colaboração do capital privado em diversas empresas importantes como a *Air France*, fortalecendo a sociedade de economia mista como importante entidade da Administração Pública indireta.

### **Noção básica de sociedade de economia mista**

Muitas vezes, o Estado é levado, por motivos pragmáticos, a associar os seus capitais com capitais particulares, também para empreendimentos econômicos. Nem sempre, porém, a associação de capitais públicos com recursos financeiros privados,

numa empresa mercantil, faz surgir uma sociedade de economia mista. Essa associação pode provir de circunstâncias aleatórias, como nos casos de herança jacente, doações, legados, adjudicações de bens penhorados e outras eventualidades, em que o Poder Público se torna detentor de parte do capital de sociedades comerciais ou industriais. Entretanto, para que se dê a economia mista, é sempre necessário, antes de tudo, a sua criação em lei.

As sociedades de economia mista diferem, em essência, das empresas públicas exatamente por isto: exigem a participação de capitais particulares. Quanto à forma, será sempre de sociedade anônima, que é a que melhor se ajusta a essa combinação de recursos. A cota de participação privada pode ser de subscrição facultativa, como acontece em geral, mas também pode ser compulsória, como sucedeu, inicialmente, com a Petrobras, a Eletrobrás e outras.

Quando criadas pela União, a participação dos estados, do Distrito Federal e municípios se faz nas mesmas condições que os particulares. Essas unidades fe-

derativas, por sua vez, podem criar as próprias sociedades de economia mista, pelas mesmas razões ditas em relação às empresas públicas, contanto que observem a forma indicada (S.A.) e seja satisfeito o requisito da autorização legal, sem o que a empresa perde suas características de economia mista.

As sociedades de economia mista, mesmo federais, não possuem o privilégio de foro, assinalado com referência às empresas públicas, nem recebem delegação de poderes. De resto, estão sujeitas ao mesmo regime jurídico e tratamento tributário das empresas públicas ou tratamento empresarial comum, não se cogitando, quanto à tributação, se a atividade é ou não monopolizada.

A sua definição legal constante do art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67 padece de algumas imperfeições técnicas, mas atinge de fato seus objetivos imediatos: *entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade anônima, cujas*

*ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta.*

No que tange às sociedades de economia mista federais, o controle administrativo se processa por meio de sua vinculação e supervisão ministerial, cabendo à legislação estadual ou municipal, ou mesmo distrital, estabelecer a forma desse controle quanto às de sua instituição.

No âmbito estadual, vale consignar o conceito legal de sociedade de economia mista que se encontra previsto no art. 77, § 2<sup>o</sup>, III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

### **Controle acionário na sociedade de economia mista**

Muito se discutiu, em doutrina, sobre a proporcionalidade de participação dos capitais públicos e privados nas sociedades de economia mista. Isto é apenas um problema accidental. Não é a proporcionalidade que caracteriza a economia mista. Repita-se: seu traço fundamental é a criação em lei, permitindo a associação de

capitais no empreendimento. Na verdade, convém ao Estado manter o controle acionário, por questões de deseabilidade e resguardo do interesse público. Objetivamente, há razões pró e contra, o que leva a doutrina e a legislação a penderem ora para um, ora para outro lado. Nos dias atuais, tudo pesa a favor do controle acionário, sendo esta a orientação do Direito brasileiro, já preconizada pelos juristas, encampada nas leis específicas e consagrada pelo Decreto-Lei nº 200/67. E esta foi além, declarando que, quando a atividade for submetida ao regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.<sup>15</sup>

Como se sabe, o controle acionário nas sociedades anônimas advém da posse da maioria das ações ordinárias, que determina o capital votante. Infere-se que não estão as sociedades de economia mista impedidas de emitirem ações preferenciais, mas, para tanto, é necessário autorização legislativa, porque a fixação de seu capital, a forma de sua constituição e alterações subsequentes só podem provir da lei.

### **Fundações públicas**

A doutrina tradicional conceitua as fundações, de modo geral, como universalidade de bens e direitos geridas pela consecução dos deveres especificados pelo instituidor, que, no caso das fundações públicas, é o próprio poder público.

Conforme já mencionamos, as fundações integravam, originalmente, a Administração Pública indireta, entre 1967 e 1969, por força do Decreto-Lei nº 200/67. Com o advento do Decreto-Lei nº 900/69, todavia, as fundações foram retiradas da esfera própria da Administração Pública indireta para integrar os chamados entes de cooperação que, por seu turno, não integram a Administração Pública como um todo. A partir de 1986, por força de lei federal revogadora do Decreto-Lei nº 900/69, as fundações foram reincorporadas à Administração Pública indireta. Em 5 de outubro de 1988, com a promulgação do novo texto constitucional,<sup>16</sup> a maioria dos autores, por outro lado, passou a entender que foi criada uma nova classificação dentro do contexto específico da Administração Pública ao lado da Administração Pública direta e indireta.

<sup>15</sup> Art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>.

<sup>16</sup> Art. 37.

ta, a chamada *Administração Pública fundacional*.

É importante ressaltar, por outro prisma, que as fundações instituídas pelo Estado são equivalentes, em muito, às autarquias. Na Alemanha, em especial, a designação própria de fundação pública corresponde exatamente ao conceito de autarquia.

### **Noção básica de fundação**

*Fundações públicas, fundações administrativas, fundações governamentais e fundações instituídas pelo poder público* são expressões equivalentes, muito embora haja autores que procurem distinguir uma das outras como espécies diferentes. Todas elas constituem uma categoria única de entidades administrativas, cuja configuração está apenas no substrato de sua personalização e seu regime jurídico.

Conforme já se observou, o processo de personalização não é exclusivo aos agrupamentos humanos. Estende-se também às coisas que formem um conjunto autônomo com afetação a determinado objetivo. A de-

finição clássica e sintética de Clóvis Beviláqua de que *fundação é uma universalidade de bens personificados* é válida até certo ponto, pois existem outras *universitas bonorum* personalizadas que não são fundações.

Para que se possa falar em fundação, é preciso que haja um instituidor, que desvincule de seu patrimônio uma dotação de bens livres para a execução de atividades que visem a um fim específico em benefício da coletividade. Segue-se, naturalmente, que a fundação exija uma administração desses bens, um estatuto, e só adquira personalidade com o seu registro, observadas as cláusulas e condições impostas por lei.

Fundação pública ou administrativa é aquela cujo instituidor é o próprio Estado. Enquanto as fundações privadas podem ser criadas por ato de livre disposição, mediante escritura pública ou testamento, as administrativas dependem de autorização legal, pelo simples fato de que os poderes públicos não podem dispor de seus bens sem permissão legislativa. No processo de criação das fundações, o Estado, consoante lhe convém, se utiliza da sua faculdade

metodológica de adotar figuras e institutos de Direito Privado. Por isso, que as fundações administrativas têm personalidade de Direito Privado.

Aliás, muito se assemelham às autoridades fundacionais, como já ressaltamos, consistindo a diferença exclusivamente na natureza dessa personalidade.

Quanto ao seu tratamento jurídico, o Decreto-Lei nº 200/67, na redação original,<sup>17</sup> e o Decreto-Lei nº 900/69 são, segundo a doutrina, de um ilogismo a toda prova, exemplificados pela sua equiparação inicial às empresas públicas e a solução poética, dada pelos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 900, que conduziu a perplexidades e absurdos, tais como: a exclusão dessas entidades que são criadas pelo Estado, do âmbito da Administração; a afirmação do óbvio (gerência do patrimônio pelos órgãos de direção da fundação, segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação e objetivos não-lucrativos, que, por sua natureza, não possam ser executados satisfatoriamente por órgãos da Administração Federal, direta ou indireta); a exigência estapafúrdia de participação de re-

<sup>17</sup> § 2º do art. 4º.

cursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total; e a desavisada inadaptação da legislação civil<sup>18</sup> do Código Civil. Dessa montoeira de incongruências, no plano federal, resultam conseqüências aberrantes, muitas das quais finalmente corrigidas pela Constituição Federal de 1988, em sua previsão de

Administração Pública fundacional, ainda que, em seu aspecto fiscalizatório, as fundações públicas federais ainda estejam sujeitas, em princípio, à fiscalização do Ministério Público local.

Com vistas a seus fins imediatos, a figura das fundações, no Brasil, vem sendo utilizada, correntemente, para objetivos culturais (educação, ensino, pesquisa, difusão e comunicação), mas existem também algumas com outras finalidades sociais (saúde, benemerên-

cia, assistência etc.) e, até, etnológicas (como a FUNAI). Sem embargo da regra de que fundações não devem ter fins lucrativos, nada obsta a que exerçam atividades econômico-produtivas, revertendo, nesse caso, as rendas líquidas obtidas à revitalização de seu patrimônio e aprimoramento dos serviços.

As fundações administrativas, de resto, só gozam de regalias explicitadas na lei.



<sup>18</sup> Artigos 24 e seguintes do Código Civil.

**SEJAM PATRIOTAS, PORQUE A  
PÁTRIA É UM IMENSO TESOURO.  
LONGE DELA, O HOMEM SOFRE  
PELO MENOS SAUDADE. NELA,  
O INDIVÍDUO ESTÁ COMO SE  
ESTIVESSE EM CASA. QUEIRAM,  
TODAVIA, BEM AOS QUE VIEREM  
DE FORA, COM PENSAMENTOS  
NOBRES.**

(Melchiades Picanço)