UMA LEI DE NORMAS GERAIS PARA A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA: O REGIME JURÍDICO COMUM DAS ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO E AS EMPRESAS ESTATAIS

Carlos Ari Sundfeld

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.
Doutor (1991) e Mestre (1987) em direito administrativo pela PUC-SP.
Participou da concepção de diversas inovações legislativas relevantes, como a licitação por pregão, a Lei Geral de Telecomunicações, o modelo brasileiro de agência reguladora independente (ANATEL), as Leis Federal e Mineira de Parcerias Público-Privadas, a Lei Paulista de Processo Administrativo, e outras. Integrou, também, a comissão responsável pelo anteprojeto de lei de reforma da organização administrativa brasileira (2009).
Tem vários livros publicados.
Atualmente, é docente na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

Esta obra está submetida a uma licença Creative Commons

1. INTRODUÇÃO

Integrei, junto com Almiro do Couto e Silva, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Modesto e Sérgio Andréa Ferreira, comissão criada pelo Ministro do Planejamento em 2007 para, com absoluta independência e com caráter autoral, formular proposta para uma lei sobre organização administrativa, que pudesse suceder o decreto-lei 200, de 1967. A comissão trabalhou por 18 meses e, em julho de 2009, levou ao conhecimento público um anteprojeto.

Trata-se, a meu ver, de proposta capaz de trazer uma contribuição relevante ao debate da matéria – debate esse que precisa avançar no Brasil, e que hoje se encontra travado justamente pela falta de uma boa base – e que tem qualidade suficiente inclusive para ser submetida ao Congresso Nacional. É evidente que, em um trabalho conjunto desse tipo, o produto final resulta do consenso que se pôde obter, e provavelmente cada um dos membros da comissão, se retomasse a empreitada solitariamente, teria mudanças, acréscimos ou supressões a sugerir. Mas, como membro da comissão, assumo, sem prejuízo de opiniões pessoais, plena responsabilidade pelo conjunto do trabalho.

A exposição de motivos, também construída por consenso, contém a explicação geral do anteprojeto. É útil, porém, que uma análise mais detalhada seja oferecida pelos integrantes da comissão, para servir de referência nos futuros debates. Em virtude disso, todos se comprometeram a produzir suas explicações – já agora de caráter pessoal – para tópicos do anteprojeto que foram distribuídos a cada qual, segundo critérios de afinidade.

Esta é a razão do presente texto, cujo objetivo é, inicialmente, expor algumas idéias básicas sobre as razões que justificam uma lei geral sobre organização para toda a Administração Pública brasileira. A seguir, explicar a concepção de um regime jurídico comum para todas as entidades estatais de direito privado, incluindo empresas estatais e fundações estatais. Por fim, mencionar as novidades, contidas no anteprojeto, quanto aos conceitos relativos às empresas estatais, em ambas as modalidades: empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. RAZÕES E ORIENTAÇÕES DE UMA LEI DE NORMAS GERAIS PARA A ORGANIZAÇÃO DE TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

2.1. A NECESSIDADE DE CLAREZA CONCEITUAL E COMO ELA FOI BUSCADA

O anteprojeto contém normas gerais para toda a Administração brasileira, incluindo os Estados e Municípios. Há, quanto a isso, uma visão diferente da que inspirou o ainda vigente decreto-lei 200, de 1967, cujo conteúdo é mais limitado, pois ele organizou apenas a Administração Federal Direta e Indireta. Por que essa mudança?

Em primeiro lugar porque o *arcabouço conceitual* relativo à organização administrativa (classes e tipos de entidades, espécies de vínculos entre Administração Direta e Indireta e entre Estado e entidades não estatais) não pode existir apenas para a Administração Federal. Esse arcabouço é necessário à adequada incidência do regime constitucional de toda a Administração Pública, inclusive a Estadual e a Municipal. A definição das classes e tipos de pessoas jurídicas existentes em nosso Direito é tarefa do legislador nacional, tratando-se de matéria de direito civil e comercial, mesmo quando envolva as pessoas estatais (CF, art. 22, I). Isso é ainda mais evidente quanto às *entida-*

(cc) BY-NC-ND

des estatais de direito privado (empresas estatais e fundações estatais), reguladas especialmente nos arts. 15 a 26 do anteprojeto. Portanto, deve haver uma lei nacional instituindo esse arcabouço conceitual, que tem de ser unificado, não podendo variar de Estado para Estado, de Município para Município.

Em segundo lugar, atualmente cabe ao Congresso Nacional a edição de *normas gerais sobre licitação e contratação administrativa*, em todas as suas modalidades, para toda a Administração brasileira (art. 22, XXVII), e um dos focos do anteprojeto é modificar e completar a atual disciplina quanto a isso. A Comissão responsável pelo anteprojeto concluiu que a modificação é necessária, pois o regime amplamente unificado de licitações instaurado pela lei 8.666, de 1993, é um equívoco, que tornou a Administração brasileira ineficiente e gerou problemas muito graves de aplicação, dada a grande diferença de organização e atuação que existe entre as inúmeras entidades estatais.

Assim, o anteprojeto entrou no tema para criar um novo regime de licitações e contratações para as entidades estatais de direito privado (empresas estatais e fundações estatais), as quais poderão ter regulamentos próprios, nos seguintes casos: para qualquer empresa estatal não dependente e para as entidades estatais privadas dependentes (empresas estatais ou fundações estatais) que tenham celebrado contrato de autonomia com o órgão de supervisão do Executivo (art. 24). Há, no entanto, um conjunto de regras no próprio anteprojeto (nos vários incisos do art. 24) que se destinam a garantir que os processos de contratação respeitem um núcleo comum de soluções, de modo a realizar adequadamente os objetivos do art. 37, XXI, da Constituição.

Pode-se dizer, portanto, que, em matéria de licitações, o anteprojeto reduz muito a atual unificação nacional de regime, sem extingui-la por completo. Ademais, o anteprojeto complementa a legislação sobre contratações administrativas, ao regulamentar tema introduzido na Constituição pela Emenda 19, de 1998: o do contrato de autonomia, celebrado entre autoridades administrativas para ampliar a autonomia normal de órgãos ou entidades.

Mas por que é tão importante a reconstrução e modernização do arcabouço conceitual relativo à organização administrativa?

A tradição jurídica brasileira, que se estabeleceu a partir do Código Civil de 1916 e da consolidação de conceitos produzida pelo decreto-lei 200, de 1967, e mantida pela Constituição de 1988, é a de separar com rigidez o campo estatal do não estatal por meio de uma *distinção entre pessoas jurídicas estatais* (integrantes do Estado) e *pessoas jurídicas não estatais* (pertencentes ao setor privado). Por conta disso, não haverá segurança jurídica quanto aos regimes aplicáveis se a legislação não for capaz de traçar de modo adequado a *linha divisória entre os setores estatal e não estatal*.

Eis, portanto, um bom motivo para uma nova lei sobre organização do Estado: para aclarar os limites já existentes e, em alguns casos, para redefini-los. Para a tarefa de distinguir as entidades estatais das não estatais, o anteprojeto lançou mão da estratégia de trabalhar os conceitos de cada uma das entidades estatais (autarquias, empresas estatais e fundações estatais). Não serão entidades estatais as que não possuam as características mencionadas em cada um desses conceitos. A importância disto está em afastar a tendência, que se tem manifestado em muitos debates jurídicos, de querer aplicar regras específicas de entidades estatais a organizações de outro tipo, e isso só pelo fato de contarem com alguma participação estatal (ex.: empresas do setor privado com participação estatal minoritária no capital), de receberem recursos de origem direta ou indiretamente estatal (entidades de previdência fechada patrocinadas por empresas estatais, organizações sociais que recebem recursos do Estado por meio de contrato

(cc) BY-NC-ND

de gestão) ou de terem sido criadas por impulso oficial (ex.: entidades corporativas de fiscalização profissional e entidades do chamado Sistema S, isto é, os serviços sociais autônomos).

Para bem cumprir essa tarefa de separar o estatal do não estatal, o anteprojeto teve também de enfrentar o desafio de definir uma terceira classe: a das *entidades paraestatais*. Ela inclui as citadas entidades corporativas de fiscalização profissional e as do Sistema S. Ao fazê-lo, o anteprojeto inovou do ponto de vista da *arquitetura conceitual*, pois nem o decreto-lei 200, de 1967, nem o Código Civil, nem a Constituição trabalharam explicitamente com uma classificação em três classes: entidades estatais, paraestatais e não estatais. Todavia, a inovação é sobretudo arquitetônica pois, pelo ângulo do regime jurídico aplicável, há muito tempo a prática nos órgãos de controle, embora não uniforme, era a de aplicar, para as entidades que denominamos de paraestatais, um regime peculiar, que tem razões profundas e base constitucional, explícita ou implícita.

Outro desafio importante do anteprojeto foi enfrentado no art. 10: indicar os tipos de vínculos existentes entre entidades estatais e outras entidades (empresas ou não) que, por fortes que sejam, não têm o condão de inserir estas últimas na Administração Indireta, isto é, no rol de entidades estatais. A clareza quanto a isso é fundamental. É natural que o Estado mantenha vínculos profundos com diversas espécies de organizações e é natural também que isso tenha reflexos no regime jurídico dessas organizações, mas não é de modo algum correto que se queira tratá-las todas como se entidades estatais fossem. O regime jurídico das entidades estatais – que em alguns aspectos importantes vem traçado na própria Constituição e, no mais, tem sido construído pela legislação geral e específica – tem fundamentos próprios e é equivocado querer estendê-lo totalmente, por via de simples interpretação. Vale por todos o exemplo das organizações sociais criadas na década de 1990. São entidades colaboradoras do Estado, devem ter um regime jurídico coerente com essa condição, mas não é correto pensar que o único regime capaz dessa coerência seja o estatal.

Eis enunciado, portanto, um importante objetivo do anteprojeto: definir bem, para permitir distinções adequadas de regime jurídico. Definir as classes de entidades: estatais, paraestatais e não estatais. Definir os tipos de entidades existentes em cada classe. Na *classe das entidades estatais*: as entidades estatais de caráter político-administrativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios – art. 2.º); as autarquias (arts. 11 a 14) com as subclasses autarquia comum e autarquia especial (art. 14); as empresas estatais (arts. 15 a 18), com as subclasses empresa pública (art. 16) e sociedade de economia mista (art. 17); as fundações estatais (art. 19 a 20); e os consórcios públicos com personalidade de direito privado (art. 26). Na classe das *entidades paraestatais* (Título III): as corporações profissionais (art. 70) e os serviços sociais autônomos (art. 71). Na classe das *entidades não estatais relacionadas ao Estado*: as entidades de colaboração (arts. 73 a 82) e as entidades de que o Estado participa (art. 10, I, II, III e § 1.º).

2.2. A NECESSIDADE DE NOVOS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO NO BRASIL

Além de toda essa preocupação com a clareza conceitual, necessária a um tratamento jurídico adequado – e também claro – das situações distintas, o anteprojeto assume algum compromisso com modelos de organização para a Administração Pública no Brasil?

A resposta é positiva. Quanto a isso, a preocupação do anteprojeto é, de um lado, viabilizar a construção de uma organização estatal policêntrica e, de outro, melhorar o regime da relação entre o Estado e as entidades não estatais de colaboração.

(cc) BY-NC-ND

No tocante ao primeiro aspecto, o anteprojeto embute uma crítica à recorrente tendência brasileira de centralização, unificação e hierarquização de toda a Administração Pública, tanto Direta quanto Indireta. A proposta, portanto, é reverter esse quadro, viabilizando a existência de entidades verdadeiramente autônomas no interior do Estado.

No tocante ao segundo aspecto, a mensagem forte do anteprojeto está, desde logo, na criação da figura genérica de "entidades de colaboração da Administração" (entidades não estatais de fins não lucrativos com vínculo contratual de colaboração com o Estado), com o que se quer legitimar sua existência, contra a desconfiança de certos críticos de orientação estatizante, que não acreditam em entidades não estatais assumindo funções de relevância pública. Além disso, o anteprojeto trata do processo pelo qual o Estado escolhe e contrata essas entidades de colaboração, especialmente quando a relação é estabelecida no frouxo regime de convênio (lei 8.666, de 1993, art. 116). Quanto a isso, a novidade é a instituição de uma processualização geral na celebração de todos os contratos de colaboração. O claro objetivo é aumentar a qualidade da regulação jurídica desses vínculos, para permitir sua ampla e segura utilização.

Volto ao tema da autonomia de entidades no interior da máquina do Estado.

O anteprojeto emprega os conceitos de Administração Direta e Administração Indireta, que foram fincados em definitivo em nosso Direito pelo decreto-lei 200, de 1967, e depois constitucionalizados em 1988. Na Administração Indireta estão as entidades estatais (autarquias, empresas estatais e fundações estatais). Não há propriamente novidade nessa dicotomia, mas sim na retomada da concepção, que estava de algum modo esboçada no decreto-lei 200, de 1967, e que não conseguiu se impor na prática, de uma *administração policêntrica*.

Na vida quotidiana, a Administração brasileira jamais se afastou do modelo bonapartista, de inspiração militar, com suas características de centralização e de hierarquização. A interpretação e a aplicação que se tem dado às normas constitucionais e legais sempre procurou impedir, tanto quanto possível, a criação de múltiplos centros de decisão e de poder na Administração. Muitas têm sido as justificativas para isso, como a suposta necessidade de dar, às autoridades eleitas, poderes absolutos sobre toda a máquina estatal, de controlar os gastos públicos e de evitar irregularidades nos vários braços do Estado. O resultado disso tudo é que, na realidade, entidades da Administração Indireta têm sido tratadas, em muitas questões relevantes, de modo equivalente aos órgãos da Administração Direta.

As soluções do anteprojeto, sem conterem qualquer rompimento radical, procuram porém contribuir para a reversão dessa tendência. A mensagem é esta: não faz sentido querer tratar toda a Administração Pública como uma unidade, é importante permitir que ela se organize com muitos centros, dotados de graus variados de autonomia, com meios próprios de controle.

Por isso, alterando um arranjo infeliz do decreto-lei 200, de 1967, procurou-se distinguir com clareza (art. 45 e ss.) a supervisão que o Executivo faz de seus próprios órgãos (supervisão hierárquica) da que lhe cabe fazer sobre as entidades da Administração Indireta (supervisão por vinculação). Além disso, previu-se de modo explícito a possibilidade de existirem grupos de entidades estatais com vínculos de subsidiariedade entre si, permitindo que elas se liguem ao Executivo coletivamente – como grupo – e não necessariamente de modo individual. Isso foi feito no art. 9.º, que admite, p.ex., que uma universidade organizada como autarquia controle diretamente outras entidades (suas subsidiárias) na forma de autarquias, empresas estatais ou fundações estatais, formando um grupo de atuação coordenada.

(cc) BY-NC-ND

Mas não é só. Há, no anteprojeto, muitos preceitos destinados a garantir novos espaços de autonomia às entidades da Administração Indireta. São exemplos a autonomia para a auto-organização das autarquias (art. 13), a autonomia qualificada das autarquias especiais (art. 14), a autonomia orçamentária e financeira das entidades estatais privadas não dependentes (art. 22, §§ 1.º e 2º), a autonomia das entidades estatais privadas quanto à matéria de pessoal (art. 23, § 4.º), a previsão de regulamento próprio de contratações para certas entidades estatais privadas (art. 24), a regulamentação do contrato de autonomia como mecanismo para atribuição de autonomia para qualquer órgão ou entidade da Administração (arts. 27 a 32), o estabelecimento de limitações para o exercício da supervisão do Executivo sobre essas entidades (arts. 47 e 49) e o estabelecimento de limitações para as interferências dos órgãos de controle sobre essas entidades (arts. 50, parágrafo único, 51, 52 e 62, parágrafo único).

A meu ver, está aí o ponto em que o anteprojeto deve suscitar sua maior polêmica. Estamos preparados para uma Administração Indireta policêntrica ou continuaremos sonhando, 200 anos depois, com o Estado de Napoleão Bonaparte?

3. REGIME DAS ENTIDADES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO

A Administração Indireta é, segundo o art. 8.º do anteprojeto, integrada por *entidades estatais de direito público* (as autarquias) e por *entidades estatais de direito privado* (empresas estatais, fundações estatais com personalidade de direito privado e consórcios públicos com personalidade de direito privado).

As novidades do anteprojeto quanto a regime jurídico referem-se não às entidades de direito público, mas sim às de direito privado.

A primeira grande novidade está na reconstrução da figura da *fundação estatal de direito privado*. Para evitar as confusões terminológicas do passado, o anteprojeto procura deixar claro que o fato de uma entidade receber ou não o nome fantasia de fundação não tem relevância maior, pois o que importa são aspectos substanciais.

Fundação estatal é, em primeiro lugar, uma *entidade estatal*, controlada pelo Estado (veja-se o uso da idéia de "controle de fundação" no art. 9.º, § 1.º e seu desenvolvimento no art. 19). Em segundo lugar, é *entidade de fins não econômicos* (art. 19, *caput*), com o que se distingue das empresas estatais (art. 15, *caput*). Em terceiro lugar, é *pessoa jurídica de direito privado* (art. 19, *caput*), não de direito público.

E como reconhecer, diante de uma entidade concreta, se ela é de direito privado ou de direito público? Inicialmente, pela função. A entidade será de direito público se as competências a ela atribuídas pela lei forem "de natureza incompatível com a personalidade de direito privado" (art. 11, parágrafo único), por implicarem "poderes próprios do Estado" (art. 11, *caput*). Mas há outra função – a prestação de "serviço público" em sentido amplo que não envolva o manejo desses poderes – que pode ser exercida tanto por entidades de direito público, as autarquias (v. art. 11, *caput*), como por entidades de direito privado, as empresas estatais (art. 15, *caput*) e as fundações estatais. Assim, p.ex., a entidade estatal prestadora de serviço educacional tanto pode ser autarquia como pode ser fundação estatal. A função, nesse caso, não basta para identificar a natureza jurídica, se pública (de autarquia) ou privada (de fundação estatal). Aí a identificação tem de ser feita consultando-se a deliberação do legislador: se ele houver instituído diretamente a entidade, será autarquia, caso só a tenha autorizado, será fundação estatal (CF, art. 37, XIX); se houver mandado aplicar o regime estatutário para os servidores, a entidade será uma autarquia (pois não

(cc) BY-NC-ND

pode haver regime estatutário, que é de natureza pública, em entidade estatal de direito privado), mas se, ao contrário, houver previsto o regime celetista, o caso será de fundação estatal (pois se fosse autarquia o regime teria obrigatoriamente de ser o estatutário, segundo a CF, art. 39, *caput*, com a redação original repristinada em virtude da cautelar em ADIn 2.135-4).

A figura da fundação estatal de direito privado tem vivido uma crise grave, ao menos no âmbito da Administração Federal, desde a Constituição de 1988, cujos preceitos sobre "fundações" lançaram dúvida quanto à sua persistência em nosso Direito. Alguns chegaram a afirmar que todas as fundações criadas e mantidas pelo Estado teriam sido transformadas em autarquias. Porém, a maior parte da literatura e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se encaminharam no sentido de que, no regime constitucional de 1988, continuaram existindo fundações de direito público (autarquias com o nome de fundação) e fundações estatais de direito privado.

Quando, todavia, foi editada a lei do regime jurídico único dos servidores federais (8.112, de 1990), as referências nela contidas a "fundações públicas" (especialmente em seus arts. 1.º e 243) acabaram sendo erroneamente interpretadas como se incluíssem as fundações estatais de direito privado e, com isso, todos seus servidores acabaram se tornando ocupantes de cargos públicos estatutários. Por essa via, as fundações estatais de direito privado federais acabaram se tornando autarquias de fato (pessoas de direito público) com o nome de fundações. Esse movimento se tornou ainda mais irresistível uma vez que, tendo a Constituição de 1988 unificado o orçamento federal, as fundações mantidas pela União perderam a autonomia orçamentária de que no passado haviam desfrutado (art. 165, § 5.º, I). Assim, em matéria orçamentária e financeira ficaram em regime idêntico ao das autarquias. Isso explica porque, mesmo continuando a existir, em tese, a figura da fundação estatal de direito privado, ela deixou de ser usada na Administração Federal: é que as fundações existentes passaram a ser vistas como autarquias, pois se sujeitavam ao regime destas em dois pontos fundamentais, o regime funcional e o regime orçamentário-financeiro.

Pois bem. O primeiro objetivo do anteprojeto quanto ao tema é, como dito, recuperar a figura da fundação estatal de direito privado, afirmando de modo ostensivo sua existência. O segundo é sujeitar efetivamente essa entidade (a fundação de direito privado) ao regime que lhe é próprio: o regime estatal privado. Isso envolve o tratamento de dois aspectos: o estrutural e o da gestão. As *questões estruturais* relativas às fundações estatais – conceito, criação, registro, estatutos e extinção – estão disciplinadas na seção própria (arts. 19 e 20). Já as *normas sobre gestão* são as gerais aplicáveis a todas as entidades estatais de direito privado: empresas estatais e fundações (arts. 21 a 25).

No tema da gestão encontra-se, então, o terceiro objetivo notável do anteprojeto quanto à matéria: impedir que as fundações estatais de direito privado acabem sujeitas a um regime estatal com características incompatíveis com as necessidades de uma entidade privada. A estratégia para tanto foi construir um capítulo com normas de gestão unificadas para os dois tipos de entidades estatais de direito privado: as empresas e as fundações.

O ponto de partida dessa unificação foi o art. 21, claramente inspirado no art. 173, § 1.º, II, da Constituição. Empresas estatais e fundações estatais privadas sujeitam-se, em princípio, ao regime e aos direitos e obrigações *próprios das pessoas jurídicas de direito privado*, em matéria civil, comercial e trabalhista (art. 21, *caput*). Também em matéria de execução judicial de suas dívidas o anteprojeto quer garantir a incidência do regime comum, vedando expressamente a extensão, às entidades estatais privadas, dos privilégios da Fazenda Pública, que vem sendo feita pela jurisprudência. É esse o objetivo do art. 25.

(cc) BY-NC-ND

No mais, a seção relativa ao "regime das entidades estatais de direito privado" (arts. 21 a 26) se ocupa de dar cumprimento à decisão constitucional de submeter ao *regime estatal* todas as entidades estatais, mesmo de direito privado. Assim, a seção aplica e adapta, às entidades estatais privadas, o regime estatal orçamentário (art. 22), de pessoal (art. 23) e de contratações (art. 24). Ao fazê-lo, tenta evitar o excesso de burocratização e a perda de eficiência, tudo isso sem comprometer os controles estatais que a Constituição quis ver aplicados mesmo às entidades com personalidade privada.

Quanto ao tema do *regime orçamentário e financeiro*, o anteprojeto valeu-se de uma dicotomia já consagrada para o caso das empresas estatais, mas cuja aplicação é importante também quanto às fundações estatais. Trata-se da dicotomia *entidade estatal dependente e entidade estatal não dependente* (art. 22, § 3.º).

Fundações estatais cujas despesas de pessoal ou de custeio sejam supridas pelo orçamento têm, à semelhança das empresas estatais na mesma situação, de ser consideradas "entidades dependentes". As que suportem essas despesas com seus recursos próprios têm, também como as empresas estatais, de ser consideradas como "entidades não dependentes".

E qual a importância dessa dicotomia (dependente x não dependente) aplicada às duas categorias de entidades estatais privadas? Disciplinar coerentemente a questão da *autonomia orçamentária e financeira*, o que se procurou fazer no art. 22. Empresas e fundações estatais não dependentes têm autonomia e, por isso, fazem e aplicam seus próprios orçamentos (art. 22, § 2.º). Já as empresas e fundações estatais dependentes têm, em princípio, seu orçamento aprovado pela lei orçamentária anual (art. 22, *caput*). Mas – e aqui aparece outra novidade importante – caso essas entidades dependentes celebrem contrato de autonomia (na forma dos arts. 27 a 33), poderão adquirir autonomia quanto a esse aspecto, o orçamentário e financeiro (art. 22, § 1.º).

Quanto ao regime de pessoal, só pode ser o trabalhista, dada a personalidade privada tanto de empresas estatais como de fundações estatais (art. 23, *caput*). Mas as regras de admissão têm de ser as tipicamente estatais, por conta da exigência constitucional de concurso público, que lhes é aplicável (CF, art. 37, II). Daí os §§ 1.º a 6.º conterem regras para permitir a adaptação dessa exigência às entidades estatais privadas.

Quanto ao regime de licitações e contratações, como já foi dito anteriormente, o art. 24 do anteprojeto, em solução radicalmente oposta à da lei 8.666, de 1993, prevê a possibilidade de entidades estatais de direito privado terem regulamentos próprios, observados os parâmetros ali previstos (*caput*, incisos I a XII, e §§ 1.º e 2.º). Há, com relação a isso, evidente flexibilização do regime atual de licitação, cujo resultado prático tem sido muito ruim, e precisa de modificação urgente.

4. DAS EMPRESAS ESTATAIS

Quanto ao *regime* das empresas estatais, tudo o que havia de importante já foi mencionado no tópico anterior. Falta apenas referir as normas do anteprojeto que estabeleceram os *conceitos* a elas relativos (arts. 15 a 18).

Nesse aspecto, o anteprojeto buscou sobretudo uma modernização dos conceitos do velho decreto-lei 200, de 1967, que são anteriores ao advento da legislação das sociedades por ações, a qual deve agora ser considerada. Assim, o caráter estatal da sociedade de economia mista não mais deve estar vinculado à titularidade da metade mais um do capital votante, como no decreto-lei 200, de 1967, e sim ao *controle estatal estável*. Ademais, é preciso compatibilizar os conceitos com as exigências decorrentes da Constituição de 1988, que impõe a consideração como empresa

(cc) BY-NC-ND

estatal também da empresa de que o Estado tenha controle apenas indireto, por ser subsidiária de outra empresa estatal.

O anteprojeto positiva a expressão *empresas estatais*, que está consagrada pelo uso, como gênero que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Ademais, conceitua essa figura, referindo-se a dois aspectos: o do controle e o das atividades exercidas. O mais importante é o do controle, direto e indireto, por entidade ou entidades estatais (art. 15, *caput*). Este se caracteriza pela titularidade de direitos que lhes assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações ou o poder de eleger a maioria dos administradores (§ 1.º). É o conceito de controle da lei das sociedades anônimas.

As espécies vêm definidas a seguir. *Empresas públicas* são as empresas estatais cujo capital é integralmente da titularidade de entidade ou entidades estatais, de direito público ou privado (art. 16, *caput*), sendo admissível a empresa unipessoal (art. 16, § 2.º). *Sociedades de economia mista* são as empresas estatais de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades não estatais (art. 17, *caput*), devendo adotar necessariamente a forma de sociedades anônimas e observar os critérios previstos na lei de autorização quando da admissão de sócios privados (art. 18, § 2.º).

Lembre-se que a mera participação estatal no capital de empresa não a torna empresa estatal, desde que não haja controle, no sentido indicado (art. 10, I). Também não integram a Administração Indireta, não sendo empresas estatais, a empresa que o Estado controle, direta ou indiretamente, *fora do território nacional*, sob a égide de legislação estrangeira (art. 10, II), bem assim as *empresas supranacionais*, de cujo capital a União participe, nos termos do tratado constitutivo, mesmo com controle (art. 10, § 1.º).

O mais são alguns detalhes operacionais. Empresa estatal pode nascer por constituição originária ou por assunção do controle de empresa já existente (art. 18, *caput*). Empresa do setor privado que se torna estatal, por seu controle ter sido adquirido pelo Estado, tem um prazo para se adaptar ao regime estatal (art. 18, § 3.º). Empresa do setor privado que o Estado assuma sem o ânimo de integrá-la à Administração Indireta deve sair do controle estatal até o fim do exercício financeiro subseqüente; do contrário, passará a sujeitar-se ao regime das empresas estatais (art. 15, § 2.º).

São Paulo, 14 de setembro de 2009.

(cc) BY-NC-ND