ADMINISTRAÇÃO DESCENTRALIZADA*

EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI**

1. Supervisão e tutela administrativa. 2. Autarquias municipais. 3. Empresas públicas municipais. 4. Sociedades de economia mista municipais. 5. Fundações públicas municipais.

1. *Supervisão e tutela administrativa*

A atual estrutura do Estado, no Brasil como em outros países, evoluiu rumo ao providencialismo social, que derruiu o abstencionismo do Estado liberal clássico.

Assim, o Estado neoliberal contemporâneo dinamizou-se e busca envolver, pragmaticamente, todas as atividades humanas em que possa, como *sujeito de direito,* concorrer para o bem público, por vezes desagasalhado pela iniciativa privada.

O Estado cresce em extensão e luta por não encolher em compreensão, como se diria em termos de lógica formal.

Avulta o problema crucial de assegurar ao Estado meios adequados para superintender seu tentacular gigantismo, espraiado na periferia de sua descentralização administrativa, a fim de subordiná-la rigidamente aos fins de interesse público que inspiraram sua eclosão.

Este problema crucial, a Reforma Administrativa Federal tentou teoricamente solver pela regulamentação minuciosa da supervisão ministerial, a que dedicou o Título IV do Decreto-lei federal nº 200, de 25 de fevereiro de

* Tese aprovada por unanimidade no II Encontro Nacional de Procuradores Municipais, em São Paulo, de 25 a 30 de janeiro de 1975.

** Procurador Municipal de São Paulo.

1967, parcialmente alterado pelo Decreto-lei federal nº 900, de 29 de setembro de 1969, paradigmas iniludíveis da Administração Pública Brasileira, nos três níveis — federal, estadual e municipal.

Eis os pontos focais a serem ora examinados e deduzidos: a) qual a exata conceituação de supervisão e de tutela administrativa? b) qual a aplicabilidade da tutela administrativa na órbita municipal, em harmonia com a legislação federal específica?

As indagações são de curial oportunidade, ante a velocidade com que os municípios, premidos pela legislação federal sobre áreas metropolitanas, realizam a descentralização por serviços, também denominada *especial, técnica* ou *por colaboração,*[1] grau mais avançado do *processus* descentralizante (apenas orgânico e político, nos graus iniciais).

Cumpre planar sobre a filosofia administrativa que informou a edição da Reforma Administrativa Federal, a fim de conferir a acepção e a funcionalidade almejadas para a supervisão, um dos instrumentos com que o Governo alvitrou realizar o propósito de obter "que o setor público possa operar com a eficiência da empresa privada".[2]

Em suma: buscou-se eficiência, obviamente sem qualquer veleidade de equiparação total de qualquer ente à empresa privada.

Buscar eficiência é procurar os resultados, a realização de fins públicos, a concreção da teleologia do direito público — o bem-estar social — ínsita nos artigos 70 a 72 da Constituição da República (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), especificamente nos itens I, II e III do artg. 71, que estabelece "sistema de controle interno" no Poder Executivo.

Resta clara a acepção finalística da supervisão, na Reforma Administrativa Federal, ao atentarmos a seu objetivo, delimitado no art. 25 do Decreto-lei federal nº 200/67. Ainda mais patente afigura-se-nos o finalismo da supervisão no art. 26 do mesmo decreto-lei, cuja transcrição se impõe:

"Art. 26. No que se refere à administração indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I — a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;

[1] Junior, José Cretella. Definição da tutela administrativa. *Rev. Dir. Adm.*, v. 96, p. 28-40, abr./jun. 1969.

[2] Presidente Castelo Branco. Mensagem presidencial de 1965, referindo-se à Reforma Administrativa Federal.

II — a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III — a eficiência administrativa;

IV — a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade."

De capital relevo, contudo, reveste-se o parágrafo único desse art. 26, ao estatuir que "a supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo ministro, dos representantes do Governo federal nas assembléias gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas assembléias e órgãos de administração ou controle;

f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;

g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;

h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

i) intervenção, por motivo de interesse público."

Dificilmente poderia o Decreto-lei nº 200/67 haver melhor provido a efetivação do controle, rígido e severamente, sobre a administração descentralizada, a que toca *somente autonomia de decisão imediata, com vistas à eficiência, jamais autonomia de decisão mediata, apenas cabente à Administração direta, em seu papel indeclinável e indelegável de conformar permanentemente a Administração Indireta ao fim de interesse público que lhe inspirou a evolução,* tanto mais carente de supervisão penetrante quanto mais periferica a entidade.

Essa orientação da Reforma Administrativa Federal foi bem ressaltada por J. de Nazaré T. Dias: "Realmente, a descentralização administrativa operada através das entidades da Administração Indireta *não importa em desligá-las da supervisão ministerial,* cujo objetivo precípuo consiste em verificar se o programa governamental está sendo cumprido, se a gestão da entidade se vem fazendo com proveito e, se não o vem, buscar meios de correção. Mas é preciso considerar que as entidades da Administração Indireta possuem, segundo a legislação que lhes é pertinente, seus órgãos de direção e de fiscalização, cuja autoridade deve ser prestigiada. *A supervisão ministerial se exerce, assim, através daqueles órgãos, sem prejuízo de o ministro, através dos órgãos centrais de seu ministério, acompanhar a execução pragmática e financeira das entidades descentralizadas."*[3]

Resulta evidente que a Administração Direta, no espírito da Reforma Administrativa Federal, recebeu notável reforço em seu poder-dever de supergerir os entes descentralizados, cuja autonomia se limitou à impulsão informal das decisões de mera gestão, *a posteriori* reexaminadas pelos órgãos centrais da Administração Direta, no tocante a vários aspectos, entre os quais sobreleva o do finalismo legal, particularizado no ato jurídico constitutivo do ente descentralizado.

Sobre a tendência envolvente da supervisão, ouçamos novamente J. de Nazaré T. Dias: "Como se vê, a simplificação e racionalização do sistema de controle definiram as condições em que ele se exercerá, interna e externamente, *preenchendo uma grande lacuna administrativa no que respeita ao controle interno e fortalecendo, de muito, o controle externo, já que o Tribunal de Contas ficou armado de autoridade e de instrumental que jamais possuiu."*[4]

Aliás, em conferência proferida a 11 de dezembro de 1966, no Tribunal de Contas de São Paulo, Dr. Hélio Beltrão (Ministro do Planejamento e Coordenação Geral) acentuou que seriam quatro os tipos principais de controle: a) controle administrativo; b) controle de resultados; c) controle programático; d) controle financeiro. E S. Exª definiu o controle administrativo como "o acompanhamento e a verificação da observância das normas administrativas em geral", bem assim o controle de resultados como "a verificação dos resultados alcançados ou que deixaram de o ser pelo administrador".

Extraem-se do exposto as seguintes conclusões básicas:

[3] Dias, J. de Nazaré T. *A reforma administrativa de 1967.* Rio de Janeiro, FGV, 1968. p. 86.

[4] Id. ibid. p. 163.

a) a Reforma Administrativa Federal, paradigma modelar (embora não tecnicamente obrigatório) para a Administração Municipal, *reforçou e ampliou o grau de penetração da supervisão da Administração Direta sobre a Indireta, a fim de conformar esta aos objetivos administrativos permanentes dos órgãos centrais, tutelares do finalismo social, consubstanciado na normatividade jurídica;*

b) a supervisão não se resume em mera apreciação estática dos aspectos formais extrínsecos das decisões da Administração Indireta, *mas verifica igualmente a axiologia intrínseca dessas decisões, no intento de comprovar sua capacidade dinâmica de concretizar substancialmente a teleologia legal, o mérito da lei, necessariamente entranhado na decisão eficaz;*

c) a Reforma Administrativa Federal plasmou a forma de alguns entes descentralizados em moldes de direito privado, *mas contrastou essa natureza jurídica pela maximização manifesta dos controles de direito público sobre os entes descentralizados, cuja substância (finalismo) é regida por princípios publicísticos, derrogatórios e exorbitantes do direito comum;*

d) teoricamente, o Decreto-lei federal nº 200/67 fixou minudentemente os meios de controle administrativo de que se deve valer a Administração Direta para coibir ou eliminar desvios da administração descentralizada; assim, na prática administrativa brasileira é crível aguardar-se que se extingam de vez os motivos que levaram o Ministro Mauro Renault Leite, do Tribunal de Contas da União, a observar que *"as empresas públicas podem levar o País a um caos administrativo"*,[5] asserção que demonstraria a *necessidade premente de exercitar-se todos os meios legais de supervisão da Administração Direta sobre a Indireta, com a penetração envolvente e típica que a lei já previu;*

e) cumpre que as administrações públicas, *mormente as municipais, efetivem* rigorosamente a diretriz da Reforma Administrativa Federal que prevê expressamente *e recomenda implicitamente a designação, pela autoridade, de representantes da Administração Direta nos órgãos de administração e controle das entidades descentralizadas,* consoante estatuem os itens *b* e *e* do parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei federal nº 200/67.

Extraídas essas conclusões, analisemos o instituto da tutela administrativa, correlacionando-a por fim à supervisão, em conclusões.

Noção basilar da tutela administrativa sobre entidades da administração descentralizada recolhemos da observação de Fritz Fleiner: "Os corpos da

[5] Cf. *O Estado de São Paulo,* 7 dez. 1974. p. 16.

Administração autônoma acham-se submetidos ao controle do Estado. O Estado zela, por um lado, para que não ultrapassem a esfera de sua competência, própria ou delegada; por outro lado, *para que cumpram suas atribuições e estejam prontos, a qualquer hora, a concretizá-las,* em particular sob o aspecto financeiro."[6]

Nesta assertiva evidencia-se a dualidade teleológica do controle administrativo sobre as entidades descentralizadas: a) por um lado, o controle realiza seu tradicional objetivo de verificar a legitimidade (legalidade) formal de decisões com relação à lei vigente; b) por outro, o controle concretiza o escopo fundamental de analisar a oportunidade e a conveniência da decisão, ou seja, o mérito substancial, conformando-o ou corrigindo-o nos parâmetros da lei e do interesse público.

Este segundo aspecto, que somente em rara exceção pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, por regra deve ser exercido pelo controle administrativo: nisto consiste um dos pináculos de sua função.

Aliás, já advertia Tito Prates da Fonseca: "Se o vício, a inobservância das condições do ato administrativo dizem respeito a normas ou princípios jurídicos, o defeito será de legitimidade. Se, ao invés, o ato é falho em relação a regras técnicas, critérios de oportunidade ou conveniência, normas de boa administração, o vício será de mérito."[7]

Se aquela advertência já era necessária há décadas, salienta-se contemporaneamente como imprescindível, ante a geométrica polimorfia da Administração Indireta, que torna atualíssimas as palavras de Rafael Bielsa, em prefácio a obra de Heredia: "Uma das vantagens da descentralização é precisamente o controle (*contralor*), quer dizer, a verificação da conformidade dos atos administrativos com a lei e o exame da conveniência desses atos ... Quando um ato se submete a uma autoridade exclusivamente para o fim do controle, esse ato é objeto de um novo exame, e tudo o que se vê ou se examina duas vezes resulta melhor, mais depurado e equilibrado. Por isso, todas as vantagens da descentralização, com o uso excessivo e inconveniente desse discricionarismo a que são tão propensos os corpos dirigentes dessas entidades, desaparecem, ao se converterem estas em umas 'pequeñas republiquetas', com a propensão a distribuir favores, a conceder altos vencimentos, a realizar atos de disposição financeira injustificados; em suma, a criar para si

[6] Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand.* 1973. p. 78. Apud: Junior, José Cretella. *Empresa pública.* São Paulo, 1973. p. 221.

[7] Apud: Sá, A. Nogueira de. *Do controle administrativo sobre as autarquias.* São Paulo, 1952. p. 70.

a sua própria lei. Pois bem, tudo isso não encontra senão um freio e um remédio: o dúplice controle da legalidade e de conveniência."[8]

Em que pese a asserção de que, "na acepção lógico-jurídica, a palavra controle designa um aspecto do agir humano, necessariamente secundário e acessório, objetivando a revisão, o reexame ou a verificação de uma atividade de caráter primário ou principal",[9] o fato é que o controle administrativo, especificamente a tutela administrativa, assumem abrangência e preponderância sempre crescentes, em teoria administrativa e, como se viu, na legislação brasileira já positivada (embora a prática diuturna por vezes não esteja à altura do direito positivo).

Decerto pode-se, no âmbito da ontologia, classificar a tutela administrativa como espécie do gênero supervisão. Indubitável é, porém, que essa classificação, compreensível em termos de lógica formal, esmaece em confronto com a verificação da moderna função da tutela administrativa, em seu dúplice mister de ... supervisão de legalidade e méritto, o que se abstrai indelevelmente da melhor doutrina administrativa.

Com efeito, mesmo em doutrina pura, o direito administrativo já superou, há muito tempo, a concepção da tutela administrativa como passiva revisão da legalidade extrínseca, para apontar como fulcro do instituto a ativa análise da legalidade intrínseca, ou seja, a comprovação (ainda que, em regra, *a posteriori*) de que decisões autônomas veiculam no cerne o fim de interesse público — o mérito administrativo — apontando ao hierarca máximo da Administração Direta a necessidade de correção eventual de decisões em que sobressaia desvio ou excesso de poder, bem como sugerindo-lhe até a formulação em tese de diretrizes gerais para a Administração Indireta.

Esta concepção ativa da tutela administrativa está óbvia na melhor doutrina: "Dentre os institutos encarregados de vigiar as atividades das pessoas jurídicas descentralizadas sobressai a tutela administrativa, instituto de vigilância jurídica ininterrupta, realizada pelo poder central, *sub jure,* sobre órgãos descentralizados, para que se garanta a consecução dos interesses do órgão tutelado. Emancipa-se, sem abandonar. Separa-se, sem desarticular. Cria-se nova pessoa, mas vinculada à primeira, novo órgão, porém, dentro do mesmo organismo, já que criador e criatura têm exatamente o mesmo fim

[8] Bielsa, Rafael. Prefácio a: Heredía, Horacio. *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos.* Buenos Aires, 1942. Apud: Sá, A. Nogueira de. *Do controle administrativo sobre as autarquias.* cit. p. 29.

[9] Berti, Giorgio & Tumiati, Leopoldo. *Contròllo amministrativi.* Enciclopedìa Giurídica, v. 10, *sub voce* contròllo.

em mira, são orientados pelos mesmos princípios informativos, os altos fins do Estado, a consecução do interesse público."[10]

Portanto, é nítido que a atual concepção da tutela administrativa é finalística, neste aspecto harmonizando-se perfeitamente com o conceito finalístico da Reforma Administrativa Federal, já sublinhado.

E inaceitável seria a alegação de que o controle de mérito, por via da tutela administrativa, poderia ferir a autonomia dos entes descentralizados, pois o controle de mérito apenas é cabível — evidentemente — se implicar "uma apreciação sobre o modo como a ação é proporcionada ao fim, ou seja, tendo-se em atenção se houve, ou deixou de haver, observância de norma de boa administração, mas, não, quanto à iniciativa da mesma ação".[11]

Contudo, se acaso ainda remanescesse alguma indagação sobre a dilatadíssima abrangência da moderna tutela administrativa, cuidaria Waline de dissipar a dúvida, pois afirma que a tutela administrativa é o "conjunto de fiscalizações que se exercem sobre uma pessoa administrativa descentralizada ou também, excepcionalmente, sobre uma pessoa de direito privado".[12]

Note-se: Waline referiu-se a "conjunto de fiscalizações" e a "pessoa de direito privado" ... Assim, não seria viável presumir-se que o legislador brasileiro, em 1967, baseou-se no amplo conceito de Waline, sobre tutela administrativa, ao estatuir a supervisão no Decreto-lei federal nº 200/67?

Forti leciona sinteticamente que "a tutela consiste numa fiscalização dirigida a corrigir a oportunidade da ação do ente fiscalizado".[13]

Realce-se que a tutela administrativa atua no campo econômico, como no jurídico, conforme salienta De Valles: "o ente se acha sob tutela, quando a ação fiscalizadora do Estado objetiva fazer com que sua ação corresponda a princípios de oportunidade e de economia".[14]

Por fim, remata incisivamente José Cretella Junior: "Definimos a tutela administrativa como o conjunto de poderes expressos em lei, mas limitados, que o Estado confere aos órgãos centrais a fim de que exerçam ininterrupta vigilância jurídica sobre os atos editados pelos órgãos ou pelos agentes das pessoas administrativas descentralizadas, territoriais ou institucionais, para

10 Junior, José Cretella. Definição da tutela administrativa. *Rev. Dir. Adm.*, v. 96, p. 30, abr./jun. 1969.

11 Sá, A. Nogueira de. op. cit. p. 76.

12 Waline. *Droit administratif*. 9. ed. 1963. p. 423.

13 Forti. *Lezioni di diritto amministrativo*. 1929. p. 99.

14 De Valles. *Elementi di diritto amministrativo*. 2. ed. 1951. p. 85, 3. ed. 1965.

garantir-lhes a legalidade e assegurar a consecução dos interesses coletivos."[15]

Afinal, deduz-se, das observações da melhor doutrina administrativa, que a tutela administrativa pode e deve superintender o conjunto orgânico da Administração Indireta, fixando-lhe, por contrasteamento ininterrupto, a uniformidade indispensável à consecução do interesse público, encarnado originariamente na Administração Direta e derivadamente em sua descentralização.

Embora a Administração Indireta possa assumir formas de direito privado, sua substância é necessariamente *sempre de direito público,* derrogatório e exorbitante do direito comum. Eis por que se legitima, política e juridicamente, que todo e qualquer ente descentralizado seja severa e ininterruptamente fiscalizado (administrativamente tutelado) pela Administração Direita, através de representantes (consultores) do Poder Central, que somente assim poderá, sem ferir a autonomia típica desses entes, harmonizá-los aos fins de interesse público, captados e interpretados programaticamente somente pelo ente político maior.

Assim será possível a autonomia articulada da Administração Indireta, cujas decisões sempre encontrarão, na tutela administrativa envolvente e ativa, o prisma refletor do interesse público social, idealizado abstratamente na lei, aplicado concretamente pela entidade descentralizada e, por fim, matizado pelo retoque sensível da tutela administrativa, da supervisão unificada e matriz de novos textos legais: portanto, a tutela administrativa eficaz complementa o círculo polarizador da formação e da aplicação do direito objetivo. Por isso, é indispensável à Administração Central.

Nessa linha de pensamento, propomos data vênia, as seguintes conclusões gerais da tese:

1. A tutela administrativa (ativa, penetrante e envolvente), conforme conceituada pela doutrina, foi implicitamente revigorada e acrescida, pela filosofia pragmática da Reforma Administrativa Federal, que fez despontar o instituto tutelar de direito público como o instrumento primordial de uniformização e controle das entidades descentralizadas, subordinando efetivamente sua autonomia ao fim social, encarnado na lei positivada pela Administração Central, fortalecida pela tutela administrativa eficaz.

2. A tutela administrativa possibilita à Administração Direta aquilatar minudentemente a conformação formal e axiológica da autonomia da Administração Indireta à substância legal, aumentando a incidência da eficácia da lei, em última análise da Administração Central.

[15] Junior, José Cretella. Definição da tutela administrativa. cit. p. 40.

3. O regime formal de direito privado, de alguns entes descentralizados, tem o necessário contrasteamento na dinamização da tutela administrativa, traço peculiar a infundir nesses entes o regime substancial de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum.

4. Nos três aparelhamentos administrativos — mormente no nível municipal — cumpre aplicar ampla e rigorosamente os meios de controle (tutela administrativa) previstos pelo Decreto-lei federal nº 200/67, positivando-se nos municípios legislação ampla que os regulamente; assim, na prática administrativa municipal espera-se que jamais ocorram distorções administrativas, como a oficialmente apontada pelo Governo na Administração Direta Federal, em 1967: "A Administração Direta está sendo esmagada porque o Governo se vê compelido a atender ao enorme aumento das despesas de pessoal da Administração Indireta, sobretudo das Empresas Públicas deficitárias."[16]

5. As Administrações Municipais devem efetivar ampla e rigorosamente a diretriz da Reforma Administrativa Federal que prevê e recomenda a designação de representantes da Administração Direta nos órgãos de controle dos entes descentralizados. Com este pressuposto, devem as Administrações Municipais, principalmente as de grande porte (como as das capitais dos estados) instituir, por texto legal próprio, maciços e envolventes órgãos de consultoria jurídico-administrativa da Administração Direta, para efetuarem a tutela administrativa de todos os entes descentralizados, além da própria consultoria jurídica da Administração Central, principalmente em direito administrativo urbano e metropolitano. Tanto quanto possível, deverá uma consultoria jurídico-administrativa municipal inserir-se, em municípos de grande porte, no âmbito de uma Procuradoria-Geral (cuja criação viabiliza-se até por decreto, com base no Ato Institucional nº 8, de 2 de abril de 1969).

6. A propósito da formulação de Consultoria, no âmbito de Procuradoria-Geral, apresenta-se e propõe-se aprovação de princípios gerais do anexo estudo, realizado ao final de 1974, por Comissão Técnica composta por três Procuradores Municipais de São Paulo: Drs. Irajá de Andrade Magalhães, Carlos Renato de Costa Netto e Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (autor desta tese). O estudo versou sobre "anteprojeto de decreto, relativo à Procuradoria-Geral do Município de São Paulo", tendo-se dividido em duas partes: a) exposição de motivos; b) texto de anteprojeto de decreto.

[16] Relatório da Comissão de Reajustamento de 1967. In: Dias, J. de Nazaré T. *A reforma*... cit. p. 215.

Cumpre-nos agora analisar sucintamente os característicos da tutela administrativa nos entes da Administração Indireta, particularizando-lhes as conclusões alcançadas.

2. *Autarquias municipais*

A noção angular da aplicabilidade da tutela administrativa, no seio das autarquias municipais, recolhemos da seguinte observação de José Cretella Junior: " 'Autonomia' é a possibilidade de selecionar para si mesmo regras de governo próprio, 'autarquia' é a faculdade de administrar-se, é auto-administração de acordo com normas fixadas por um poder central, auto-administração que não dispensa, antes forçosamente supõe, o contrasteamento de outro poder."[17]

Nesta noção, há dois aspectos a serem destacados: a) a autarquia dispõe de autonomia administrativa (auto-administração), mas não conta com a autonomia política (seleção de diretrizes gerais), que remanesce sob influxo criador e fiscalizador do ente público maior; b) a própria noção de auto-administração compõe-se da de "contrasteamento por outro poder", vigilância ininterrupta.

Eis o motivo de haver Buttgenbach sublinhado que, ao mesmo tempo que lhe preside o nascimento, o órgão central municipal estabelece um sistema de freios e contrapesos, controlando, fiscalizando, vigiando, tutelando os atos editados pela nova entidade. Condenado estaria o sistema se tivesse como conseqüência, mediata ou imediata, privar o município de todo direito de fiscalização sobre as pessoas e os serviços públicos por ele criados e beneficiados.[18]

Aliás, em se falando de autarquias, a tutela administrativa é um dos requisitos extrínsecos de sua existência (sendo o outro a criação legal e direta pelo Estado), como aponta José Cretella Junior.[19]

Como se concretiza, tradicionalmente, a tutela administrativa nas autarquias?

Indubitavelmente, pela via recursal administrativa.

A propósito, consigna Alberto Demicheli nada menos que seis figuras de recursos contra os atos ou resoluções de entes autônomos, mormente autar-

[17] Junior, José Cretella. *Dicionário de direito administrativo.* São Paulo, José Bushatsky Ed, 1972. p. 36. *sub voce* autarquia.

[18] Buttgenbach. *Manuel de droit administratif.* 1954. p. 114.

[19] Junior, José Cretella. *Dicionário* ... cit. p. 37.

quias: "1) por violação da Constituição ou das leis; 2) por violação dos regulamentos; 3) por violação das obrigações contratuais; 4) por desconhecimento de obrigações extracontratuais; 5) por protestos de eleições; 6) contra aquelas resoluções que não podem ser atacadas por qualquer dos recursos anteriores e que constituem motivo de recursos especiais estatuídos pela lei."[20]

Porém, além do âmbito recursal, cumpre ao Poder Central Municipal realizar a *posteriori* tutela administrativa *ex-officio,* independentemente de provocação, fiscalizando os refolhos extrínsecos e intrínsecos de todas as decisões de autarquias municipais, sob os ângulos de legitimidade e de mérito através de consultorias especializadas.

Para tanto, é necessário subsistirem limites nitidamente demarcados para a tutela administrativa, à qual apenas uma área estará interdita: a autonomia administrativa do ente autárquico.

Portanto, endossamos a observação de que, "entre outros, os limites concretos ao exercício da tutela administrativa são: o texto legal, as formalidades, o fim visado e os motivos determinantes".[21]

Em conclusão, propõe-se que, sempre e necessariamente, o ente público maior municipal deverá, por texto legal, estatuir sistema rígido de tutela administrativa sobre todas as autarquias municipais, através de consultorias diretamente subordinadas ao prefeito (ou à Secretaria Jurídica, onde houver), dotadas de competência funcional *ex-officio.*

3. *Empresas públicas municipais*

Tendência histórica subsiste, dia a dia mais evidente, no sentido de abarcar o Estado serviços comerciais ou industriais que, comumente executados na esfera privada, lentamente revestem-se de conotações publicistas, passando a ser considerados como de utilidade pública, traço que termina por preponderar sobre o de lucro.

Na esfera municipal, essa tendência tornou-se nítida há longos anos, sob a rubrica de municipalização de serviços públicos, definidos por Montemartini como "a produção direta, cujos custos são suportados pela Municipalidade, e que tem por objetivo a obtenção de produtos por preço unitário mais baixo do que aquele que poderia ser obtido se se recorresse a produtores particulares, que operassem em regime de livre concorrência".[22]

[20] Demicheli, Alberto. *Los entes autónomos.* Montevidéu, 1924. Apud: Sá, A. Nogueira de. *Do controle administrativo sobre as autarquias.* cit. p. 92.

[21] Junior, José Cretella. *Dicionário...* cit. p. 335. *sub voce* tutela administrativa.

[22] Montemartini. *Municipalizzacione dei pubblici servigi.* 1902. p. 49.

Pois nenhuma forma jurídica vem atendendo tão bem essa tendência como a de empresa pública, de índole privada no direito brasileiro (art. 5º, inciso II do Decreto-lei federal nº 200/67, alterado pelo Decreto-lei federal nº 900/69), mas revestida de indeléveis traços publicísticos: assim, é formalmente privatística e substancialmente publicista, por visar, em última análise, fim público, colimado em lei.

Essa sutilíssima e subjacente publicização da empresa pública de natureza privada revela-se pela evolução do direito positivo brasileiro, que, a princípio, criou a empresa pública para o desempenho de atividades de natureza empresarial (Decreto-lei nº 200/67, art. 5º, II) e, depois, para a exploração de atividade econômica (Decreto-lei nº 900/69, artigos 1º e 5º), tornando-a, portanto, um dos instrumentos da estratégia político-econômica do Estado.

Antes de considerarmos o aspecto fundamental da fiscalização administrativa sobre as empresas públicas, é mister solicitarmos o esclarecimento de José Cretella Junior sobre a possibilidade legal de criação de empresas públicas municipais: "Com efeito, levando-se em conta os preceitos do Decreto-lei nº 200 e do Decreto-lei nº 900, nada impediria que estados e municípios criassem empresas públicas, desde que não se contrariasse a legislação federal referente ao aspecto formal dessas entidades. Não haveria, por exemplo, a possibilidade de empresa pública estadual ou de empresa pública municipal, de um só associado, o que conflitaria com a lei das sociedades por ações. Seria interdito aos estados e municípios legislar sobre direito comercial; só seria possível a criação de empresas públicas, nessas duas esferas, com a participação mínima de sete sócios governamentais."[23]

Examinemos agora, ainda que rapidamente, o delicado e controvertido aspecto do controle administrativo sobre as empresas públicas.

Antes da Reforma Administrativa Federal (introduzida pelo Decreto-lei nº 200/67), a situação era caótica, como salientava o próprio Governo: "No que diz respeito às empresas públicas, ainda mal conceituadas no direito positivo brasileiro (tanto que as existentes são confundidas com as autarquias nos textos oficiais e no sistema de relações administrativas), a única aparência de controle ensaiada por parte do Governo consiste na faculdade de nomear os respectivos corpos dirigentes. Tampouco exerce o Governo federal qualquer tipo válido e digno de controle sobre as sociedades de economia mista, salvo a participação majoritária nas assembléias gerais e na eleição ou nomeação das diretorias respectivas. Em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, prepondera por igual o regime de completa

[23] Junior, José Cretella. *Empresa pública.* cit. p. 241.

liberdade. No que tange à estrutura, aos quadros de pessoal, às escalas de salários e aos planos de ação, as empresas públicas e as sociedades de economia mista gozam de amplitude de iniciativa tal que se descaracterizam como organismos imbuídos de *munus* público. Por outro lado, essa amplitude de ação muitas vezes é usada para estabelecer privilégios intoleráveis em benefício de minorias, ora para tomar iniciativas conflitantes com os interesses gerais, as diretrizes e os planos do Governo."[24]

Assinala José Cretella Junior que "não se estudou ainda, entre nós, como se fez, por exemplo, na França,[25] o problema do regime jurídico do exercício dos poderes tutelares do Estado sobre as empresas públicas."[26]

No entanto, conclui literalmente o professor titular de direito administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo: "Entretanto, já nosso direito positivo preceituou que todo e qualquer órgão da Administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, estendendo-se, pois, este preceito à empresa pública (Decreto lei nº 200, art. 19)."[27]

E sublinha Debbasch que, "sendo a finalidade das empresas públicas definidas pelo Estado, seus órgãos devem orientar e controlar as empresas".[28]

Todavia, a questão da tutela administrativa sobre as empresas públicas, aparentemente pacífica em doutrina e no direito positivo brasileiro, suscita intermináveis entrechoques na prática cotidiana, como se cabível fosse desfigurar ou ignorar a modelagem rígida e ampla que o instituto da tutela administrativa já mereceu no Decreto-lei nº 200/67. O fato é que, nos entes descentralizados de índole privada, especialmente na empresa pública (em cujo seio inexiste o atento capital privado), subsiste a estranha acepção de que a tutela administrativa não deveria existir (em vista da forma privada) ou, ao menos, deveria ser muitíssimo mais atenuada do que nas autarquias. E note-se que esta acepção por vezes procura situar-se em doutrina (motivo de nossa preocupação), em vista da tendência de alguns entes privados descentralizados a atuarem como quase independentes da Administração Direta, como se esta fosse apenas um sócio com muita pecúnia.

24 *Reforma administrativa federal.* Departamento de Imprensa Nacional, 1965. v. 3,.31.

25 Cf. Demichel, André. *Les contrôles de l'Etat sur les organismes privés.* Paris, 1960. 2 v.

26 Junior, José Cretella. *Empresa pública.* cit. p. 221-2.

27 Id. ibid. p. 222.

28 Debbasch. *Science administrative.* 1971. p. 349.

Puro engano esta acepção, inconcebível ante o direito positivo brasileiro, inaceitável perante a doutrina administrativa.

Na verdade, afirmamos, *data venia,* que a tutela administrativa, sobre qualquer ente privado descentralizado, deve ser ainda mais profunda e envolvente do que sobre as autarquias, exatamente para contrastar o maior grau de autonomia desses entes, especialmente da empresa pública, em que jamais haverá qualquer resquício de capital privado.

Lançamos esta afirmação contundente com base na melhor doutrina. Tomando-se a expressão controle administrativo ou tutela administrativa, em sentido estrito de fiscalização do Estado sobre atos editados pelos dirigentes das entidades por ele criadas, *observa-se, na empresa pública, a presença deste instituto, como característico do regime jurídico especial* desta entidade. Com efeito, se, desde 1946, qualquer cidadão era parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, e dos estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (Constituição de 1946, art. 141, § 38), ou seja, para intentar ação popular contra os diretores dessas entidades; se é cabível mandado de segurança contra violação de direito líquido e certo, ocasionado por ato dos dirigentes dessas entidades; se, na mesma linha, "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas", como ocorre em nossos dias (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 153, § 31); se a Lei nº 1 533, de 31 de dezembro de 1951, art. 1º § 1º, assegura a possibilidade de mandado de segurança contra diretores de sociedades de economia mista, por ilegalidade ou abuso de poder, é evidente que cabe o denominado recurso administrativo hierárquico impróprio ou recurso de tutela, dirigido à autoridade municipal competente, contra "ato administrativo editado por dirigente de empresas pública e que fira direito líquido e certo ou interesse do administrado".[29]

Assim, considerando o exposto, bem como as conclusões fixadas genericamente nesta tese, propomos, *data venia,* que, sempre e necessariamente, o ente público maior municipal deverá, por texto legal, estatuir sistema rígido e amplo de tutela administrativa sobre todas as empresas públicas municipais, através de consultorias diretamente subordinadas ao prefeito (ou à Secretaria Jurídica, onde houver), dotadas de competência funcional *ex-offício.*

[29] Junior, José Cretella. *Empresa pública.* cit. p. 223-4.

4. *Sociedades de economia mista municipais*

Exatamente porque o Decreto-lei federal nº 900/69, no art. 5º, admite a participação de entidades não-federais na constituição da empresa pública federal, infere-se a aplicabilidade dos Decretos-leis n.os 200/67 e 900/69 nas esferas estadual e municipal.

Assim, vale para o município a definição geral de sociedade de economia mista, consoante legislação federal vigente.

Definamos, pois, a sociedade de economia mista municipal como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica de peculiar interesse do município, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria ao município ou a entidade da administração indireta municipal.

Igualmente na conceituação da sociedade de economia mista, no direito positivo brasileiro, presenciou-se rápida evolução: conceituada como entidade criada para exercício de atividade de natureza mercantil no Decreto-lei nº 200/67, foi posteriormente alterada para entidade criada para exploração de atividade econômica pelo Decreto-lei nº 900/69.

Contudo, haveria algum indicador claro sobre aplicabilidade subsidiária do regime de direito público à sociedade de economa mista, principalmente no tocante ao controle administrativo?

A nosso ver, o melhor indicador ainda seria o Decreto-lei nº 200/67, artigos 13 e 19:

"Art. 13 — O controle das atividades da administração federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos. ..."
"Art. 19 — Todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do ministro de estado competente. ..."

Ainda mais incisivo é o parágrafo único do art. 27 do Decreto-lei nº 200/67:

"Assegurar-se-ão às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo."

É indubitável, pois, o fim de interesse público que informa a criação dessas entidades, inclusive a sociedade de economia mista.

Nesta linha, a legislação federal, obviamente aplicável aos municípios, seguiu as lições da doutrina.

Ao mesmo tempo pública e privada, no que concerne ao capital, a sociedade de economia mista é uma das formas adequadas para a consecução do interesse coletivo, visto revestir-se dos característicos de empresa industrial dirigida para fim de interesse coletivo e não apenas no interesse pecuniário do empresário.[30] Por isso mesmo, enfatiza o mesmo autor que "a aliança das pessoas públicas e das pessoas privadas, no serviço de interesse geral, deu nascimento a uma noção intermediária entre a noção de serviço público e a noção de empresa privada".[31]

Muito embora Vedel assinale que, em si mesma, "a sociedade de economia mista não é modo de gestão de serviço público, é modo de constituição de organismo que pode, eventualmente, gerir serviço público",[32] na realidade verifica-se, nas atividades de todas sociedades de economia mista, o indelével fim de interesse público, única motivação que conduziu o Estado a penetrar e a conservar-se no âmago da sociedade de economia mista, ou mesmo a criá-la.

Assim, compreende-se o contrasteamento, implícito na sucinta definição de Duez e Debeyre, para quem a sociedade de economia mista caracteriza-se por "uma certa participação financeira pública, no quadro de uma sociedade de direito comercial, *acompanhada de participação da autoridade pública, na gestão*".[33]

Ora, quem diz participação pública na gestão supõe — obviamente — controle administrativo da Administração Direta sobre a sociedade de economia mista, com o dúplice objetivo de: a) verificar a correta aplicação de capitais públicos; e b) verificar a exata aplicabilidade dos fins de interesse público, consubstanciados na lei e incorporados no ato jurídico constitutivo da sociedade de economia mista, pela simples decorrência da presença do Estado.

Conseqüentemente, em consonância às conclusões já formuladas nesta tese, propomos, *data venia*, que, sempre e necessariamente, o ente público maior municipal deverá, por texto legal, estatuir sistema amplo e flexível de tutela administrativa sobre todas as sociedades de economia mista municipais,

30 Lapie, Pierre Olivier. *L'Etat actionnaire*, 1955. p. 19.

31 Id. ibid. p. 7.

32 Vedel. *Droit administratif*. 4 ed. 1968. p. 714: cf. 5 ed. 1973. p. 832.

33 Duez & Debeyre. *Traité de droit administratif*. 1952. p. 579.

através de consultorias diretamente subordinadas ao prefeito (ou à Secretaria Jurídica, onde houver), dotadas de competência funcional *ex-officio.*

5. *Fundações públicas municipais*

Assinalam tratadistas de direito administrativo que o problema local de saber se o município pode criar fundações públicas está ligado ao problema mais amplo, da doutrina, da possibilidade jurídica da constituição das fundações de direito público.

"A qualificação da pessoa jurídica em pessoa de direito público ou privado não depende da origem do ente, conforme seja criado pela autoridade pública ou pela atividade privada, mas da finalidade para que o ente é instituído. Assim, muitas pessoas jurídicas públicas têm origem privada, como, por exemplo, todos os entes originados das fundações privadas, com vistas à beneficência ou à educação. Quando o fim de um ente é de interesse público, ele deve ser considerado de caráter público, qualquer que seja sua origem. As pessoas jurídicas de direito público classificam-se em corporações e fundações. As corporações são as *universitatis personarum,* as quais podem ter ou não caráter territorial. As fundações são as *universitatis bonorum.*"[34]

No Decreto-lei nº 200/67, as fundações haviam sido equiparadas às empresas públicas. Todavia, o art. 8º do Decreto-lei nº 900/69 eliminou essa equiparação, pura e simplesmente, pois revogou o § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67. Assinale-se, *a latere,* que essa revogação atendeu, mui provavelmente, à boa técnica jurídica, pois subsistia certa incongruência em equiparar um ente não econômico (fundação) a um ente dedicado a atividades de natureza empresarial (Decreto-lei nº 200/67) e, posteriormente, a exploração de atividade econômica (Decreto-lei nº 900/69), como a empresa pública.

Para verificar a indiscutível possibilidade que o município tem de realizar fiscalização positiva no âmago das fundações públicas municipais, basta atentarmos ao rol de traços básicos que caracterizam o regime jurídico das fundações públicas, em geral:

1º natureza jurídica: fundação pública é pessoa jurídica de direito público interno;

2º ingresso no mundo jurídico: por meio da lei;

[34] Salandra. *Lezioni di diritto amministrativo.* Comp. Ricardo Ventura. Roma, 1910.

3º prerrogativas de potestade pública: as fundações públicas gozam de parcela do *jus imperii;*

4º privilégios: somente pessoas de direito público podem exercer certos privilégios;

5º vinculação tutelar: ao contrário das fundações privadas, que ficam sujeitas à fiscalização negativa do Estado (Ministério Público), a fundação pública está sujeita à fiscalização positiva — tutela administrativa;

6º perseguição de fins não-lucrativos;

7º obrigatoriedade da consecução dos próprios fins: regidas pelo princípio da especialidade, as fundações públicas não podem deixar de perseguir o fim público que lhe haja fixado a lei;

8º impossibilidade de autodesfazimento: criada por lei, extingue-se por lei;

9º impossibilidade de livre alienação do patrimônio;

10º obrigatoriedade de aplicar o patrimônio na consecução dos próprios fins.

Assim, em harmonia às conclusões já deduzidas, propomos que, sempre e necessariamente, o ente público maior municipal deverá, por texto legal, estatuir sistema amplo e rígido de tutela administrativa sobre todas as fundações públicas municipais, através de consultorias diretamente subordinadas ao prefeito (ou à Secretaria Jurídica, onde houver), dotadas de competência funcional *ex-officio.*

SE VOCÊ ACHA QUE SABE TUDO SOBRE PSICOLOGIA, NÃO DEVE ASSINAR ABPA.

ABPA* destina-se aos profissionais de psicologia que desejam estar bem informados.
Em suas páginas, o leitor encontra sempre novas questões.
ABPA publica artigos e comentários atuais sobre temas psicológicos e informa sobre tudo que se publica na área da psicologia.
Não assine ABPA se você não deseja questionar seus conhecimentos.

***Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada (diga ABPA)**