

**Curso/Disciplina:** Direito Administrativo

**Aula:** Fim da Introdução do Estado Gerencial e Apresentação do Primeiro Setor - Aula 02

**Professor (a):** Luiz Jungstedt

**Monitor (a):** Kelly Silva

## Aula 02

Nessa aula será concluída a introdução sobre o papel do Estado à ordem econômica e aos serviços públicos.

O examinador quer ouvir que, além da Constituição sinalizar que o Estado deve deixar de ser executor do serviço, repassando a atividade ao empresariado (parceiro privado do segundo setor do Estado gerencial), via desestatização, alegar que essa mudança de execução trará maior eficiência aos serviços públicos.

A TELERJ era uma subsidiária da TELEBRÁS do Estado do Rio de Janeiro. Era uma estatal do Estado do Rio de Janeiro que organizava o setor de telecomunicações. À época havia sido criado um site na internet chamado “Eu odeio a TELERJ”. E, posteriormente, a subsidiária foi desestatizada.

Para a prova, o candidato deve destacar que a Constituição traz o fundamento jurídico (arts. 173 e 175) para a desestatização tanto da atividade econômica quanto do serviço público, sob o argumento da busca da eficiência.

### **O que a Constituição quer do Estado na ordem econômica?**

**Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.



A Constituição quer o Estado funcionando como agente normativo e regulador da atividade econômica. À época, ninguém associou a palavra regulador à agência reguladora, pois a primeira agência reguladora só surgiu após 8 anos da Constituição, ou seja, em 1996, que foi a ANEEL. Em 1997 surgiram a Anatel e a ANP.

Na função de regulador, o Estado vai ser fiscalizador, incentivador e planejador. O Prof. destaca o planejamento, pois o próprio art. 174 conclui dizendo “sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Por que é determinante para o setor público, mas apenas indicativo para o setor privado? O planejamento é um raro momento em que o direito econômico tangencia o direito financeiro. O planejamento governamental se encontra nas leis orçamentárias, sobretudo nas leis plurianuais, estudadas pelo Direito Financeiro. O plano plurianual contém o plano de governo, o planejamento governamental. Plano plurianual é uma lei e lei é determinante para o setor público (tem que cumprir). Quando o art. 167 da Constituição fala sobre o plano plurianual:

**Art. 167 [...]**

**§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.**

Ou seja, planejamento para o governo é determinante. E por que é indicativo para o setor privado? Porque uma lógica é saber qual é o rumo do governo, quais são seus planos, onde ele quer atuar, para o setor privado procurar um ramo de atuação e ter um ótimo mercado de trabalho na hora que quiser fazer o seu investimento. Então, planejamento é obrigatório para o governo e indicativo para o setor privado. OBS: O caput do art. 174 cai com bastante frequência em provas de múltipla escolha.



O 1º Setor é a Administração Pública. É a estrutura governamental, ou seja, a Administração Direta e a Administração Indireta, tratados pelos arts. 4º e 5º, respectivamente, do DL nº 200/67.

A desestatização atingiu exatamente o 1º setor, em que o Estado foi retirado da execução para que a iniciativa privada pudesse realizar as atividades. O alvo da desestatização foi, sobretudo, a empresa estatal, que faz parte da Administração Indireta. Com a diminuição do tamanho do 1º Setor são reduzidos os encargos públicos, o pagamento de vencimento de servidor, o recolhimento de aposentadoria para o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), que é o regime que tem um tratamento mais favorecido do que o RGPS. Ou seja, os encargos sociais do Estado em relação ao servidor é reduzido com a diminuição da máquina estatal. Com isso, se faz superávit fiscal.

Assim, a ideia do Estado gerencial é a diminuição do tamanho da máquina estatal, a diminuição do gasto público, superávit fiscal e pagamento da dvida pública.

Se o 1º Setor é reduzido, as parcerias crescem. Tanto a parceria com o 2º setor, ou seja, com a iniciativa privada, mediante concessão e permissão de serviço público, envolvendo também a PPP, que é uma concessão (é a parceria que mais cresceu). A importância do 3º setor também vem crescendo, que é a parceria com a sociedade civil, sem fins lucrativos. É o sistema S, que está presente desde o governo de Getúlio Vargas; as organizações sociais e as organizações da sociedade civil (sistemas OS e OSCIP – criados no governo FHC); e, mais recentemente, o sistema OSC, que é uma estrutura nova, que veio na reta final do governo Dilma, através da lei nº 13.019/14. Essa lei foi bastante alterada em 2015 pela lei nº 13.204. A mudança foi tão grande, que mudou, inclusive, a ementa da lei nº 13.019. Cabe destacar que para os municípios a referida lei são entrou em vigor em Jan/17.

## 1º SETOR



A divisão em Administração Direta e Administração Indireta é a mais conhecida. Porém, o 1º Setor da Administração Pública será organizado em dois grupos: pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado, conforme abaixo esquematizado:



### Pessoa Jurídica de Direito Privado

Encontra-se somente na Administração Indireta. O grande exemplo de pessoa jurídica de direito privado encontrado na Administração Indireta são as empresas estatais.

Empresa estatal é gênero, que se subdivide em: empresa pública e sociedade de economia mista. Estas criam subsidiárias e controladas. O DL nº 200/67 fala disso no art. 5º, II e III. E a lei nº 13.303/16 (Estatuto da Estatal), em seu art. 1º, caput c/c § 6º, fala da empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiária e controlada.

Até pouco tempo, o Prof. afirma que diria que a única pessoa de direito privado que integra a Administração Pública era a empresa estatal. Contudo, a fundação pública também é integrante. Entretanto, a fundação pública pode ser de direito privado ou de direito público. Essa personalidade jurídica de direito privado da fundação sempre foi a tradição. Se for no DL 200/67, o art. 5º, IV, ao conceituar fundação pública, afirma que ela é pessoa jurídica de direito privado, conforme se verifica:

**Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:**

[...]

**IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)**

O problema é que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a Constituição, conclui que o dispositivo acima transcrito, quando fala que fundação é pessoa jurídica de direito privado, não foi recepcionado pela CRFB/88, uma vez que a Constituição, quando tratou de fundação pública a colocou no grupo das pessoas jurídicas de direito público. Assim, Celso Antônio conclui que para a CRFB/88 não existiria fundação pública como pessoa jurídica de direito privado. Ela seria uma pessoa jurídica com personalidade jurídica de direito público (é o que chamam de fundação autárquica).

O Prof. acredita que Celso Antônio estava correto e que a CRFB/88 tratou a fundação pública como pessoa jurídica de direito público. Por que? Porque toda vez que a fundação pública foi citada na Constituição, ela estava ao lado da direta e da autárquica e, assim, foi tratada como pessoa jurídica de direito público.

Ora, por que a fundação está tanto na pessoa jurídica de direito público, quanto na de direito privado no esquema apresentado acima? Porque a posição do Celso Antônio foi minoritária. O entendimento que prevaleceu foi o de que existe fundação pública nos dois lados. É isso que tem que ser considerado em uma prova discursiva de concurso. Se o candidato faz menção, tão somente, a fundação pública, estará sendo muito incompleto, uma vez que existe tanto a de direito público como a de direito privado. As regras das duas são totalmente diferentes.

Apesar de Celso Antônio ter defendido uma posição minoritária, ele acertou. Com a CRFB/88, ficou difícil de achar exemplo de fundação pública de direito privado. Todas foram pro lado da fundação pública

de direito público (fundação autárquica). Em 2012, contudo, ocorre uma mudança. Em âmbito federal, ressuscitando o art. 5º, IV do DL 200, aparece um novo exemplo de fundação pública de direito privado. A União cria a previdência complementar do seu servidor (a PEC 287 do governo Temer quer tornar obrigatória a previdência complementar para todos os entes da federação – atualmente é facultativa). Ao criar a previdência complementar na União, veio a lei nº 12.618/12 e criou uma fundação para gestão da previdência complementar (Funpresp), que é uma fundação pública de direito privado, de acordo com o art. 4º, § 1º, da referida lei:

**Art. 4º [...]**

**§ 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.**

O Estado do Rio de Janeiro também já criou a previdência complementar, através da lei nº 6.243/12, que é gerida pela RJPREV, que também é uma pessoa jurídica de direito privado. O município do Rio de Janeiro ainda não criou a previdência complementar.

Então, quando falar em fundação pública é bom especificar se de direito privado ou se de direito público.

Por ora, o grupo formado por pessoa jurídica de direito privado está apresentado. Todo ele encontrado na Administração Indireta, sendo empresas estatais (empresa pública, sociedade de economia mista, subsidiária e controlada) e fundação pública de direito privado (ex: Funpresp, em âmbito federal).

O outro grupo, é aquele formado por pessoas jurídicas de direito público, que é o próprio ente da federação, que no Direito Administrativo prefere-se chamar de Administração Direta. O ente da federação propriamente dito é a União, o Estado, o Município, o DF, que são organizados em órgãos públicos. Assim, na Administração Direta serão estudados os ministérios, secretarias, departamentos, ou seja, os órgãos públicos propriamente ditos.

Órgão público não é pessoa jurídica, uma vez que pessoa jurídica é o ente da federação. O órgão está no ente da federação. Isso será detalhado mais a frente.

Existe, também, pessoa jurídica de direito público na Administração Indireta, quais sejam a autarquia e a fundação pública de direito público. A expressão “Administração Indireta” na pessoa jurídica de direito público poderia ser substituída por “Entidade Autárquica”. Contudo, o Prof. afirma que fez questão de pontuar fundação pública de direito público por dois motivos: (I) para deixar claro que existe fundação pública ora com personalidade jurídica de direito público (fundação autárquica) ora com personalidade de direito privado; (II) porque é extremamente comum encontrar como pessoas jurídicas de direito público a trilogia “Administração Direta, Autárquica e Fundacional” (no caso, fundacional se refere à fundação pública de direito privado).

O que foi apresentado até aqui foi a apresentação do 1º Setor do Estado Gerencial Brasileiro.

Quanto à estrutura apresentada do 1º Setor de ora pessoa de direito público ora pessoa de direito privado, pode-se fazer uma pergunta: qual o regime de contratação de pessoal da direta, autárquica e fundacional? Qual o regime de contratação nas empresas públicas e fundações públicas de direito privado?

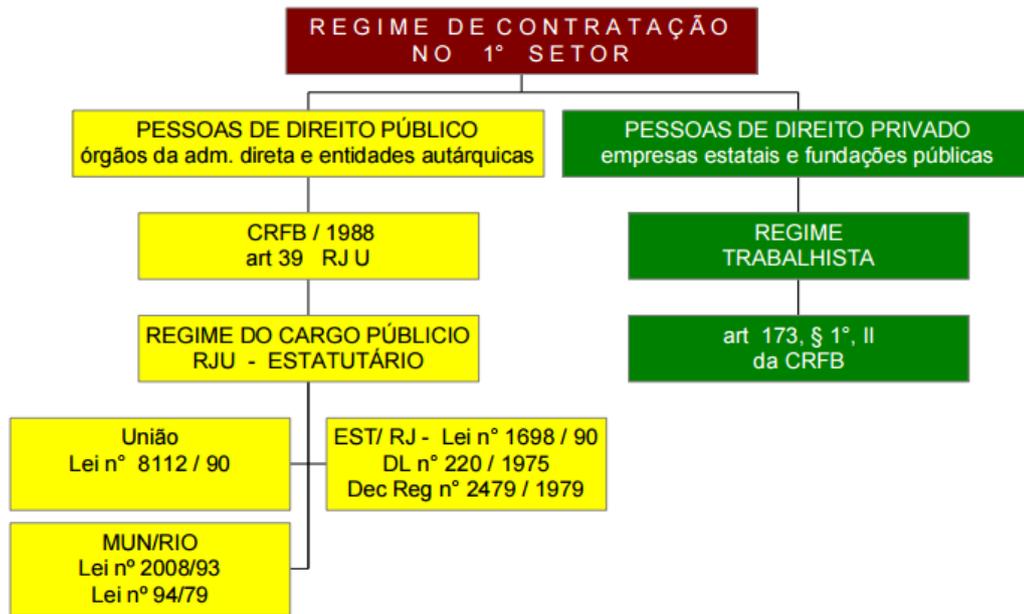


É a lei nº 8.112/90 que, em âmbito federal, cria uma regra própria para o servidor público da direta, autárquica e fundacional.

Então, sendo dois grupos (pessoa jurídica de direito público e de direito privado) são duas regras de contratação (estatutária e celetista).

O Prof. diz para ter cuidado com o grupo das pessoas jurídicas de direito público, pois o regime do cargo público tem alguns momentos. A EC nº 19 deu uma bagunçada, mas já foi corrigido.

Em análise ao organograma a seguir:



Cada ente da federação faz o seu regime único. Na União é a lei nº 8.112/90; no Estado do Rio de Janeiro é a lei nº 1.698/90, que manteve em vigor o DL nº 220/75 e o Decreto Regulamentar nº 2.479/79; no município do Rio de Janeiro é a lei nº 2.008/93, que manteve em vigor a lei nº 94/79.

Ou seja, o regime jurídico único não é nacional, mas sim por ente da federação. De acordo com a redação original do art. 39 da Constituição:

**Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A trilogia administração pública direta, autarquias e fundações públicas, que são pessoas jurídicas de direito público, tem que ter regime jurídico único.

Cabe destacar que o art. 39 não elegeu o regime (estatutário ou celetista), mas exigiu um regime único. Os entes da federação, que em sua maioria e de acordo com a sua competência, criaram regime jurídico único com base no regime estatutário.

As pessoas jurídicas de direito privado (estatais e fundações públicas) têm o regime trabalhista (CLT). De acordo com a Constituição:

Art. 173 [...]

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

E quanto à fundação pública de direito privado? De acordo com a lei nº 12.618/16, que trouxe a Funpresp:

Art. 7º O regime jurídico de pessoal das entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei será o previsto na legislação trabalhista.

Então, para a empresa estatal o art. 173, § 1º, II, da Constituição responde; para a fundação pública de direito privado, que a Constituição nada diz, tem que buscar a resposta na legislação infraconstitucional.

Até a promulgação da CRFB/88, empregado público não fazia concurso público, que era obrigatório somente para as pessoas de direito público, uma vez que somente essas contratavam com o regime público. As demais, como utilizavam o regime da CLT que não pede concurso, não faziam concurso. Com a atual Constituição isso foi modificado, conforme se verifica:

Art. 37 [...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Cabe destacar que algumas empresas estatais sempre fizeram concurso público, a exemplo do Banco do Brasil. Contudo, antes de 1988 era uma faculdade.

O ponto das pessoas jurídicas de direito privado está concluído. Porém, o das pessoas jurídicas de direito público ainda está pendente de complementação para a próxima aula.