

Discursos e Palestras

Seminário “Aspectos Jurídicos da Fundação Estatal”

Brasília (DF), 25 de junho de 2007



Advocacia-Geral da União
Escola da Advocacia-Geral da União



Ministério
da Saúde

Ministério
do Planejamento

Promoção:

Ministério do Planejamento, Orçamento e
Gestão
Ministério da Saúde
Advocacia Geral da União – AGU
Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA

Editoração
Brunno Barra

Discursos e Palestras do

**SEMINÁRIO ASPECTOS
JURÍDICOS DA FUNDAÇÃO
ESTATAL**

Brasília-DF, 25 de Junho de 2007.

1. SUMÁRIO

1. SUMÁRIO.....	3
2. SOLENIDADE DE ABERTURA DO SEMINÁRIO ASPECTOS JURÍDICOS DA FUNDAÇÃO ESTATAL.	4
2.2- Discurso do Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República Excelentíssimo Senhor Antonio Carlos Bigonha	4
2.2 - Discurso do Advogado Geral da União Substituto Doutor Evandro Costa Gama.....	6
2.3- Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça Massami Ueda:.....	7
2.4- Excelentíssimo Senhor Ministro da Saúde José Gomes Temporão	9
2.5- Excelentíssimo Senhor Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão Paulo Bernardo:	11
3. PAINEL I: A FUNDAÇÃO ESTATAL DE DIREITO PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOVAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA	13
3.1- As Fundações no Direito Público – Doutor Alexandre Santos de Aragão.....	13
3.2- A Fundação Estatal e a Gestão de Serviços Públicos Sociais – Doutora Vera Monteiro	20
3.3– A Fundação Estatal de Direito Privado e Regime Administrativo Mínimo – Professor Carvalho Filho	25
4. PAINEL II: ASPECTOS RELEVANTES DA FUNDAÇÃO ESTATAL DE DIREITO PRIVADO	32
4.1 – Fundação Estatal – Conceito, Classificação e Regime Tributário – Doutor Jose Eduardo Sabo Paes	32
4.2- Fundação Estatal na Administração Pública: Regime Administrativo e de Pessoal – Professor Sérgio de Andréa Ferreira	39
4.3 – Fundação Estatal: Autonomia Orçamentária – Conceito e Formas de Implementação – Doutor Gustavo Binenbojm	48

2. SOLENIDADE DE ABERTURA DO SEMINÁRIO ASPECTOS JURÍDICOS DA FUNDAÇÃO ESTATAL.

Composição da Mesa de Abertura:

Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão - Paulo Bernardo.

Ministro da Saúde – José Gomes Temporão.

Ministro do Superior Tribunal de Justiça – Massami Ueda.

Advogado Geral da União Substituto – Evandro Costa Gama.

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República – Antonio Carlos Bigonha.

2.2- Discurso do Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República Excelentíssimo Senhor Antonio Carlos Bigonha

Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça – Massami Ueda, na pessoa de quem saúdo as autoridades que compõem a mesa, senhoras e senhores, colegas do Ministério Público aqui presentes, senhores Magistrados aqui presentes, foi com grande alegria que recebi o convite para a abertura dos trabalhos, nos quais nós debateremos a criação dessa figura importante que é a da Fundação Pública e da Fundação Privada de Direito Público. E nessa perspectiva da minha participação já a um ano, das discussões que foram travadas sobre a direção do Doutor Sábado, as discussões sobre a Natureza Jurídica das Fundações do Brasil, a natureza Jurídica dessa instituição que nós queremos agora criar e também da redação dessa Lei Complementar, a que a Constituição Federal faz referência e como pressuposto para a instalação desse novo regime jurídico no Brasil.

Eu me lembro que na década de 80, quando eu ingressei na UnB, aluno do professor Moreira Alves, de Direito Privado e naquele momento o professor Moreira Alves, ele era Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos trazia com muito entusiasmo uma discussão que então se travava naquela Corte, sobre a Natureza das Fundações Públicas. E no entendimento da Corte que depois que se assentou, no sentido de que elas nada mais eram do que autarquias. E essa discussão, que ali teve uma breve resolução, se protraiu até a Constituição de 1988 com a redemocratização do País. E de uma certa forma ela foi reacendida na Constituição de 88, em decorrência da antiga redação do Artigo 37 da Constituição. Que estabelecia no seu Caput, a existência da administração direta e indireta e fundacional, portanto, estabelecia uma dicotomia entre o conceito de Autarquia e o conceito ali impreciso, mesmo por que a Constituição, como nós sabemos não é um texto jurídico, é um texto político-social, mas reacendia a discussão acerca da possibilidade de uma dicotomia

entre o que nós já entendíamos como autarquia no Direito brasileiro e a possibilidade da existência novamente dessa figura jurídica da Fundação.

Veio depois a Emenda Constitucional nº 19, alterou o Caput do Artigo 37 para a redação atual dele. E retirou do Caput a expressão fundacional, mas manteve lá no inciso 19, a possibilidade de Poder Público por lei, criar fundações e mantendo a Lei Complementar o disciplinamento sobre as suas áreas de atuação. Então persistiu no ordenamento jurídico brasileiro essa discussão em torno da dicotomia entre autarquia e fundação. O que estamos propondo com essa discussão já a dois ou três anos, fica uma discussão que decorre de problemas muito concretos, sobretudo na área da saúde e na área da educação, é a criação de uma nova instituição, de um novo instituto jurídico. E aí, no que diz respeito à criação de novas idéias, eu constatei um pensamento muito preciso a respeito à progressão da ciência e do conhecimento, e sempre nessa perspectiva do conhecimento como um instrumento para o avanço da humanidade e não como instrumento de mera conservação de antigos costumes e tradições.

Nietzsche, que é esse fabuloso filósofo que de certa forma está até redimido com este best seller, Quando Nietzsche Chorou, porque até o best seller citar Nietzsche era um pouco embaraçoso, mas, a partir deste best seller Nietzsche foi humanizado, e de certa forma até redimido. Em outras ocasiões eu não teria coragem, eu não me atreveria a citá-lo, mas, depois deste best seller, que todos nós lemos e gostamos tanto, acho que o atrevimento é até menor. Existe um verbete nessa obra dele que é humano, demasiado humano, que acho que se assenta muito ao desafio a que nós nos propomos, com a discussão da Fundação Pública no Brasil. Diz o seguinte: as opiniões novas na casa velha. A derrubada das opiniões não segue exatamente a derrubada das instituições. As novas opiniões foram por muito tempo à casa de suas antecessoras, agora desolada e sinistra, e até mesmo a preservam por falta de moradia.

Eu vi nesse verbete uma propriedade tão grande para nosso dilema, que também pode ser posto do ponto de vista filosófico, porque nós temos esses problemas graves para resolver em relação aos hospitais públicos e nas instituições de ensino, que nos dilemas da sua administração, não se assentaram ainda dentro de uma personalidade jurídica estreita e eficaz. O regime fundacional autárquico é um regime duplo para essas instituições, o regime fundacional na figura das Fundações de Apoio é rechaçado no ordenamento jurídico, e gerou problemas severos que estão pendentes com o próprio Ministério Público, em São Paulo, no Rio de Janeiro, no Ministério Público do Trabalho, em questões triviais como contratação do trabalho pelo regime da CLT, dispensa de licitação pública, questões de gestão se não se assentam no regime público tradicional do país. Então nós vemos que dentro dessa perspectiva de um direito que é um instrumento para o avanço social, a necessidade de criação de um novo instituto. Mas, por outro lado o nosso grande desafio é fugir dessa figura da autarquia, da conformação desse regime da figura jurídica da autarquia e que nós sabemos, que é uma tendência forte do poder judiciário. De manter essas novas idéias dentro da casa velha que é a autarquia.

É nessa perspectiva que eu faço a minha intervenção na abertura desses trabalhos e que nós nos debruçamos na criação dessas instituições com uma

perspectiva de criação de um novo direito. Nós temos que romper a tradição jurídica nacional, que assenta esse direito dentro da figura jurídica da autarquia, e tentar como diz Nietzsche, abandonar a casa velha e erigir um novo estatuto jurídico para responder de uma forma eficaz e cêlere esses grandes desafios que são colocados, sobretudo na questão da saúde, na questão da educação, das universidades públicas, e agora também na questão previdenciária, que diz respeito ao regime de complementação de aposentadoria do servidor público.

É essa mensagem que eu deixo como Presidente da Associação Nacional de Procuradores da República, e me coloco à disposição do Ministério para promover esse debate no mais amplo nível, dos colegas em todo o país, e podemos fazer isso aqui em Brasília, ou no local que for conveniente para o Ministério, nessa perspectiva da inovação do Direito e da criação de um Instituto Jurídico, que consiga resolver esse grave problema desses setores do nosso país, de um lado fugindo da figura de autarquia, que tem essa força centrípeta, de jurisprudência já consolidada no Supremo Tribunal Federal, por outro lado também fugindo da fundação de apoio que tantos transtornos nos tem causado, para o próprio Poder Executivo, Ministério Público e Poder Judiciário. Muito Obrigado.

2.2 - Discurso do Advogado Geral da União Substituto Doutor Evandro Costa Gama

Bom dia a todos. Saúdo os integrantes da mesa, Doutor Antonio Carlos, Presidente Nacional da Associação dos Procuradores da República, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Doutor Massami Ueda, Ministro Paulo Bernardo do Planejamento, Ministro da Saúde José Gomes Temporão. Aqui represento o Ministro Toffoli que se encontra em outro evento no momento. E é com grande satisfação que a Advocacia Geral da União participa desse evento, que colaborou através da sua Escola Superior na incrementação do evento. E a discussão do tema Fundação Estatal de Direito Privado, é a discussão de um tema próprio da nossa época, própria do estado democrático de direito. Há oito ou dez anos, discutir um tema dessa envergadura era visto com maus olhos.

Hoje é uma necessidade de rever institutos, posições jurídicas, doutrinas, e tudo isso para justamente possibilitar a harmonia de direito de princípios assegurados pela nossa Constituição. O estado democrático de direito do Brasil ele visa a harmonia de princípios assegurados na Constituição, é a relação do público e do privado. Não podemos mais ver o estado como sendo um estado da época do estado social ou do estado liberal, mas, sim o estado que viabiliza a relação de interesses entra a coletividade e o individual, e esse tema vem refletir isso na verdade. Como é que se consegue atender os interesses da população no que diz respeito a saúde, educação, e a todos os demais direitos básicos do cidadão, e sem que se utilizem instrumentos que hoje, se mostram inadequados para atender esses direitos.

É nesse sentido que a Advocacia Geral da União se coloca, no sentido de ajudar nesse debate, para justamente pensar esses novos institutos, dentro dessa nova visão de estado, onde ele é o viabilizador, o intermediador entre o público e o privado, mas, uma oposição com o privado. Acho que é nesse sentido que a gente tem que pensar e debater esse tema proposta aqui. E a Advocacia Geral da União tem o prazer de participar deste evento. Obrigado.

2.3- Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça Massami Ueda:

Eminente Ministro Paulo Bernardo da Silva, Eminente Ministro José Gomes Temporão, Eminente Procurador Doutor Antonio Carlos Bigonha, Eminente Advogado Geral da União Evandro Gama, saúdo todas as autoridades aqui presentes, minhas senhoras e meus senhores. É uma oportunidade que muito nos honra poder participar da abertura dos trabalhos desse Seminário, versando sobre Aspectos Jurídicos da Fundação Pública. A nossa participação deu-se de uma maneira fortuita, e fomos honrados com a visita da Doutora Valeria Bigonha, que veio nos solicitar uma apreciação sobre os trabalhos que o Ministério do Planejamento estava realizando, no sentido de implantar estudos e desaguar na concretização da chamada Fundação Pública de Direito Privado.

Então, agora a pouco, na ante sala da reunião, que eu costumo dizer que é uma sala de descompressão, porque é a sala onde ficamos conhecendo as pessoas que vão participar do evento. Então, nessa sala de descompressão, conversando com o Doutor Bigonha, nós estávamos dizendo da perplexidade dos conceitos jurídicos, que são conceitos culturais. E a alusão à obra de Nietzsche, que na verdade todos nós, o ser humano é tão fértil na criação das figuras, que nós temos que imaginar categorias racionais da racionalidade, figuras que o comum das pessoas não conseguiria que tivesse uma personalidade jurídica. E essa personalidade jurídica é exatamente o ponto central da discussão do direito. Porque por pessoa, no conceito vulgar, comum, ordinário, seria o ser humano, que é detentor de direitos e obrigações.

Mas, acontece que até bem pouco tempo atrás, há 119 anos precisamente, havia uma categoria de pessoas humanas que não eram considerados detentores de direitos e obrigações, eram os escravos. Seriam então uma série de considerações a respeito do caráter dos valores. Então, quando se diz pessoa, se diz ser humano detentor de direitos e obrigações, e atei nossa mente facilmente aceita. Mas, no momento que o Direito cria uma figura da chamada pessoa jurídica, que é um conjunto de várias pessoas, seres humanos que se associam para dar uma outra constituição jurídica, que seriam as figuras das associações, das sociedades, também exige por parte do participante desse conceito, uma abertura mental maior. Até aí pode se admitir.

Mas, aí vem o Direito e com uma outra figura, até mesmo surrealista, que é dar personalidade jurídica a um conjunto de bens, então teremos o cerne da idéia da Fundação. Alguém reserva a parte de bens e institui, e a esses bens dá uma personalidade jurídica que irradia conseqüências no seio social. Esta Fundação assim prevista, na conceituação do Código Civil Brasileiro de 1916,

era regida pelo Direito Privado. Então, se é uma conseqüência jurídica, com emanações de Direito privado, também não se conseguia imaginar que o Poder Público pudesse ser instituidor de uma pessoa jurídica, para se irradiar esse direito. Adaptando a nossa mente, surge a figura da Fundação Pública, esse debate, durante a década de 60, tornou-se muito aceso em virtude de algumas posições ortodoxas ainda admitirem a figura da personalidade pública, a uma instituição regida pelo Direito Privado.

Mas, isso também, como disse o Doutor Bigonha, é estreiteza das conceituações, porque a realidade jurídica, seja ela privada ou pública, e nós dividimos em privada e pública por facilidade pedagógica de interpretação. São dois conceitos que devem ser utilizados para melhor adequar a sua aplicação, quando ocorre o fenômeno em uma dissidência. Até aí foi superado isso, e nós vimos na década de 70, uma ação de Fundações de Direito Público, e as mentes mais ortodoxas imaginavam que aquilo era impossível. Mas, ainda no conceito de Nietzsche, há necessidade de adaptação, e como disse o Advogado Evandro, há conformação com os tempos atuais. A humanidade, em termos de globalização, está assistindo a uma profunda interação entre o Direito Público e o Privado.

Nós estamos vendo que estruturas tradicionalmente privadas acabam sendo abrangidas pela interpretação de Direito Público, e as instituições tradicionalmente privadas, estão eivadas de conceitos privados. Esta é a necessidade de mudança. Esse seminário que hoje se inicia, com os auspícios dos dois grandes Ministérios, Advocacia Geral, e do Ministério Público Federal, vai permitir essa plêiade de especialistas que são os senhores, um debate fecundo, que se espera possa redundar no sucesso inclusive da alteração da Emenda Constitucional, através da implantação da Fundação Pública de Direito Privado. Pode parecer um contra senso, mas, como ressaltou o Doutor Bigonha, há a necessidade da instrumentalização mais ágil. A rigidez das figuras estatais próprias, típicas do classicismo, ela veio cedendo lugar à autarquia e delas passamos para as entidades para-estatais, que são as sociedades de economia mista. As empresas públicas eram um outro conceito que nos deixava perplexos, como pode ser uma empresa pública o próprio estado, ser detentor da totalidade da maioria das ações, e atuar como se fosse particular.

Mas, a evolução, a experiência, a incidência dos vários casos que inclusive foram levados aos tribunais, acabaram mostrando que essa tendência se faz necessária. Ainda agora, como um fenômeno mais recente, as Agências Reguladoras que interferem no próprio mercado, para poder regular essas ações da iniciativa privada em áreas de interesse principalmente público. Eu gostaria de dizer que ter podido dar uma pequena contribuição, no sentido de demonstrar essas diferenças, para mim foi uma honra muito grande, porque a projeção prática do que nós podemos ver, do que representará a Fundação Pública de Direito Privado, foi nos dada ontem pelo Ministro Paulo Bernardo, no Superior Tribunal de Justiça, quando da abertura de um Seminário sobre Previdência Complementar, sua Excelência ressaltou que esta entidade, em termos ainda não perfeitamente definidos, mas, que já se antevê, que o volume será da ordem de 150 bilhões de reais. E isso representa exatamente a tranqüilidade, não só para os órgãos do estado, mas, para a própria coletividade, porque o fenômeno da Previdência, nos moldes até agora vigentes

do paternalismo do estado, está mostrando que essa tendência está completamente desassociada da própria evolução da humanidade.

Então, é necessário que nós venhamos a cultivar uma mentalidade de poupança, como a própria palavra está dizendo, Prever, previdência, nos acautelarmos para o futuro, para que possamos ter uma vida mais digna. E se isso é feito na área da Previdência, nós também vamos encontrar isso com muito relevo na área da saúde. Na prestação de serviços de saúde à coletividade através de instituições de Fundações Públicas de Direito Privado, tanto na área da saúde quanto na área da educação. Então, as conseqüências dos reflexos daquilo que vai ser esse debate, reunindo grandes especialistas, entre os quais ressalto a presença do Eminentíssimo Professor Sergio de Andrea Ferreira, Professor de todos nós, eu embora não tenha sido o aluno de freqüentar aulas de Sua Excelência, nos livros dele eu fui buscar muitas fontes de inspiração. Ao elaborar teses do meu concurso de tese de doutor, eu faço referência à obra de Sua Excelência.

Para nós pessoalmente é muita satisfação, muita honra poder integrar essa mesa do início dos trabalhos, e desejar a todos os senhores um profícuo debate, porque só através do debate nós vamos encontrar a luz. Muito obrigado.

2.4- Excelentíssimo Senhor Ministro da Saúde José Gomes Temporão

Muito bom dia. Eu quero cumprimentar meu companheiro de governo Paulo Bernardo, Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. O Senhor Massami Ueda, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Evandro da Costa Gama, Advogado Geral da União Substituto, Antonio Carlos Bigonha, Presidente da Associação dos Procuradores da República, os palestrantes, debatedores, especialistas e demais autoridades presentes.

Eu estou vendo aqui alguns históricos companheiros da jornada jovem do setor saúde, que nós chamamos de Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, do Movimento da Moderna Saúde Pública Brasileira. Estou vendo o Gonzalo Vecina, Gilson Carvalho, o Edelberto, meu Assessor Jurídico, José Noronha, meu Secretário de Atenção à Saúde. Então, quando os históricos da Reforma Sanitária estão presentes em uma discussão desse tipo, eu fico bastante otimista, porque a nossa geração ela veio quebrar paradigmas. Quando nos anos 70 começou-se o Movimento Nacional de Luta Contra a Ditadura e Defesa da Democracia e de defesa de uma saúde pública universal, foi uma inovação. Uma inovação extremamente abrangente da legislação, do desenho do estado, uma brutal descentralização, uma inovação de estabelecer uma estratégia de controle social e participação da sociedade, na definição de políticas, no monitoramento de políticas, na avaliação da formulação de políticas, nós entendemos que é um processo ainda em construção, que implica em uma reforma do estado.

Mas, eu entendo que nós exatamente por termos vindo quebrando paradigmas precisamos agora entrar em uma nova fase, em uma nova etapa. Nosso saudoso Sergio Arouca falava da reforma da reforma, não sei bem se é isso,

mas, evidente que o nível de organização, o patamar que o Sistema Único de Saúde alcançou, ele precisa agora de mudanças estruturais. São novos desafios, e com certeza um dos grandes desafios é a questão da ineficiência da gestão dos serviços públicos de saúde. Eu tenho uma experiência razoável à frente de instituições públicas, a mais recente antes de vir para o Ministério da Saúde, que foi a Direção do Instituto Nacional do Câncer, e lá eu me defrontei exatamente com a síntese desse modelo que foi construído nas últimas décadas, ou seja, uma instituição de altíssima qualidade, que presta um serviço fundamental à sociedade brasileira da administração direta, e que para sobreviver com um mínimo de eficiência e qualidade, tem que se valer exatamente do modelo nacional de apoio privado, e que acabou nesse processo, que sem entrar no mérito, acho que foi um processo válido, mas, hoje sabemos que esse processo se esgotou.

Grande parte da energia institucional e até da minha própria energia pessoal à frente do INCA, nós gastamos em longos processos de conflito com o Ministério Público, Tribunal de Contas, respondendo a inquéritos. Esse era o cotidiano. Essa estratégia se inviabilizou. Nós precisamos então pensar em uma nova estratégia, uma nova saída. E vejo com muita satisfação esse trabalho, que foi um trabalho de parceria entre todos, Ministério Público, TCU, Ministério do Planejamento, Saúde, AGU, um conjunto de especialistas, nossa Lenir Santos que ajudou muito, o Sábado Girardi, ainda quando estava no Planejamento também participou bastante, e nós temos hoje uma saída estruturante, uma saída que garante os princípios do Sistema Único de Saúde, mas, um modelo que também vai nos garantir operar em bases de eficiência de gestão. Nós sabemos que um hospital é uma das organizações mais complexas que temos hoje para operar em uma sociedade. A forma de exercício da Medicina, e o próprio processo de estruturação e organização do espaço hospitalar mudou radicalmente nos últimos anos e nas últimas décadas.

Nós precisamos ter um modelo que responda a esses novos desafios, com qualidade e dentro dos princípios do Sistema Único de Saúde. Então, desde o início, mesmo no meu discurso de posse eu tinha colocado essa questão como importante e relevante e entendo que tudo que é novo trás também insegurança, dúvidas, questionamento. Temos que estar também preparados para discutir essa proposta também com os trabalhadores, pois são eles que constroem no cotidiano o sistema de saúde. Na semana passada eu fui surpreendido pelo Conselho Nacional de Saúde, que sem conhecer a proposta, decidiu politicamente rejeitar a proposta que vamos debater aqui. É um pouco aquela história do não li o livro e não gostei, não vi o filme e não tenho interesse. Mas, acho que faz parte do processo e tão logo tenhamos a proposta aprovada pelo Presidente Lula, para ser encaminhada ao Congresso Nacional, e nós vamos iniciar um processo de debate, divulgação e disseminação dessa proposta. Então, eu quero agradecer a todos que ajudaram esse processo que já tem cerca de 2 anos, e dizer da minha expectativa, do meu otimismo, de perceber aí um passo adiante, uma inovação no campo do modelo jurídico, no campo de gestão, dentro do estado brasileiro, que pode qualificar e garantir o acesso da população brasileira a serviços de saúde de qualidade. Um bom trabalho a todos.

2.5- Excelentíssimo Senhor Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão Paulo Bernardo:

Bom dia Ministro Massami Ueda, do Superior Tribunal de Justiça, Doutor Temporão, nosso colega da Saúde, Doutor Evandro Gama, da Advocacia Geral da União, Doutor Bigonha, Presidente da Associação dos Procuradores da República, senhoras e senhores palestrantes e especialistas que aqui vieram, as pessoas do governo, eu quero em primeiro lugar a presença de todos, e dizer que de minha parte já deu para sentir claramente que este vai ser um debate de altíssimo nível. Primeiro pela relevância do tema que vamos tratar e acho que é muito importante que façamos este tipo de debate, antes de fechar a forma final do projeto, que esperamos enviar em breve ao Congresso Nacional, mas, acho que o tom das falas aqui, e eu acho que você começar o dia ouvindo falas esclarecedoras, mencionando Nietzsche e outros debates como este, nos faz sentir como se já tivéssemos ganhado o dia, pelo que fizemos até agora.

Eu queria dizer que nós estamos muito empenhados em fazer esse debate, e, além disso, que nós estamos muito preocupados e muito zelosos na forma de elaborar esta proposta, pois nós sabemos que é uma proposta que vai trazer polemica, como na citação feita pelo Temporão, como no caso do Conselho Nacional de Saúde. O que estamos fazendo certamente mexe com a cabeça das pessoas, mas, temos feito isso com muito cuidado. O projeto que hoje está digamos quase pronto foi objeto de consultas. Nós consultamos professores, acadêmicos, autoridades, como o próprio Ministro Massami já relatou, deu contribuições. De maneira que estamos com uma proposta sólida que com certeza tem grandes chances de tramitar no Congresso com sucesso. Acho que o Temporão colocou um pouco a situação que estamos enfrentando e que queremos trabalhar para mudar. Eu queria citar algumas coisas.

Um dos primeiros problemas com os quais me deparei ao assumir o Ministério do Planejamento, foi uma intimação do Tribunal de Contas e em paralelo também do Ministério Público, por conta de servidores contratados de maneira irregular. A verdade é essa. Nós temos nos hospitais universitários brasileiros, cerca de 22 mil servidores contratados através das chamadas fundações de apoio, e que em alguns casos são verdadeiras gambiarras, porque os arranjos feitos para contratar são verdadeiras gambiarras. Eu tenho certeza, Ministro Temporão, que os membros do Conselho Nacional de Saúde, que são todos eles bem intencionados e pessoas preocupadas em melhorar as condições de operação do sistema de saúde, não concordam com o trabalho dos nossos hospitais,. Dos hospitais federais do Rio, dos hospitais universitários, portanto, tenho certeza eu nós, evidentemente temos que fazer um debate democrático, um esforço de convencimento, fazer uma discussão franca com todos esses companheiros, mas, eu tenho certeza que ninguém concorda que a situação tal como está hoje é uma situação boa. Nós precisamos enfrentar o debate de mudanças.

Esses dias eu vi uma nota no jornal, dizendo que tinha uma categoria que ia fazer uma greve contra a pretensão do governo de desenvolver esse projeto de Fundação Estatal de Direito Privado. Mas, isso é um erro, porque nenhuma greve poderá ser eficaz se o objetivo dela é impedir o debate ou a circulação de idéias. Como é que você vai fazer greve para impedir que alguém discuta as

dificuldades. Com certeza não é uma opção com chance de sucesso, acho que nós temos que debater. Acho que é também uma grande opção, mas, não podemos achar que este projeto aprovado e com a implementação das Fundações, que isso vai ser um elixir miraculoso e vai resolver todos os problemas. Isso seria também incorrer em um erro. Evidentemente nós vamos ter essa idéia como uma opção, que pode servir para área de saúde, acho que é um modelo adequado para a questão da Previdência Complementar, que agora nós estamos organizando para os servidores públicos, que mesmo na área de Ciência e Tecnologia, pela forma como o projeto prevê contratação, pela forma de gestão, acho que nós podemos ter soluções adequadas.

Por exemplo, o governo está fazendo uma discussão sobre TV pública, e eu já conversei com o Ministro Franklin, e acho que seria um lugar onde poderíamos aplicar esta idéia. E evidentemente isso vai servir para uma coisa fundamental, que é possibilitar aos gestores de saúde desses hospitais que nós mencionamos, e de várias outras instituições, possam dedicar e canalizar suas energias para resolver os problemas principais, que são os problemas da saúde que pacifica essa questão, quando o Tribunal de Contas e o Ministério Público vem para cima da gente e querem que seja resolvido, e nós por dever de ofício, temos que defender o que estamos fazendo, até porque é a situação de fato criada, mas, de forma alguma achar que é razoável que esta situação perdure e que nós não temos que fazer nenhum tipo de mudança. É por isso que estamos tão empenhados na discussão dessa idéia.

A partir da entrada do Ministro Temporão como Ministro as Saúde, este debate ganhou muita força, pois ele já na posse se manifestou. Eu não estava presente, mas, sei que uma das primeiras conversas dele com o Presidente Lula isso foi mencionado e o Presidente já deu a sinalização de que fossemos adiante, portanto, acho que este Seminário com o excelente nível de debate que nós vamos ter vai possibilitar que formemos a opinião, pelo menos a opinião do nível de como está hoje para mandar para o Congresso. Com certeza, quando isto chegar no Congresso o debate que vai ser feito lá, e que com certeza vai ser reproduzido uma série de coisas que fizemos, mas, um outro debate feito, acho que o Congresso poderá até melhorar, e quem sabe, nós implementarmos nesse sentido. É mais uma alternativa no sentido de melhorar a gestão pública, ter soluções para um bom funcionamento, e para ampliar a capacidade do estado de fazer seu atendimento, seja na área social, seja em outras áreas, onde isso poderá ser aplicado. Portanto, boas vindas e agradeço a presença de todos e desejo um bom dia para todos. Muito obrigado.

3. PAINEL I: A FUNDAÇÃO ESTATAL DE DIREITO PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOVAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA

3.1- As Fundações no Direito Público – Doutor Alexandre Santos de Aragão

Alexandre Santos de Aragão - Professor-Adjunto de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito do Estado pela USP. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado

Bom dia a todos. É um prazer estar aqui e quero parabenizar os organizadores dentro da pessoa da Doutora Lenir, dizer de estar aqui à mesa com dois amigos queridos, o Carvalho e a Vera, e tratar desse assunto que demanda questões jurídicas muito especiais. Ao meu ver, todo essa discussão que está sendo travada aqui, se coloca dentro de um quadro maior de evolução do Direito Administrativo. Nós temos uma concepção de Direito Administrativo, que foi formulada na década de 60, que pressupunha um estado central, relações hierárquicas dentro desse estado, e relações de co-gência desse estado em relação aos administrados. O Direito Administrativo caçado em alguns dogmas como o de legalidade estrita, supremacia do interesse público, no sentido de não haver mecanismos negociais de atuação do estado, e várias outras expressões dessa tendência.

Na década de 80, com a democratização do país, a necessária abertura do estado para a sociedade, a necessidade de busca de instrumentos mais ágeis, mais eficientes de administração pública, com ao fenômeno da globalização e que s estados passaram a competir entre si, o chamado risco soberano, e que modelos jurídicos e práticas institucionais passaram a ser instrumentos de concorrência entre os países, por atração e manutenção de investimentos, esse Direito Administrativo construído na década de 60 e 70, começou a enfrentar dificuldades de operacionalizar a prática do estado pós anos 80, e hoje mais ainda. Como se tivesse se feito um software nas décadas de 60 e 70, mas, que hoje o hardware já é outro. Então, eu acho que em termos de Direito Administrativo atualizar o software, para que nós possamos fazer o estado, que seria o hardware, funcionar.

Dessa maneira, nós temos sempre que discutirmos esses novos fenômenos, essas novas propostas institucionais, quebrar alguns paradigmas, e alguns dogmas do Direito Administrativo tradicional. Há até algumas obras muito boas sobre isso, por exemplo, A Evolução do Direito Administrativo, da Professora Odete Medalar, Mutações do Direito Administrativo, do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que esse livro, alguns dos autores mais tradicionais diriam que não seriam Mutações, mas, Mutilações do Direito Administrativo. Na verdade, o Direito Administrativo hoje, se encontra doutrinariamente bastante dividido. Há aqueles que insistem em posições doutrinárias e jurisprudenciais, calcados naquela doutrina de 60 e 70, e há outros que buscam informações doutrinarias e jurisprudenciais que procurem

dar maior transparência, maior democracia, maior concensualidade, maior agilidade aos instrumentos do Direito Administrativo.

A descentralização administrativa é um desses instrumentos que precisam ser revistos. O que é descentralização administrativa? O estado originariamente, no modelo que surgiu com a Revolução Francesa, ele era um estado chamado piramidal, ou napoleônico. Que era um estado como o nome mesmo indica, pirâmide, um bloco único, calcado todo na autoridade do vértice da pirâmide, que era o chefe do Poder Executivo. Em relação aos demais órgãos e agentes, se estabelecia uma relação de hierarquia. O que é relação de hierarquia? É a relação de substituição absoluta. Na verdade, a competência dos subordinados era a competência dos chefes. Por isso o chefe pode anular, rever, evocar, revogar. A desconcentração administrativa, que é essa que se dá dentro da própria pessoa jurídica hierárquica, ela é apenas um mecanismo de divisão de trabalho. Mantendo-se a hierarquia e o poder de substituição do chefe hierárquico sobre os seus subordinados, sobre os seus demais agentes.

Com o no início do século passado, a multiplicação das funções do estado, até mesmo em razão do surgimento de novas atividades até então inexistentes, principalmente na área econômica, de prestação de serviços públicos, de infra-estruturas públicas, e também com o sufrágio universal, que foi um dado fundamental, que Massimo Severo Gianninni chama de estado pluriclassico, com o sufrágio universal, o estado passou a ter novas funções também na área social. Qual a importância do sufrágio universal para isso? Antes do sufrágio universal, que se tinha o estado burguês, o estado monoclasa, e que apenas a burguesia podia votar, e conseqüentemente comandar as ações do estado.

A área de saúde, por exemplo, no estado liberal burguês, têm autores franceses de dois séculos atrás, que tratam, por exemplo, da questão da saúde, a saúde é colocada junto com o poder de polícia. A saúde pública não era vista como uma necessidade de ajudar as pessoas, era vista como uma necessidade de organização da cidade. A pobreza tem livros de Direito Administrativos que falam que temos que combater a pobreza temos que recolher os mendigos da rua porque eles estão tornando a cidade feia. Só que com o sufrágio universal, os mendigos começaram a votar. Então, o estado também a ter que dar conta dessas obrigações, ou seja, o estado passou a ter que exercer uma série de novas atividades de maneira orgânica realmente, novas atividades sociais e econômicas. Para isso, aquela estrutura piramidal inicial, se manifestou ineficiente. Era necessária uma manifestação com maior independência, uma atuação com maior especialidade técnica, nessas novas atividades. Foram sendo criadas então, as autarquias, que na França se chamava de Serviços Públicos Personalizados. Passou-se a se dar personalidade jurídica a elas.

Foram começando a ser criadas as empresas estatais. Como pessoa de Direito Privado, o estado começou a abrir empresas, para exercer determinadas atividades econômicas, determinados serviços públicos econômicos. E em alguns países, começou a criar também, Fundações Públicas. A criação de Fundações pelo estado, e aqui a gente fala Fundação Pública no sentido de Fundação do estado, não necessariamente Fundação de Direito Público, por que, por exemplo, empresa pública é unanimemente considerada de Direito Privado e tem nome público. Os bens públicos dominicais são considerados

privados, mas, tem o nome de público. No Direito Comparado, a aceitação da criação de Fundações pelo estado, não é unânime. Na Alemanha isso não é dificuldade nenhuma, mas, na Espanha há, por exemplo, várias dificuldades nisso.

A principal dificuldade colocada na possibilidade da criação de Fundações Públicas do Direito Comparado, é que ao estado criar uma Fundação para exercer atividades que constitucionalmente são suas, ele não pode se desligar daquela Fundação. Desligamento este que estaria na própria origem do conceito de Fundação. O que é uma Fundação na teoria geral do Direito Civil? É um patrimônio personalizado. Normalmente as pessoas jurídicas privadas são associativas. A Fundação não, ela é instituída em razão da vontade de uma pessoa só, que separa parte do seu patrimônio, e ele adquire por si só personalidade jurídica, se desliga da figura do seu instituidor e passa a funcionar de forma autônoma, por si próprio. O instituidor estabelece o Conselho, estabelecendo que na falta de um dos membros do Conselho, os remanescentes elegem o novo Conselheiro, e assim permanecendo por 100, 200 anos, uma Fundação. E no caso de extinção de uma Fundação, o patrimônio dela deve se reverter para uma outra Fundação com objetivos semelhantes.

A fiscalização do atendimento desses objetivos é feita pelo Ministério Público, para acompanhar se a vontade do instituidor está sendo mantida ao longo da Fundação. Então, é por isso que alguns autores espanhóis dizem não é possível a criação de Fundações pelo estado. Porque? Porque o estado não pode se desligar daquele patrimônio que ele despreendeu do seu patrimônio global, já que aquilo é um instrumento da realização das suas competências constitucionais. Entre nós essa discussão não se coloca tanto na em razão da previsão expressa pela nossa Constituição, de Fundações criadas pelo estado. O problema que sempre se colocou, é a natureza jurídica dessas fundações. Ou seja, se elas são de Direito Público ou se elas são de Direito Privado, já que daí decorreria uma série de amarras, uma série de regimes jurídicos diferentes.

Foram estabelecidas basicamente três correntes. Uma bastante minoritária, dizendo que só poderiam haver Fundações Públicas. Uma segunda, defendida pelo falecido Professor Guia Lopes Meireles, de que só poderiam haver Fundações privadas, porque se não, não eram Fundações. Fundações só poderiam ser consideradas aquelas do Código Civil. E outra corrente, que foi a que prevaleceu, foi a de que podem ser consideradas tanto pessoas jurídicas de Direito Público como pessoas jurídicas de Direito Privado, dependendo das suas características. A jurisprudência orientou na definição da natureza jurídica de Direito Público, como a soma de alguns indícios, não há uma fórmula certa. Mas, por exemplo, se a Fundação exerce o poder de império, tem competências fiscalizatórias, sancionatórias, de aplicação de multas, tende a ser de Direito Público. O que foi considerado um grande indício para ser considerada de Direito Público, a dependência de verba estatal. Esse talvez seja o elemento mais importante para se considerar a Fundação constituída pelo estado, como uma Fundação de Direito Público.

Essa dependência, ela realmente decorre da natureza das Fundações públicas e das Fundações em geral. Uma genuína Fundação não pe dependente do seu

instituidor. A Fundação é um patrimônio que adquire personalidade jurídica, e é auto-sustentável. Tanto que para o Ministério Público aceitar o registro de uma Fundação, um dos elementos que tem que ser provado é a capacidade daquele patrimônio se auto-sustentar. Uma Fundação privada, instituída por um particular, em testamento, em uma doação, ela só pode adquirir personalidade jurídica, se for comprovada a sua auto-sustentabilidade. Quer dizer, que ela vai ter imóveis para alugar, dinheiro para aplicar na bolsa, girar aquele dinheiro nas suas atividades. Daí então, a jurisprudência ter considerado que a Fundação dependente do estado, Fundação dependente do seu instituidor, na verdade não é Fundação, na verdade é uma Autarquia. O novo Código Civil, não fala de Fundações instituídas pelo Poder Público. Coloca genericamente as Fundações como pessoas jurídicas de Direito Privado.

No entanto, ao enumerar as pessoas jurídicas de Direito Público, coloca lá os entes da federação, as Autarquias, e outras entidades de natureza pública, ainda que elas tenha sido dada a forma privada. Parece que foi um inciso pensando nas Fundações instituídas pelo Poder Público de Direito Público. Então, qual o quadro que nós temos hoje? Temos uma jurisprudência e um Código Civil, que admitem tanto pessoas jurídicas de Fundações de Direito Privado, como de Direito Público, sendo elemento fundamental da atração para a personalidade de Direito Público, a dependência ou não financeira do estado. Aqui, se coloca então a nossa discussão. Como criar Fundações de Direito Privado. Uma coisa que tem que se pensar é o seguinte. Ser de Direito Privado por si só vai dar a agilidade, vai dar a administração gerencial desejada, só ser de Direito Privado dá isso, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que funcionam atualmente, que são tranqüilamente de Direito Privado, elas são o exemplo da agilidade que se quer ter? Esse é o primeiro ponto para reflexão.

Só ser de Direito Privado atende aos objetivos? Eu acho que não. Há uma série de empresas públicas e sociedades de economia mista que funcionam como verdadeiras repartições públicas. Totalmente vinculada hierarquicamente ao chefe do Poder Executivo, dependente de repasses orçamentários mensais, com vícios de empreguismo, total falta de aperfeiçoamento da carreira, sem nenhuma avaliação de desempenho do seus empregados. Eu acho que a natureza jurídica de Direito Privado é o início, o primeiro passo para se dar uma maior agilidade, uma maior gerencialidade a essas entidades. Atentos para que há uma conjuntura jurisprudencial no Supremo bastante adversa a isso. Eu acho que temos que nos deitar sobre alguns acórdãos do Supremo, para vermos como evitar cair neles.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido de forma tranqüila e contra a quase totalidade da doutrina, que empresa pública ou sociedade de economia mista que presta serviço público, não é na verdade empresa pública ou sociedade de economia mista. É na verdade uma Autarquia. Então, vejam a dificuldade que a gente tem. O Supremo tem considerado os Correios Autarquias, porque prestam um serviço público, e olhem que é um serviço público considerado aquele serviço público econômico, industrial tarifado, que tem franquia e tudo. Mas, o Supremo, por ser um serviço público, e agora dentro desse conceito, tudo vai ser serviço público, o que não vai ser serviço público. Então, o Supremo considera o Correio uma Autarquia. Manda aplicar

precatório, prazo em dobro, prazos privilegiados processuais para os Correios. Então, temos que nos deitar sobre essa jurisprudência do Supremo, para evitar que no futuro, isso venha a ocorrer.

E aqui nós começamos a entrar mais especificamente nas possíveis soluções para isso. Ao meu ver nós temos que conseguir afirmar a personalidade jurídica privada dessas Fundações, para o que nós temos que caracteriza-las como não dependente do Poder Público. E concomitante a isso, temos que ter os instrumentos legais para se adotar internamente uma administração mais ágil com avaliação de desempenho, busca por metas, preponderância dos fins e não dos meios. Para isso, um dos instrumentos que podemos cogitar, é a Lei Complementar do Artigo 37 da Constituição. O Artigo 37, com a redação dada pela Emenda 19, pela Reforma Administrativa, ela diz que: as Autarquias são criadas diretamente por lei, as empresas públicas, sociedades e Fundações são criadas pelos atos privados típicos do Direito Civil e do Direito Comercial, mas, com prévia autorização legislativa específica. Vocês vêm que nessa nova redação, faz intuir que as Fundações Públicas teriam natureza privadas. Coloca-as no bloco junto com as empresas públicas e sociedades de economia mista, deixando as Autarquias em primeiro plano e depois tratando delas.

E esse inciso 19 diz também que além de precisar de uma lei para autorizar a criação de cada Fundação, vai haver também uma Lei Complementar nacional, aplicável também aos estados e municípios, que vai definir a área de atuação das Fundações. A interpretação mais ortodoxa desde dispositivo, entende essa Lei Complementar como o que? Como uma Lei Complementar que quer evitar a multiplicação, até porque foi feita dentro de uma reforma administrativa, evitar a multiplicação de Fundações. Então, só pode Fundação para a saúde, educação, e para desenvolvimento tecnológico e por aí vai. Agora, dentro da nossa perspectiva de modernização das Fundações, eu creio que se pode dar um passo a mais nisso.

Eu acho que nós podemos aproveitar essa norma constitucional, que é uma norma aberta, e vamos potencializar ela hermeticamente, para que nós possamos entrar no próprio regime jurídico das Fundações. Para que nós de certa forma possamos peculiarizar as Fundações no universo das entidades da administração indireta. Porque se para a Fundação continuar a ser tratada, considerada, e funcionar como Autarquia, não precisa de Fundação. Seria até uma interpretação que unificaria a Constituição, quando ela prevê uma entidade específica chamada Fundação. Para ela prever uma entidade específica chamada Fundação, ela tem que ter característica e regime jurídico específico. Se não vai ser só o nome, e no Direito vocês sabem, o que menos importa é o nome. O que dá a natureza jurídica, é o regime jurídico, e não o nome. Tanto que o Supremo considera Autarquia um monte de Fundação, que a lei diz que é mantida pelo Direito Privado.

Então só fazer uma lei que é de entidade privada não quer dizer nada. Se a isso não corresponder o regime jurídico de Direito Privado, o que para a jurisprudência atual significa não depender do estado, de nada vai adiantar. Apenas uma Lei Complementar que diga que a Fundação pública é para saúde, educação ou outros, é uma lei que vai ficar lá, complementou a Constituição, mas, ela não vai trazer nada de novo. Para isso já tem o Decreto Lei 200 que diz que as Fundações vão ser para outras áreas que não são das

entidades, das demais entidades que não teriam sido recepcionadas pela Emenda 19. Então, nem vale a pena gastar tempo para fazer uma Lei Complementar para isso. Acho que a grande inovação que pode ser dada no sentido de se estabelecer, como quero crer que a Constituição quer que se estabeleça um regime jurídico específico, senão ela não teria previsto uma entidade específica, seria caracterizar as Fundações Públicas, da forma mais parecida com a que elas têm no Direito Privado, ou seja, com um patrimônio próprio e auto-sustentável.

Como se dá essa auto-sustentabilidade? Ainda mais em áreas em que o estado tem obrigação de prestação gratuita dos serviços. Essa auto-sustentabilidade não pode se dar diretamente do usuário. Não se pode cobrar tarifa de quem for usar o SUS, por exemplo. Não se pode cobrar tarifa de quem for estudar em uma Fundação Universitária Pública. Mas, se pode, por exemplo, cobrar por pesquisas que são realizadas, certificações para iniciativas privadas que são realizadas, como o INMETRO, e que a Fundação Osvaldo Cruz faz atualmente. Só que essas receitas provavelmente não serão suficientes para a auto-sustentabilidade, e que para nossa jurisprudência, é o principal impedimento de caracterização da entidade de Direito Privado.

Então, o que nós podemos fazer, aqui colocando uma idéia para debate, é caracterizar na Lei Complementar como âmbito preciso de atuação das Fundações públicas, a de prestar serviços ao estado. Tem que fornecer saúde pública é o estado. Ele é a personalidade jurídica responsável por isso. Ele pode contratar outras pessoas jurídicas para isso. Se ele pode contratar pessoas jurídicas da iniciativa privada para isso, como ele faz através dos chamados convênios, na verdade são credenciamentos, contratos de adesão uniformizados, porque ele não poderia contratar uma própria entidade pública? Então, nós caracterizaríamos a Fundação como uma prestadora de serviços ao estado, não diretamente ao estado, mas, para os usuários com os quais o estado tem obrigação. Nós estaríamos dentro de um conceito que se tem conversado de parceria público-público. A Lei do Consórcios, por exemplo, estaria dentro dessa característica. Uma coisa parecida com a concessão administrativa da Lei das PPPs. O que é a concessão administrativa da Lei das PPPs? Tem dois tipos de concessão nessa lei. Uma é a patrocinada, que é uma concessão normal em que os cidadãos pagam tarifas pelo serviço, só que a tarifa não é suficiente então ela é complementada pelo estado. E tem a concessão administrativa em que não há tarifa. E ela se dá para prestação de serviços ao estado, diretamente ou indiretamente. A prestação direta ao estado é uma concessão administrativa para estrutura ao próprio estado, como uma concessão administrativa para se fazer uma Escola de Formação de Servidores, ou outros.

Outra, que seria a indireta. O que está querendo se falar aí? É a prestação de serviços à comunidade, aos cidadãos, de forma gratuita, sem tarifas, só que remuneradamente pelo estado. O estado paga a empresa para ela prestar serviços públicos às pessoas sem tarifa. O estado paga essa tarifa. Esse modelo tem sido muito utilizado, por exemplo, na área de saúde em Portugal, em que se faz concessões de hospitais para a iniciativa privada, e o estado remunera a empresa concessionária por isso, no Brasil isso é possível através da Lei das PPPs. Então, se o estado pode e já faz contratos para entidades da iniciativa privada prestarem serviços gratuitos à população, porque ele não

poderia fazer o mesmo contrato com uma entidade pública, mas de Direito Privado. E com isso nós descaracterizaríamos a Fundação como dependente do estado. Ela não é dependente do estado, mas, estou dando uma coisa para o estado e recebendo em troca disso um pagamento.

Sempre vai haver a possibilidade de alguém sustentar a existência do desvio de finalidade administrativa, ou seja, de se estar utilizando um instrumento, para disfarçar uma dependência que sempre existiu. Vai também haver uma dificuldade por que se nós formos por esse critério, nós também podemos caracterizar uma série de empresas públicas e sociedades de economia mista como não dependentes do estado. O metrô, por exemplo. Todo metrô é deficitário. Nós vamos poder considerar que na verdade o metrô não é deficitário, ele não é dependente do estado. O dinheiro que ele recebe do estado é uma remuneração que o estado dá para ele pela prestação do serviço para a população de forma mais barata. E com isso, nós vamos excluindo da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma série de entidades. Em algumas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal há algumas regras restritivas para entidades dependentes. Mas, não há caminho a ser feito sem algumas dificuldades.

Com isso, nós teríamos resolvido a questão da personalidade jurídica da pessoa de Direito Privado. Agora, só isso não seria suficiente para termos uma administração gerencial. Já aludimos aqui que existem uma série de empresas públicas e de sociedade de economia mista que com certeza são de Direito Privado, que funcionam como meras repartições públicas. Têm Ministérios que funcionam de forma mais ágil, mais profissional do que muitas empresas públicas e sociedades de economia mista. Aí eu acho que podemos lançar mão do artigo de outro dispositivo da Constituição, que é o Artigo 37, Parágrafo 8º, que prevê o contrato de gestão como um instrumento, principalmente em matéria de gestão de pessoal, de remuneração, de plano de carreira, como um instrumento de exceção às normas constitucionais. Porque só ser de Direito Privado não afasta todas as disciplinas rígidas da Constituição. Igualdade, concurso público e licitação.

A grande parte das regras da Constituição, que amarram, mas, também moralizam o setor público, são regras que não são para as pessoas jurídicas de Direito Público, são para as entidades de administração direta e indireta, seja de Direito Privado ou Público. Agora, o Artigo 37, Parágrafo 8º, quando diz que ao ser celebrado o contrato de gestão, algumas dessas disciplinas poder ser excluídas, se dando maior autonomia. Então, se nós combinarmos a personalidade jurídica de Direito Privado e essa que eu mencionei, pode ser uma das estratégias. Essa Lei Complementar é essencial. Se nós somarmos a isso a bons contratos objetivos, bons contratos de gestão, associados a contratos de bons serviços prestados por metas, eu acho que nós podemos realmente dar um passo importante nessa matéria. Eram essas as considerações que eu queria trazer para discussão. Obrigado.

3.2- A Fundação Estatal e a Gestão de Serviços Públicos Sociais – Doutora Vera Monteiro

Vera Monteiro – Doutora em Direito Administrativo pela USP, Mestre pela PUC-SP, Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Programa de Educação Continuada da FGV, Coordenadora Executiva da Sociedade Brasileira de Direito Público e Advogada Sócia da Sundfeld.

Obrigada Lenir. Bom dia a todos. Eu agradeço muito a oportunidade de estar aqui, Professor Aragão, Professor Carvalho Filho, os amigos aqui presentes. E venho no papel de ter participado junto com o Professor Carlos Ari, de um trabalho organizado pela Lenir junto a FIOTEC para a organização dessa forma nova de prestação de serviço público de saúde, por meio de Fundações Governamentais Privadas. Esse trabalho foi objeto de muito debate com o pessoal do Ministério. Foi o embasamento para essa brochura que vocês receberam com perguntas e respostas. Foi objeto de muita reflexão sobre a viabilidade jurídica desse modelo de Fundação Estatal de Direito Privado. E já manifesto desde logo a minha total concordância com o que o Professor Alexandre Aragão colocou. Nem tivemos oportunidade de conversar antes desse evento, mas, ele falava e eu dizia: está dito. Não há a necessidade de comentar mais nada.

Eu até começo pelo final da fala dele, me referindo a esse modelo de contratualização. Começo pelo final porque acho o tema mais interessante, até porque convenhamos, essa questão da possibilidade de criação de uma Fundação Governamental Privada, então aqui nós temos usado essa palavra propositalmente para evitar essas dúvidas terminológicas que criam uma série de dificuldades. Então, quando se fala se uma Fundação Pública, e ela se refere a uma Fundação Pública de Direito Privado, então nós optamos em nossos trabalhos junto a FIOTEC e ao Ministério, usar a terminologia de Fundação Governamental de gênero, da qual existiriam duas espécies. Fundação Governamental Privada e a Fundação Governamental Pública.

A doutrina ainda se debate sobre o assunto, como coloca muito bem o Professor Aragão, posições mais xiitas e outras mais abertas, mas, se fizermos uma leitura cuidadosa da legislação a gente vai ver que a legislação permite tanto a Pública quanto a Privada. E o que complica um pouco o debate, é o fato de não haver uma uniformização terminológica, em que momento ela se refere a Constituição Federal ou até mesmo o Decreto Lei 200, ou ao Código Civil então, em que momento se referem a uma Fundação Pública instituída pelo governo, e uma Fundação Privada instituída pelo ente estatal. Porque eu digo que é possível a gente identificar tanto na Constituição Federal quanto no Decreto Lei 200, tanto a pública quanto à privada. Pelo Decreto Lei 200, como foi mencionado aqui, no Artigo 4º, Inciso 2º ou 4º, se não me engano, insere a Fundação dentro daquelas entidades e a coloca em igualdade de condições às entidades da administração indireta, razão pela qual o Decreto Lei 200 a ela poderia ser atribuída uma personalidade jurídica de Direito Privado.

Não bastasse isso, a Constituição Federal, em determinado momento usa o gênero em Fundação pública no sentido de Fundação Governamental, dando a ela aquilo que o Professor Aragão disse: a obrigatoriedade de se seguir todos os requisitos constitucionais, seja pública ou privada, ela é governamental.

Então, ela tem que atender a um chamado regime administrativo mínimo, sobre a qual o professor vai falar em seguida, no seu tema. Mas, a Constituição Federal atribui a qualquer Fundação Governamental obrigatoriedade como de concurso público, licitação, e outros, onde a lei de cada Fundação possa criar flexibilidades, inclusive com relação ao instituto da licitação, que é o que acontece no caso das agências reguladoras, onde se teve a oportunidade de criar o pregão no primeiro momento para a ANATEL, para consulta pública com um regime mais flexível a essas entidades.

De todo modo, a Constituição Federal se refere não só à idéia de Fundação Governamental de Direito Público, como também a Fundação Governamental de Direito Privado, e usa por vezes a palavra Fundação Pública, usa por vezes a palavra Administração Fundacional, e isso cria uma dificuldade terminológica complexa, e eu acho que isso não deve ser o motivo para atrapalhar nosso debate. O próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente já reconheceu que existem essas duas possibilidades de Fundações Governamentais [parte inaudível]. Autarquias travestidas em forma fundacional. Por essa razão seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-lhes o Artigo 39.

Já a Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público, também dita Fundação Pública é Privada, mas, não é particular. Então, eu acho importante fazer essa ressalva apenas para dizer que o debate terminológico não deve ser um obstáculo, mas, sim enfrentar o verdadeiro problema, muito bem colocado pelo Professor Alexandre Aragão. É possível, portanto, a criação de uma instituição, de uma organização por lei, de uma Fundação Governamental de Direito privado. O que isso significa na prática? Na prática, significa que o nosso Direito autoriza que o estado possa se organizar de diversas maneiras, para prestar as suas mais diversas atividades. Nós estamos hoje nos referindo não ao serviço público específico ou ao serviço público econômico, mas, estamos nos referindo às chamadas atividades sociais, serviços sociais ou serviços de fomento. É muito possível que o estado possa lançar mão desse instrumento da Fundação Governamental de Direito Privado para a prestação dessas atividades, como já foi mencionado aqui. São atividades que não envolvem a prestação de um serviço que demande o exercício do chamado poder de autoridade pelo estado.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal vem reafirmando a sua posição no sentido de que quando se tratar de uma entidade com o exercício de poder de autoridade, essa entidade deve revestir a forma autárquica. Nós estamos falando aqui de uma idéia de estado de prestações ao cidadão, não a atividade de regulação setorial, mas, atividade prestacional, seja no setor da saúde, as cultura, da ciência e tecnologia, como foi mencionado aqui no setor da comunicação, que é o caso da TV. Ou no setor de previdência, educação, meio ambiente. São atividades que são abertas à iniciativa privada e cujo dever de prestação também cabe ao estado. Portanto prestacionais, e a questão central aqui não é o poder de autoridade, mas, a questão da eficiência da prestação desses serviços, que são logicamente distintas. É perfeitamente natural que em se tratando de prestações sociais e atividades de fomento, as armas de organização do estado, elas se aproximem muito com aquelas correntes da vida privada.

Já tive vários exemplo, já tive dados nesse setor, que são prestadas por Fundações Privadas, como é o caso da Cultura, da Fundação Padre Anchieta, no Estado de São Paulo, e que é uma Fundação Governamental Privada. Como eu sei que ela é privada? Porque a sua lei instituidora diz que ela é uma Fundação Governamental Privada. Porque eu vejo o regime jurídico desta instituição e os servidores não são ocupantes de cargas, mas, são celetistas. E vejo, portanto, que ela tem algumas flexibilidades na gestão, que não existiria se ela fosse uma Fundação Pública propriamente dita. Outros exemplos, como no caso da Saúde, em São Paulo, que também é uma Fundação Governamental Privada, que é a FURP, Fundação de Remédio Popular, que faz a função de produção de medicamentos para o estado.

Na área da pesquisa podemos mencionar o IPEA, ou no fomento a pesquisa científica especificamente a FAPESP. Então, já temos vários exemplos hoje de Fundações Governamentais Privadas, prestando essas atividades relacionadas a serviços sociais e atividades de fomento como um todo. Sobre a possibilidade de essas entidades prestarem esses serviços com melhor capacidade de gestão, o Professor Alexandre Aragão trouxe o tema, da contratualização desses serviços. Os estudos que nós elaboramos junto com a FETEC também nos levaram a essa mesma conclusão. A conclusão segunda a qual em se tratando de uma atividade que não tem auto-sustentabilidade, por exemplo, como é o caso de uma Fundação na área da Comunicação, esta Fundação Padre Anchieta, por exemplo, que remunera pela veiculação de propaganda, que não desvincula o exercício da atividade à Lei Orçamentária Estadual, no caso da Saúde isto não se coloca, ainda que possam existir atividades paralelas que possam trazer receita à Fundação, parte dela vai ser derivada do próprio serviço prestado à população. A população então, como usuária direta desse serviço, e o estado como usuário indireto desse serviço, usando este instrumento para prestar determinada atividade.

Esse modelo, como já foi mencionado, também está sendo pensado para atividades objeto hoje de prestação por empresas estatais. E me parece um mecanismo legítimo, para viabilizar a criação de um vínculo de menor dependência, aqui falando da Lei de Responsabilidade Fiscal do Estado, menor vínculo de dependência dessas entidades para estatais, das entidades de empresas públicas, com uma administração centralizada. Como o Professor Alexandre falou do metrô, eu menciono como exemplo, a CPTM, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. A CPTM é uma empresa estatal, que diferentemente do metrô não é dependente do estado, a CPTM é integralmente dependente, depende para o seu custeio de recursos orçamentários, e ela está trabalhando no melhor método de governança corporativa, pretendendo ter maior flexibilidade no plano de cargos, maior flexibilidade no plano de salários, melhor flexibilidade no plano da prestação de serviço público, inclusive para ter maior liberdade na ação de investimentos em benefício da própria atividade prestada.

Uma das formas que está sendo trabalhada para que a CPTM possa adquirir essa vantagem de gestão, que possa um dia possa transformar essa entidade em uma entidade não dependente, de forma que ele tenha maior flexibilidade, inclusive no seu processo de contratação, é por meio dessa chamada contratualização com o estado. Um contrato de prestação de serviços propriamente dito. O que demanda racionalidade e seriedade no processo, é a

elaboração de um efetivo contrato de prestação que não seja maquiado, e que não se transforme em um instrumento para mero repasse de recursos, como se naturalmente nada tivesse acontecido. Então, porque essa hipótese da CPTM até hoje não saiu? Porque a CPTM não tem mesmo informações seguras a respeito do seu próprio serviço para metas sejam estabelecidas de forma concreta em um contrato que seja efetivamente seguido à risca. Através de uma lógica de performance, tal qual fosse a lógica de um contrato de construção, só que nesse caso, sem se pensar numa lógica de fins lucrativos, mas, em uma lógica sem fins lucrativos.

O modelo então, do setor de transportes, é o modelo de contratualização para prestação de serviços em que vai se estabelecer a qualidade do serviço, vai se estabelecer a forma do repasse, e em que momento essa entidade pode ser considerada não dependente do estado. Na área da saúde, o Estado de São Paulo tem o exemplo de prestação um pouco diferente. Hoje nós temos a maior parte dos hospitais estaduais, prestados pelo modelo da organização social. O modelo da OS é um pouco diferente do modelo da OS Federal. O modelo da OS do Estado de São Paulo, que hoje é usado no setor da cultura e da saúde somente, a lei apenas autoriza nesses dois setores. E autoriza para que fim? Para que uma entidade privada seja qualificada como uma organização social e seja contratualizada a relação de modo ao estado fazer repasses, para que essa entidade preste serviços na área da saúde. Então, como exemplo são os hospitais geridos hoje pelas freiras da Faculdade Santa Marcelina, que hoje são hospitais de ponta do Estado de São Paulo, a legislação não permite a transformação de hospitais existentes à época da edição da lei em transformação desses hospitais, em entidades privadas. São só novas estruturas do estado, que na verdade havia um problema histórico no estado, foram criados vários esqueletos de obras de hospitais, que não foram aparelhados, e por isso esse modelo, para fim de que esses esqueletos fossem aparelhados, e a gestão dada a eles fosse uma gestão privada, com uma maior flexibilidade. Saindo do modelo de gestão direta da Secretaria de Saúde.

Então não se cogita, por exemplo, de transformação do Hospital das Clínicas, em uma organização social. A lógica, por isso que eu disse que é um pouco diferente da lógica da ótica federal, que pressupõe a despublicização. Lá, a idéia não é a de transformação de uma entidade pública em privada, mas, a de permitir que novos equipamentos públicos sejam geridos por entidades privadas. Sem fins lucrativos. A relação contratualizada por meio do chamado contrato de gestão, e que não é esse contrato de gestão mencionado a pouco, do Artigo 37, Parágrafo 8º, nada mais é do que um contrato de prestação de serviços, em que os gestores privados recebem pela excelência da sua atividade. Nós temos então, visto nesses últimos anos, um esforço significativo de elaboração desses instrumentos, e mais do que isso, um esforço gigantesco no aparelhamento do estado para que o acompanhamento e a gestão desses instrumentos. O estado não está acostumado a fazer gestão de contratos sequer de limpeza de prédio público, quanto mais de gestão de contratos complexos como são esses.

Ainda que os modelos sejam diferentes, no fundo estamos falando da mesma realidade. A possibilidade, portanto aqui, de se contratualizar como uma Fundação Governamental Privada, lá de se contratualizar como uma entidade privada, qualificada como organização social ou ainda a possibilidade de se

contratualizar a empresa estatal, como o exemplo da CPTM. Nesses três exemplos, o desafio é o mesmo. O de não mascarar as entidades, sob pena desses instrumentos serem inócuos, desses instrumentos serem grandes fontes de desvio. Se nós estamos pautando nosso debate pela necessidade de maior flexibilidade na gestão da empresa pública, necessariamente essa maior flexibilidade deve vir acompanhada de responsabilidade nesses processos. Então, nosso trabalho e as nossas conclusões, foram no sentido, sem dúvida nenhuma, e estamos conscientes da viabilidade e da possibilidade de um modelo ou de outro, podemos pensar no modelo da OS que usamos em São Paulo, que até agora tem sido bem utilizado, mas, também faço um outro parênteses.

Tenho acompanhado de perto esses modelos de OS e tenho visto que quando esses contratos envolvem vultuosos recursos, e quando esses contratos passam da lógica de o serviço social para se tornar um serviço que tem um viés econômico, o liame entre esses contratos prestacionais com atividades sem fins lucrativos, e contratos de concessão propriamente ditos, é um liame muito tênue. Por que eu digo isso? Porque eu percebo que em determinado momento, no caso das Os de São Paulo, começa a se perguntar qual é o interesse de uma entidade privada na gestão de um equipamento público extremamente sofisticado, que lhe atribui uma série de riscos na gestão desse negócio, sem que haja uma contrapartida financeira que lhe possa justificar essa função. Por isso é que eu disse: transformar esses serviços sociais em uma lógica que pode ser uma lógica econômica, precisa ter certos reparos. Então, por isso que na esfera federal, talvez não se tenha cogitado em um modelo de OS, mas, se cogite na manutenção da Fundação Governamental, porque se mantém o patrimônio, mas, com uma gestão privada.

A minha preocupação é em que sentido? Hoje, grandes hospitais que se torram grandes estruturas para o estado, dão ao seu gestor privado muitos ônus, porque o estado demora na realização do seu repasse. Então, se é um contrato de prestação de serviço, mas, o estado não paga, os contratos assumidos pelo ente com terceiros, se a entidade privada não recebe, todos os ônus decorrentes do não pagamento, os investimentos, e a ausência de um relacionamento que seja de uma lógica mais moderna, porque a lógica hoje qual é, os repasses são feitos e não é utilizado, volta para o orçamento. E a lógica hoje orçamentária qualquer, que não se dá flexibilidade na sua prestação. Mesmo no Estado de São Paulo, que esse modelo da OS é um modelo de sucesso, a questão da gestão é muito complicada. Porque demanda do estado, o estado precisou se aparelhar para isso, e não estava preparado para acompanhar esses contratos.

A segunda coisa é ter os olhos bem abertos, para saber até onde esse modelo é útil. Porque quando deixar de ser útil, o estado deva ele próprio prestar aquela atividade. Quando aquela prestação social sem fins lucrativos, ela é uma boa forma de gestão, ou se a lógica da concessão administrativa pode ser uma melhor solução, aplicando a lógica da parceria público-privada, na gestão dos equipamentos de saúde. Aqui já organizando meu pensamento para finalizar, eu concordo com o Professor Alexandre, que uma Lei Complementar que venha exclusivamente dizer quais são as áreas em que se poderá atuar uma Fundação Governamental, ela é uma lei inócua. Porque aquela ausência da Lei

do Artigo 37 da Constituição Federal, não impede a criação de novas Fundações, isso como bem disse aqui o Professor Aragão. O Decreto Lei 200 já diz isso. O próprio Decreto Lei foi recepcionado como uma norma complementar, tanto quanto as outras como aconteceu na virada da Constituição Federal.

Uma Lei Complementar que venha com essa característica, ela resolve para auxiliar aqueles menos envolvidos no debate, que ainda duvidam que possa haver a criação da Fundação Governamental Privada. E não resolve para atender as nossas demandas, que é de saber como haverá a segurança na prestação desse serviço. É a questão da responsabilidade de parte a parte. Eu creio que o modelo da Fundação Governamental Privada pode ser útil, pode ser uma via legitimamente utilizada. Acho que do ponto de vista jurídico, temos bons argumentos para sustentar sua viabilidade, é um bom ganho e pode ser um bom passo, para um novo modelo de gestão. Mas, em um novo modelo de gestão que não haja responsabilidade do órgão público contratante será absolutamente ineficiente. Obrigada.

3.3– A Fundação Estatal de Direito Privado e Regime Administrativo Mínimo – Professor Carvalho Filho

José dos Santos Carvalho Filho – *Procurador de Justiça do Rio de Janeiro, aposentado. Professor de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.*

Muito bom dia a todos. Eu gostaria de cumprimentar meus amigos integrantes da mesa, na pessoa da Doutora Lenir Santos, e meus ilustres amigos e Professores Vera Monteiro e Alexandre Aragão, e também não posso deixar de registrar a presença de ilustres colegas e professores, com os quais tive a honra de conviver e vejo aqui, nos honrando com sua presença: O Doutor Sergio de Andrea Ferreira, e o Doutor José Eduardo Sabo Paes. Também cumprimento a Professora Maria Paula Dallari Bucci.

Uma notícia alvissareira para todos os presentes é a de que eu vou ser sucinto. Isso é uma notícia que sempre agrada a todos. Até porque a mim me parece que os Professores Alexandre Aragão e Vera Monteiro, na parte introdutória das Fundações, acho que fizeram as adequadas observações. Eu aqui me permiti apenas trazer uma ou outra observação, porque a minha tarefa é comentar sobre alguns aspectos do Regime Administrativo Mínimo, e se diz mínimo exatamente porque não importa a natureza jurídica da pessoa da administração indireta. Ela vai sempre que ter um regime híbrido, e só por estar vinculada ao Estado ela há de se submeter a regras específicas; jamais vai poder ser uma pessoa integralmente idêntica às do setor privado.

Mas, um outro aspecto que foi realçado aqui, e que me parece que devemos comentar, é o aspecto de que todo esse esforço que, aliás, merece aplausos - de se desenvolverem aspectos e instituições nestes trabalhos - é um esforço imenso e eu ousou dizer pelas minhas idas e vindas por esses Estados que, infelizmente, não são muitos os órgãos públicos e entidades públicas que têm se dado a esse trabalho de inaugurar novas formas, enfim, de transformar o Estado em um Estado gerencial. Porque a nossa reforma administrativa é de

junho de 98 e está completando agora 9 anos. Portanto, a idéia da reforma administrativa na Emenda 19 foi a de pelo menos transformar o Estado de forma que ele pudesse desenvolver suas atividades calcadas em três aspectos: sua eficácia, sua eficiência e sua efetividade.

O que o estado precisa na verdade desenvolver é o planejamento. Para que sua atividade tenha um resultado efetivo, é preciso que haja meios adequados de prestação de serviços, que corresponde à eficácia; o modo de fazê-lo, que corresponde à eficiência; e para que se possa atingir o resultado e aí termos a efetividade. E nós sabemos muito bem que não adianta só termos os mecanismos instrumentais, se o *modus operandi* for frustrado. Do mesmo modo, não adianta termos de executar serviços públicos eficientes e não termos à mão instrumentos que lhe possam conferir eficácia. Em ambos os casos não se atingirá o terceiro requisito, que é a efetividade. Então, a mim me parece - e eu aplaudo a iniciativa - que se nota no debate, no estudo que está sendo realizado por especialistas, pelos colegas professores, é que se está tentando de alguma forma pelo menos resolver alguns problemas, não vou dizer globais, mas, pelo menos setoriais, como é o caso que na verdade das Fundações governamentais.

E o aspecto da nomenclatura também já foi aqui comentado, e eu costumo dizer que para mim é uma coisa melancólica. Eu também concordo com o Professor Aragão exatamente nesse sentido - de que rótulos são secundários e que conteúdos é que são os elementos de identificação. Mas, se os rótulos fossem mais bem absorvidos, seria melhor. Para nós que basicamente executamos uma tarefa de magistério, e minha vida foi toda calcada no magistério, um dos dias em que eu tenho certo estresse antecipado quando vou ministrar uma aula em uma turma, é quando eu me deparo com o tema administração indireta e basicamente com as Fundações. Porque essa história de Fundações de Direito Público e Fundações de Direito Privado - acho que ela nunca elucidou nada e que só complicou as pessoas. Quer dizer, se para as pessoas que estão estudando Direito Administrativo (e nós já estudamos, já temos formação e já vimos as razões), você diz assim: “as Fundações de Direito Público são diferentes porque elas são espécie do gênero Autarquia”, - é muito comum o aluno perguntar porque então não são autarquias. Por que mantê-las como Fundação, se vocês estão dizendo que a Fundação é de Direito Público ?

Por que então manter a denominação ? E essa questão não é uma questão que assalta somente os estudantes. Eu fui coletando várias dessas vacilações, inclusive alguns conflitos de competência que vinham assim do primeiro grau de jurisdição - conflitos entre juízes federais e estaduais, só para efeito de processar e julgar feitos em que Fundações eram partes litigantes. E é verdade. Se colocar mos isso em termos de fundações federais, poderá haver diferença entre justiça federal e a estadual no que toca à competência.

Então, quantos conflitos já não foram criados por juízes no âmbito federal e no estadual ? Isso foi levado para o Tribunal local quando muitas vezes ainda não se formava o conflito, e depois chegou ao STJ, e ele decidiu que era de um tipo e o STF analisou que era de outro tipo, contrariamente ao que achou o STJ. O que verificamos em última instância é que ninguém está seguro da linha que divide uma categoria de Fundação da outra. Explicações são razoáveis. Deve-

se prestar um serviço público, a gestão deve ser mais ou menos independente, mas são linhas. Porque nós sabemos, e foi dito aqui, que algumas Fundações foram criadas por lei com a nomenclatura de Direito Privado, mas acabaram sendo consideradas Fundações de Direito Público. É difícil você tentar convencer uma pessoa de que a lei a categorizou como inserida em determinada categoria, e pelo tipo de formatação, o chamado regime jurídico, se chegou a conclusão de que ela não era aquilo, era aquilo outro.

E os efeitos que advieram daquela entidade, quando ela era supostamente categorizada como tal? Essas coisas não ajudam o desenvolvimento do Estado empresarial. Mas, voltando ao foco, e aqui eu volto ao tema objetivamente, em primeiro lugar eu gostaria de dizer que causou muita espécie que a Emenda Constitucional 19 tivesse inserido aquela parte final do Inciso XIX no Artigo 37. Naquela parte final - vou aqui só por questão de lembrança invocar o texto - se diz: “somente por lei específica pode ser criada Autarquia”; quer dizer: a Constituição não falou nada de Fundação Pública, ou melhor, de Fundação sob o regime de Direito Público; ela só falou em Autarquia, mas, como sabemos que essas Fundações de Direito Público são espécies de Autarquias, devemos considerá-las inclusas aqui. Só por isso.

Por que lá na frente a Constituição fala em Fundações instituídas e mantidas? Então, se é mantida, não pode ser privada, é pública. Quer dizer: a Constituição se refere às Fundações regidas pelo Direito Público em várias passagens, mas, na hora de elencar as pessoas que devem ser criadas por lei ou ter sua criação autorizada por lei, ela não faz a menor referência. Pelo contrário. Ela vai fazer referência certamente à de Direito Privado. Isso porque ao dizer o dispositivo: “somente por lei específica poderá se criar a Autarquia, e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de Fundação”, essa Fundação só pode ser a de Direito Privado. Porque se fosse de Direito Público, a sua instituição se faria por lei diretamente. E ela está aqui elencada como aquelas que dependem de uma autorização legal. Quem depende de autorização legal para ser instituída depois nos moldes do Direito Privado são as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as Fundações de Direito Privado. E aí o raciocínio é linear.

E no final disse o dispositivo com a alteração da Emenda Constitucional: “cabendo à Lei Complementar neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Ou seja: duas coisas. Em primeiro lugar, a instituição em si é autorizada por uma Lei Ordinária, que, aliás, é o instrumento de criação para empresa pública e sociedade de economia mista. Agora, as áreas de atuação são definidas por uma Lei Complementar. A primeira pergunta que surge é a seguinte: porque uma Lei Complementar? Poderíamos explicar: a Lei Complementar tem um quorum de aprovação difícil, e assim ela não sofreria variações ao sabor dos acordos. Mas, esse argumento serviria também para as ordinárias, porque se as Emendas Constitucionais também são sujeitas muitas vezes a acordos políticos, não é a Lei Complementar que vai causar algum impedimento maior, para causar um nível maior de especificação, para que apenas se relacionem *as atividades* sujeitas à Fundação, no caso aqui denominada de Estatal de Direito Privado.

Da minha parte - costumamos dizer “nós”, de formação jurídica,- *legem habemus*; então não adianta mais discutir. Ou seja, teremos que produzir uma

Lei Complementar, e nessa Lei Complementar teremos que relacionar as atividades que deverão ser objeto das Fundações de Direito Privado. Ainda sob esse aspecto, e aí eu quero humildemente expor a minha opinião, a Fundação criada pelo estado, já é uma figura anômala, em relação às Fundações, como categoria básica do Direito Privado. Elas foram e são necessárias, mas, elas têm os mesmos mecanismos que geram as Fundações de Direito Privado? Não. Na verdade, não tem nada de patrimônio destacável, não tem vontade irrevogável. A Fundação Governamental, na verdade, é um instrumento de descentralização administrativa.

E aí podemos dizer que é um instrumento de descentralização, no caso, dedicado mais ao exercício de funções de natureza social, ou seja, não econômica, não lucrativa. Sob esse aspecto estamos sempre de acordo. Toda a doutrina é unânime, as decisões são também no mesmo sentido. Mas, surge uma pequena colocação quando se imagina essa Fundação Estatal de Direito Privado. Na minha opinião, nunca deixou de existir, como eu vejo que alguns sugerem, elas nunca deixaram de existir, apenas o que eu notei foi um processo de *publicização* das Fundações. Em certo momento tudo que era Fundação, por algum pequeno dado, passou a ser caracterizado como Fundação de Direito Público Autárquica. Mas, na verdade, nunca deixaram de existir as Fundações de Direito Privado. E aqui, o que se está tentando fazer, a meu ver - e é digno de merecer aplausos - é na verdade implementar essa norma que acabou ficando de eficácia limitada, lá no Artigo 37, inciso XIX.

Nessa parte eu me permito apenas fazer remissão aos colegas que me antecederam. Vou aqui me ater ao Regime Administrativo Mínimo. Estou partindo da premissa de que já estamos em condições de, sem maiores polêmicas sobre a natureza das Fundações, estar dando origem, produzindo Fundações Estatais de Direito Privado. O fato - e esse é o primeiro ponto - de essas Fundações Estatais, ainda que dotadas de personalidades de Direito Público e Privado, integrarem a administração indireta vai obrigá-las a sempre se sujeitar às normas de Direito Público. Isto ocorre exatamente porque para todas as pessoas administrativas, ou melhor, sobre todas as pessoas administrativas incide um Regime Administrativo Mínimo. Eu assinalarei algumas informações sobre o que essas Fundações Privadas, criadas pelo estado, teriam que observar, ainda que fossem flexibilizadas pela sua personificação de Direito Privado; o que elas teriam que observar ainda em relação a princípios e normas de Direito Público.

Aqui chamo atenção para o primeiro plano de observância dessas Fundações. São os princípios constitucionais: o Artigo 37 Caput. Ele não distingue se a pessoa é de Direito Privado ou Público; ele se limita a observar que as pessoas da administração indireta e as administrações diretas, todas deverão observar os princípios constitucionais - aqueles que nós inscrevemos lá no Artigo 37 Caput. E aqui faço uma referência a dois aspectos.

Primeiro, o da eficiência, que foi inserido também pela Emenda Constitucional 19 de 1998. Eu me lembro que estava em um Congresso Internacional, e eufórico estava informando a um professor argentino que o Brasil acabara de implementar uma reforma administrativa, com aquela mania que a gente tem de falar antecipadamente o que a gente não deve, e falei que nosso legislador constituinte tinha inserido mais um princípio constitucional. Ele me

perguntou qual e respondi: o princípio da eficiência. Ele me olhou com um olhar “argentino” e perguntou: mas precisava, Professor? Porque você pode pegar qualquer compendio de 200 anos atrás, do Visconde de Uruguai, que você vai ver lá que o dever de eficiência é inerente à administração. Não precisa ninguém escrever. Como ninguém precisa escrever que a administração precisa seguir o princípio da moralidade. No entanto está lá escrito e nós temos enfrentado situações de imoralidade gravíssimas. Este é o primeiro ponto a considerar. Entender que qualquer tipo de gestão empresarial, ou o Estado gerencial só vai prosperar se houver uma profunda mudança de comportamento, uma transformação, uma mudança de mentalidade quanto aos valores éticos. Eu me permito até dizer me estamos vivendo um momento de baixa estima, em termos de valores éticos.

Nós somos super generosos, solidários, maravilhosos e simpáticos, mas o nosso modelo ético está definitivamente comprometido, e só a sociedade pode se propor este tipo de alteração, de transformação. Então, a meu ver a moralidade vai ser um dos aspectos mais importantes em relação à gestão dessas Fundações. Porque na verdade, se nós pensarmos bem, esses valores, - isso é muito importante para sermos honestos, pois estamos falando aqui em “petit comité” - , na verdade a Fundação Privada recebe; a outra, pública, também recebe um montante de valor, mas a diferença está em que uma esses recursos estão inseridos no seu plano orçamentário, já que é Autarquia. A Fundação privada receberia também, embora através de outras rubricas orçamentárias, como pagamento do serviço prestado em decorrência do contrato de gestão. Portanto, o primeiro aspecto a considerar: tanto faz que essa remuneração se concretize por rubrica orçamentária, como através de valores relativos a prestação do serviço de corrente do contrato de gestão; tratar-se-á de dinheiro público. E em se tratando de dinheiro público, mais do que nunca, vai ser necessário que haja uma administração sob um controle rigoroso.

Então eu passo para o segundo ponto. O regime de controle. Nós sabemos que há uma grande dificuldade no que se refere a questão do controle. Nós temos ‘n’ modalidades de controle, mas não adianta termos apenas a forma abstrata dos controles se eles não forem efetivamente implementados. E o que se tem notado, pelo menos é a afirmação que decorre do que tenho estudado, é que a questão do controle tem levado aos ralos uma quantidade impensável de valores públicos. Eu cito aqui um exemplo, que é a questão dos valores que são traspassados em virtude dos convênios. Nós temos aqui a União que traspassa para município, estado para município, e o que a gente observa é um descontrole geral. Eu tenho uma estatística mostrando, por exemplo, quantos prefeitos estão respondendo a ações pelo fato de terem produzido desvios de finalidade com recursos públicos. Recursos advindos de outro ente público. Mais comum é a União Federal. A meu ver quem tem o dever de repassar valores tem o dever de controlar a forma como esses valores são utilizados. É um dever inerente a quem repassa. Sobre essa parte do controle, a meu ver, poder-se-ia pensar que o fato de ser de Direito Privado, levaria a uma gestão financeira orçamentária empresarial tão autônoma, que levasse ao extremo de eximir as Fundações de controles do Poder Público. A meu ver não. Embora tenham elas a sua própria autonomia gerencial, é preciso verificar a forma como a gestão está sendo implementada.

Todos sabemos que, quando a Constituição fala na fiscalização econômica financeira do estado no Artigo 70, ela usa o termo “economicidade”. Às vezes a gente não se detém no tema, mas economicidade não é legalidade, é um aspecto de valoração sobre os gastos que estão sendo executados. Há gastos que podem estar sendo executados sob uma capa aparente da legalidade, e no exame no âmago da negociação, você poderá encontrar desvio de valores. É possível que tenha ocorrido.

Eu aqui vou me permitir comentar sobre a questão das licitações. Aqui nós vamos ter um problema com relação ao contrato de gestão. Ele tem como contratante o Poder Público e contratada, a Fundação. Então, a primeira indagação que se faria é: se essa contratação é para exercer atividades não exclusivas do estado, ela ensejaria dispensa da licitação? Porque no elenco do Artigo 24 da Lei de Licitações, nós não encontramos essa forma de dispensa. No entanto, encontramos dispensa de licitação - e até foi acrescentada mais recentemente, - no caso de contratos de prestação de serviços com organizações sociais. Veja-se que coisa interessante. Organizações sociais são entidades do terceiro setor não integrantes da administração, elas podem ser contratadas com dispensa de licitação, e não há referência a Fundações Públicas de Direito Privado que prestam atividades não exclusivas do estado.

A meu ver, urgiria uma alteração legislativa para deixar bem clara essa dispensa. Porque não faltará quem diga que o serviço não é exclusivo. Então haveria um regime, em tese, de competitividade. Assim, para excluir esse caráter de competitividade, a mim me parece que o ideal seria que se inserisse expressamente a Fundação no Artigo 24. Aliás, quem ler o Artigo 24 hoje, vai ver quantas inserções foram feitas. No que toca à questão da estratégia legislativa, aqui estou já considerando as ponderações da Doutora Maria Paula Dallari. Não sou a pessoa mais indicada para informar aspectos ligados ao procedimento legislativo, as estratégias legislativas. Sempre vivi muito afastado do Poder Legislativo. O que me parece que a estratégia deverá conter para convencimento do Parlamento é apenas a necessidade de otimizar, de organizar alguns serviços e implementar aquela norma que continua em branco na Constituição. Eu não vejo um outro fundamento. É claro que nas discussões parlamentares sempre vai haver quem queira inserir mais alguma atividade, ou excluir alguma; há muitos interesses em jogo.

Na verdade, eu acho que o próprio governo, se autor do projeto, é que certamente vai ter a função de procurar mostrar que se trata de um vetor do princípio da eficiência. A questão do pessoal, por exemplo. Eu não tenho a menor dúvida de que uma Fundação Governamental de Direito Privado tem que ter no seu quadro pessoas regidas pela CLT. Porque nós sabemos quais são os problemas do regime estatutário. Não há como se flexibilizar a atuação de entidade alguma se for regime estatutário. O regime estatutário é muito bom para quem está nele, garantido, porque tem um número significativo de garantias. Mas, para quem quer flexibilizar atividades, o estatutário não é o adequado, e eu me lembro, nos estudos que nós fizemos aqui, que se chegou à conclusão de que seria inadequado, ou até inviável, que houvesse servidores estatutários cedidos para as Fundações Estatais. Eu também acho que não deveria. Desculpem as hipóteses excepcionais que podem existir aqui, mas, não tem coisa mais complicada do que cessão funcional de servidor. E aqui, se houver alguns de vocês, que vocês usufruam bastante.

Eu já tive a honra de trabalhar como Assessor Jurídico do Procurador Geral de Justiça, e todo problema mais grave que batia na minha mesa era sobre servidor cedido. E o nosso MP do Estado tem gente de prefeitura, da FLUMITRENS, de empresa pública, dos Correios, estadual, federal, com ônus, sem ônus. É uma confusão, e não tem um regime uniforme para ser seguido. Cada caso é um caso. O cedido não auxilia a Fundação Estatal não. O que o estado tem que fazer, e às vezes custa a fazer, é um concurso público. Antes de inaugurar sua implementação, tem que fazer um concurso público, porque se trata de uma pessoa da administração indireta, e o fato de ser celetista, vocês sabe muito bem, não exime a entidade de realizar o concurso público. É claro que vai causar alguns efeitos, algumas discussões. Ao invés de criarmos a entidade e contratarmos pessoas pelo regime contratualista temporário, para depois começarmos a executar as funções, é melhor primeiro fazer o concurso público, para que se possa completar seu pessoal e começar a atividade fundacional.

Nós sabemos de alguns exemplos trágicos que começaram exatamente assim. Contratos temporários pelo regime especial que se perpetuaram e até hoje com alguns contratos gerando problemas para a administração. No meu entender, este é um regime incompatível com a Constituição, é obvio. E finalmente, também a menção feita pela Doutora Maria Paula Dallari sobre os recursos orçamentários diferenciados. Eu também não tenho a menor dúvida de que nenhuma entidade ligada à administração direta tem facilidade de gestão pela interligação de repasses orçamentais. É sempre uma questão difícil. Eu nunca ouvi, nessas minhas idas e vindas dos municípios, alguém dizer que todo mês recebe o repasse. Sem sequer precisar telefonar. Eu nunca ouvi falar nisso. Eu sempre ouvi que “eu vou telefonar”, “falar com fulano, amigo do fulano”, para ver se ele acelera o repasse. Então, essa questão não vai levar a eficiência nenhuma entidade. A mim me parece que, já que pretendemos que a Fundação vai prestar um serviço, que o Estado pague esse serviço. Que ele seja adimplente.

O certo é que também vai se afigurar muito estranho a Fundação de Direito Privado - que não vai ter sua base orçamentária com receitas de fora, visto que a receita básica na verdade é o pagamento efetuado pelo contratante Estado - que a Fundação vá continuar suas atividades se houver inadimplência nos pagamentos de seus serviços. De qualquer maneira os valores vêm da administração direta, por via orçamentária e por via pagamento. Às vezes nem um nem outro vêm com facilidade. Então, se a Fundação não tem outros meios de renda, como ela vai gerir seu orçamento. Eu estou aqui pressupondo que nossas autoridades governamentais vão ter um carinho tão grande com essas Fundações Estatais de Direito Privado, que o pagamento pelos serviços que elas prestarem vá ser efetuado em dia e hora certos. Vai ser uma exceção no sistema, mas, quem sabe não é o início de uma nova postura do Estado em relação aos seus órgãos. São essas as observações, e é claro que haveria outras, mas, para respeitar rigorosamente o tempo, eu queria encerrar a exposição e mais uma vez agradecer a gentileza do convite, e parabenizando as entidades e órgãos que deflagraram esse evento tão significativo. Muito obrigado.

4. PAINEL II: ASPECTOS RELEVANTES DA FUNDAÇÃO ESTATAL DE DIREITO PRIVADO

4.1 – Fundação Estatal – Conceito, Classificação e Regime Tributário – Doutor Jose Eduardo Sabo Paes

Doutor José Eduardo Sabo Paes – Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri, Espanha e Professor do Programa de Mestrado de Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB

Primeiramente agradeço a Deus a oportunidade de estar aqui desde manhã ouvindo e aprendendo. Agradeço aos integrantes do grupo de trabalho, criado no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pela continuidade, esforço e integração que tiveram com os diversos órgãos, agentes da administração e agentes políticos para estabelecer essa nova forma jurídica institucional. Agradeço de forma especial a Valéria Albino Bigonha Salgado pela dedicação extrema, ao Sábado Girardi também e depois desses agradecimentos passo aos cumprimentos.

Cumprimento todos os integrantes da mesa e é realmente uma honra compartilhar essa mesa com nosso sempre professor e mestre Sergio de Andrea Ferreira, que é um esteio nesse âmbito do estudo do Direito Fundacional, e também a oportunidade excelente de estar ao lado e ter a oportunidade de ouvir pessoalmente o Doutor Gustavo Binenbojm. É claro que tivemos uma manhã intensa e não poderia deixar de cumprimentar a coordenadora. A Doutora Lenir Santos pela condução dos trabalhos e o professor e mestre José dos Santos Carvalho Filho, que não deixou lacunas perceptíveis no estudo que fez da sua apresentação, junto com os demais integrantes da mesa anterior. De forma que imaginei desde ontem à noite, de dar uma roupagem um pouco diferenciada no título que tinha sido proposto, e que eu tinha me comprometido a tratar. Resolvi reordenar de forma diferenciada este estudo. E apresento a todos os senhores senhoras, que com dedicação estão aqui hoje à tarde.

A nossa palestra recebeu o título de Fundação Estatal – Conceito, Classificação e Regime Tributário. O nosso tema vai ser concretamente uma abordagem a respeito de estudos sobre Fundação. Porque é a gênese do nosso encontro, do nosso trabalho. Porque Fundação é o substrato da norma ou do projeto de norma, ou do Projeto de Lei que estamos trazendo aqui hoje. Vamos refletir um pouco sobre este tema. O que é a Fundação, qual é a origem desta hoje pessoa jurídica. Qual a sua evolução na história, qual a sua presença no sistema jurídico brasileiro. Vamos começar a desenvolver este tema e depois chegar as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público de Direito Privado.

Primeiramente. Parece-me que de forma muito clara nós devemos ver que de igual sorte que outras pessoas jurídicas, houve uma construção de conferir esta personalidade a uma ação, a um comportamento, a uma manifestação de atributos a pessoas naturais em nome da solidariedade, em nome da busca de

auxílio a quem precisava, a busca de manter vivos idéias, sonhos, mesmo depois de que o próprio autor, a própria pessoa que imaginou realizar aquela atividade, tivesse mais presente, estivesse mais viva. Então, a primeira idéia foi de instrumentalizar um sonho, um anseio, uma ação. Esta idéia surgiu a muitos e muitos anos. Ela surgiu como manifestação da antiga Grécia e depois em manifestação no Direito Romano, quando também no Direito Romano ainda não era pessoa jurídica. Com certeza debateram eles muito e aprofundadamente essa questão, se conferiam ou não personalidade jurídica às Fundações. Ou seja, se conferiam às atividades, às reuniões, colegium, uma personalidade jurídica. Atribuía-se a essas ações de benemerência, se atribuía uma personalidade.

Importa sabermos que dentro desta evolução histórica, este instituto só recebeu essa formação depois de movimentos por demais conhecidos como renascimento, reforma, e que se procurou atribuir a um patrimônio a personalidade jurídica. Evidentemente que houve um choque muito grande com o poder dominante nesta época da idade moderna, que foi a igreja, e concordou com a atribuição de personalidade, ela que realizava esse trabalho assistencial. Para nós, essa idéia de filantropia, essa idéia de Fundação orientada para a atividade de interesse geral, surgiu nessa época da idade moderna, nessa época de renascimento. Para nós no Brasil. No Brasil como sabemos, ordenações Manuelinas, Afonsinas, nós recebemos então esse direito português, e com esse direito e idéias dos portugueses, e tivemos as primeiras idéias de Fundações no século XVIII. Nesse século temos a presença muito forte do Rio de Janeiro, não só nessa mesa como todo o evento, e o exemplo é do Rio de Janeiro, de um local perto do Ministério Público do Rio de Janeiro. Santa Casa de Misericórdia, onde Cícero Romão Mattos Duarte, um milionário português criou uma roda para colocar os dispostos lá e depois começou a manter junto à Santa Casa, uma forma de receber aquelas crianças que não eram passíveis de serem educadas por suas mães. Essa foi a primeira manifestação, e que recebeu uma conformação de Fundação por volta de 1758.

O que importa para nós. O primeiro ponto: a natureza jurídica. O que é inegável, inquestionável é que elas nasceram sob os auspícios da iniciativa privada, do Direito Privado, da inspiração das pessoas, nós temos então essa natureza de Direito Jurídico Privado para as Fundações. Podemos passar para o conceito, não sem dificuldade, porque conceituar é algo que permite um exercício incrível de devaneios, porque você pode criar um conceito fechado, um conceito aberto, e em termos de Fundações nós temos conceitos que se tornaram clássicos, alguns dos quais estão até nesta pasta, e dentro desses conceitos apresentados o que importa para nós, é entendermos que a Fundação é essa universalidade de bens personalizados. E que essa finalidade afeta está a um patrimônio. Finalidade esta de interesse social.

Quais são as características principais. A finalidade, que é e deve ser sempre social e não lucrativa. Ou seja, lícita por óbvio e não de ser modificada por seus administradores. Não podem haver novos fins que contrariem aqueles colocados inicialmente. Evidentemente que nós temos todo um regramento jurídico, que depois eu faço alusão, mas, o que importa para nós é que não devem haver restrições nas finalidades das Fundações. Aqui até foi dito do Parágrafo Único do Artigo 62, restrições essas a quatro finalidades que o

Código atual trouxe, com que a doutrina, com que o Conselho de Justiça Federal, com que no âmbito do STJ, com que nós não concordamos, por razões constitucionais e legais que possa o legislador ordinário restringir o campo de atuação das Fundações.

Outro ponto é a forma de criação é livre manifestação das pessoas físicas ou jurídicas por escritura pública, testamentos, atos intervivos, que manifestem o desejo de doação desse ente, que em primeiro lugar tem que ter um patrimônio. O patrimônio é uma condição básica, é uma condição elementar. Ter patrimônio composto por suficientes bens livres, por bens que deverão ser suficientemente capazes de fazer com que aquela Fundação ingresse no mundo jurídico, e suficiente para realização de suas finalidades. Não é possível como no Direito Alemão, a existência de uma Fundação vazia que se encha com o tempo, que seja capaz de realizar suas atividades com seu exercício próprio das atividades. Ela tem que ser apta a iniciar e iniciar muito bem a sua caminhada.

Outro ponto é o modo de administração. A administração ou organização administrativa é sempre vinculada àquela finalidade, e nesse ponto esclarecimento deve ser dado, que deve haver desvinculação dos instituidores com os administradores. São momentos, são pessoas distintas e ela adquirir vida própria conduzida pelos administradores. O último ponto falo então do tema Fundação, o acompanhamento estatal em razão da importância para a sociedade desse ente em razão do regime tributário, em razão do regime sócias, em razão das atividades que realiza, há uma instituição competente que acompanha essas Fundações, no caso brasileiro, o Ministério Público que trata do velamento das Fundações. Diferente não é na grande maioria dos outros países, tanto no âmbito americano, como âmbito europeu. A estrutura é praticamente essa e são difíceis as alterações.

Para que possamos então melhor compreender eu apenas fiz remissão à regulação civil, aos artigos que disciplinam essa matéria no âmbito do Código Civil. Ali está invertido. Primeiro eu coloquei dos Artigos 62 a 69, são eles que disciplinam o que eu disse aqui a pouco com relação à finalidade, com relação a uma definição posta no Artigo 62, com relação ao patrimônio, com relação aos Artigos 62, 63, 64, com relação à administração os Artigos 65, 66, 67, mas, logo abaixo coloquei outros tantos, 45 a 52. Eu chamo de parte geral da parte geral do Código Civil. É a parte geral das pessoas jurídicas de Direito Privado, é aquilo que regula a atuação não só das Fundações, mas também das Associações. Para que possamos entender, depois no final da nossa conversa, para que possamos compreender essa figura da Fundação Pública de Direito Privado.

As Fundações podemos assim afirmar, apresentam hoje por iniciativa da doutrina, e aqui nós temos os grandes expoentes, como Sergio de Andrea Ferreira, Professor José dos Santos Carvalho Filho, hoje nós temos uma classificação em Fundações de Direito Privado ou Fundações Particulares. São aquelas instituídas por pessoas físicas ou até jurídicas no âmbito do Direito Privado, são as Fundações particulares criadas por qualquer indivíduo com capacidade a do Código Civil, com capacidade civil, capacidade financeira para criar a Fundação. Ele então destaca do seu patrimônio aqueles bens livres que tiver e inicia um procedimento para as tratativas para a criação de uma

Fundação, onde não adentraremos no tema, só depois quando falarmos de forma específica da Fundação que nos interessa, mas, a criação de uma Fundação é um ato jurídico de natureza tratativa do jurídico complexo, onde há dois momentos. O da instituição ou da escritura no Cartório de Registro de Documentos e o registro de estatuto, no Cartório de Pessoas Jurídicas.

Algo que também vai ser refletido, nós vamos entender porque, nessa Fundações que hoje discutimos. Dentro dessa classificação, apresentamos a única Fundação de Direito Privado que tem previsão constitucional, que é a Fundação ou que são as Fundações instituídas pelos partidos políticos. Ela tem previsão no Artigo 150, Inciso 6º, Letra C. Nós vamos voltar nele quando falarmos de imunidade. Esse artigo apresenta esse dispositivo às Fundações instituídas pelos partidos políticos que são tais quais os partidos políticos, essenciais para o nosso regime político democrático. É a nossa expressão de cidadania. O que fazem essas Fundações? Elas destinam-se a que? Ao estudo, a pesquisa, a doutrinação, a educação política e recebem recursos públicos para tanto. Recebem 20% do Fundo Partidário, Lei 9096 de 1999, Artigo 44, destina então 20% do Fundo Partidário para essas Fundações. Outra seria a de apoio a instituições federais de ensino superior. Aqui ouvimos um ou dois comentários. É uma espécie de Fundação de Direito Privado, há uma lei própria que regulamenta estas Fundações, que é a Lei 8958 de 20 de Dezembro de 1994. Antes elas existiam, mas, não regulamentadas, não previstas em lei. Esta lei hoje regulamentada pelo Decreto 5205, do dia 14 de Setembro de 2004, que o regulamentou.

O que elas fazem? Fomentam os projetos de pesquisa de ensino de extensão e desenvolvimento tecnológico, de ensino institucional de interesse das universidades federais de ensino. Portanto, elas têm uma relação pautadas nestas finalidades. Devem ser pautadas nestas finalidades, senão terá um desvio de finalidade. Então, em cada um dos itens que eu coloquei cabe uma interpretação e um dos pontos questionados hoje aqui foi com relação ao apoio que elas dão no âmbito dos hospitais universitários, e os problemas daí decorrentes com relação a essa atividade. Digo que é uma pessoa jurídica que cumpre seu papel. É uma pessoa jurídica, não obstante os tantos anos de existência, ainda em construção e interpretação do seu papel, da sua atuação. E deve e pode ser mantida independente de modelos ou estruturas que possam ser criadas.

A outra é a Previdência Privada Complementar. Nós temos então Fundação de Direito Privado que trata dessa matéria, que é a administração e execução dos planos de previdência privada ou de benefícios de natureza previdenciária. Leis próprias disciplinam a matéria. As primeiras leis de 77 e 78, Lei 6465 e Lei 6462. E atualmente uma Lei Complementar. Nestas, uma Lei Complementar 109 de Maio de 2001, não cabe ao Ministério Público o velamento. São veladas pela Secretaria de Previdência Complementar. Por fim, colocamos também uma situação que verificamos que está clara no mundo dos fatos e também no mundo de Direito, que são as Fundações que são instituídas pelas empresas, ou Fundações Empresariais. Tem um comportamento totalmente diferenciado, são Fundações particulares e tem vinculação com empresas que são socialmente responsáveis para o desenvolvimento e o engajamento nessa tarefa de implementar políticas sociais e políticas não só internas, também junto à comunidade.

Feito esse exame, e gostaria que nós nos lembrássemos desse exame agora nessa segunda parte, o que temos? Foram e são discutidas dentro do papel do estado, do papel que o estado cumpriu e têm sido levado a cumprir nos últimos anos, onde se passaram por revoluções, já passamos por reengenharias, na década de 60 pela revolução, nas décadas de 70 e 80 pela reengenharia do estado, e hoje temos com clareza que não precisamos reinventar, nós não precisamos realizar revoluções e nem reengenharia de estado. Nós temos as figuras jurídicas previstas no nosso ordenamento, e já estava há muitos anos no nosso ordenamento. Em 1940, 1967, 1969, 1988, as Fundações de Direito Público de natureza jurídica de Direito Privado. Algumas instituídas outras instituídas e mantidas pelo Poder Público.

O primeiro ponto que coloquei aqui. Qual a origem delas? Elas são oriundas do Direito Privado. Não entendimento diverso, elas são oriundas do Direito Privado. E quais são os seus fundamentos caracterizadores? Quais são as suas premissas ou parâmetros? Lendo ouvindo nossos mestres Sergio de Andrea, Carvalho Filho, são esses que coloquei anteriormente. Primeiro são as finalidades, elementos básicos dessas Fundações Privadas. Fundações de Direito Público e Fundações de Direito Público com natureza jurídica de Direito Privado. Sua finalidade sempre deve ser social e não lucrativa. O segundo elemento básico é a forma de criação instituída pelo estado, na forma que o estado tiver capacidade para instituir. Que lei que rege a matéria assim estabelecer. É necessário patrimônio, bens livres como imóveis ou valores que lhe forem destinados. O próprio estado destina esses bens ou a instituição realiza essa destinação. Modo de administração é fundamental para a existência da governança e de uma estrutura definida de conselhos, de diretoria. A Fundação tem uma estrutura um tanto diferenciada das associações como todos sabem, mas, não existe a assembléia, mas, os órgãos que tratam da administração, as metas, as diretrizes.

Por fim dentro das premissas o acompanhamento estatal, o controle. Tudo isso eu estou ordenando aqui, mas, sempre foi bem colocado pelos palestrantes. Precisa do acompanhamento estatal, o controle é fundamental de natureza jurídica. Qual a natureza jurídica? Reside aí uma discussão melancólica como já foi dito aqui. Ele escreve e diz, e isso é muito bom. A gente sabe que quando a gente escuta a pessoa sabe que foi ela que escreveu aquilo. A discussão é melancólica, porque não tem razão de ser em relação a natureza jurídica. A corrente hoje preponderante é a que defende que existem dois tipos de Fundação. A Fundação de Direito Público de natureza jurídica de Direito Público, e a Fundação de Direito Público como pessoa jurídica de Direito Privado. Nós temos essa realidade. Nós até podemos compreender que alguns autores, talvez em razão do entendimento, talvez até baseado no Direito Francês, tiveram esse posicionamento e depois não avançaram como hoje avança, em entender que o papel do estado deve ser cumprido, e as Fundações são instrumentos de descentralização administrativa.

Esse entendimento não é nosso, é um entendimento que já foi cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades e uma antes mesmo da nossa atual Constituição. O Ministro Moreira Alves em um RE nº 101/126, lá do Rio de Janeiro. Ele cristalizou esse entendimento da existência das duas Fundações. Estou dizendo que o que estamos fazendo já existe e estamos

apenas moldando a natureza jurídica em efetivo funcionamento. Depois desse recurso extraordinário, temos duas manifestações, que são bem mais recentes e que estão inclusive nesta cartilha que foi entregue a vocês. É o entendimento exarado por um agravo, um recurso extraordinário, da Ministra Ellen, que trata do tema: o agravo em recurso extraordinário 219/900 do Rio Grande do Sul, em que ela deixa claro essa questão do desenvolvimento da atividade típicas do estado podendo ser desenvolvidos por outra entidade, podendo ser pessoa jurídica de Direito Privado.

E recentemente da lavra do Ministro Eros Grau, no exame de uma questão que foi aventada pelo TCU, com relação à Fundação Banco do Brasil. É uma Fundação acompanhada por nós no âmbito do Ministério Público do DF, quanto estivemos na Curadoria de Fundações, e que se discutiu em relação à forma de criação da Fundação. Se ela seria Pública ou se seria de Direito Privado. Dentro do exame da questão que não chegou ao mérito, já se balizou com clareza pelo Ministro, que existem as Fundações Privadas, as Públicas com regime de Direito Privado e as Públicas propriamente ditas.

A Fundação de Direito Público com personalidade jurídica de Direito Privado. Fundação de Direito Público com personalidade jurídica de Direito Público Autarquia. Dúvida não há ou não deve haver ou não pode haver com relação, porque já foi por demais discutido com relação a essas duas espécies de Fundação, a Autarquia, a Fundação de Direito Público reconhecida como Autarquia, e a Fundação de Direito Público com natureza jurídica de Direito Privado. Cada com suas características colocadas por esses autores, por nós. Por Maria Silvia di Pietro. Características relevantes da Fundação de Direito Público com natureza de Direito Privado. A existência do vínculo institucional tanto na criação quanto na fiscalização, no acompanhamento, mas, poderá deixar de haver esse vínculo institucional.

Esse vínculo com o Poder Executivo já no ato da criação, e isso traz a impossibilidade da sua extinção por sua própria vontade. A outra questão debatida aqui com especificidade foi o regime administrativo mínimo, foram quais as normas que devem e podem ser cumpridas, que são obrigatoriamente do Direito Público e quais são as normas do Direito Civil. Qual é a premissa? Ela é do Direito Privado, mas, deve observar ao interesse público, e assim a doutrina e a lei vai caracterizar cada um dos seus aspectos para que seja então protegido o interesse público, mas, preservada sua natureza jurídica de Direito Privado. E aí se leia a questão com que concordamos obviamente, a questão do regime celetista, a questão da aplicação dos princípios de licitação, se queremos mais autonomia alteraremos a Lei específica, a Lei 8666, no Artigo 22, Inciso 27.

Qual é o posicionamento constitucional? O posicionamento é o Inciso 19 do Artigo 35 da Constituição Federal. Não tenho dúvida que pela expressão do texto que já foi lido aqui, Lei Complementar define as áreas de atuação. Há necessidade sim de Lei Complementar, é indispensável para realizar essa norma. Lei específica, portanto ordinária, vai autorizar a instituição da Fundação. Ela autoriza a instituição da Fundação. Como ela vai ser instituída? Ela vai ser instituída levando-se a registro seus atos constitutivos. Nos registros civis ela é de Direito Privado, tal qual falei logo no início das colocações. As características relevantes. Regime tributário. Os dispositivos

aplicados são os Artigos 150, Inciso 6º, Letra C, e o que foi muito bem colocado pelo Doutor Marcelo, que é o 150, Parágrafo 2º, que trata da vedação do Inciso 6º, que nós já vamos falar, e que é extensivo às Autarquias e às Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Eu digo que essas Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são as Fundações de Direito Público, as Fundações Autárquicas. Agora, o Artigo 150, Inciso 6º, Letra C, nós temos com clareza que todas aquelas instituições que instituíram imposto sobre patrimônio, renda ou serviço, partidos políticos e suas Fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social. Nós temos uma Fundação de natureza jurídica de Direito Privado, nós temos uma instituição de natureza jurídica de Direito Privado. Essas Fundações já estão incluídas. Nós temos duas formas de analisar essa questão da imunidade tributária, e uma delas, é essa que eu coloco é de adequarmos essa Fundações ao entendimento de que são elas instituições, inclusive porque instituição não tem uma conotação, quer dizer, a conotação é tão abrangente de instituição, que nela podem ser inclusas todas as pessoas, quer de Direito Público, quer de Direito Privado. Nesse ponto aqui nós entendemos de Direito Privado.

Essas Fundações tendo por finalidades, fins educacionais e assistenciais, *latu sensu*, saúde, educação, previdência são imunes, tem suas atividades essenciais imunes aos impostos do patrimônio, renda e serviços, esta é uma interpretação. A outra interpretação é a do Artigo 150, Parágrafo 2º justamente em que nós teríamos que trabalhar com a instituída e mantida. Eu vejo um pouco de dificuldade de interpretarmos essa questão da forma pela qual aquela Fundação Pública de Direito Privado ser mantida pelo Poder Público para caracterizar a imunidade por esse dispositivo constitucional. Esse é um receio que tenho para fazer essa exegese de adequação nesse dispositivo. Por isso prefiro fazer adequação no dispositivo do Artigo 150 Inciso 6º, letra C com relação à imunidade. Por fim eu quero dizer que sem dúvida nenhuma deve e pode essas instituições servirem com eficiência, com economicidade ao próprio estado, à própria administração.

Há uma necessidade premente, urgente no âmbito da saúde, da educação e em tantos outros âmbitos e o estado já detendo essas pessoas jurídicas necessita regulamenta-las e coloca-las em funcionamento definindo sim, apresentando sim sob os auspícios, repito, do Direito Privado, tendo por objetivo o interesse social e público dessas entidades balizar todo o seu comportamento em cada um desses pontos que foram colocados e vão ser colocados com relação a regime jurídico único. Portanto, temos que cristalizar já direitos e instituições que temos, onde não nos cabe ainda, criar mais confusão que já existe com relação a uma série de denominações das Fundações colocadas por nosso Mestre do Rio de Janeiro, onde trata as Fundação instituída, mantida pelo Poder Público, uma série de instituições. Não. Nós já temos as Fundações de Direito Público e Autarquias e temos também, as Fundações de Direito Público de Natureza de Direito Privado. Cabe agora, estabelecer as áreas de atuação, definir a possibilidade de sua autorização, definindo cada um dos seus pontos de regimes jurídico único e coloca-las em funcionamento. E, com o funcionamento aprimorar a sua existência. Muito obrigado, era isso que tinha para colocar.

4.2- Fundação Estatal na Administração Pública: Regime Administrativo e de Pessoal – Professor Sérgio de Andréa Ferreira

Professor Sérgio de Andréa Ferreira – Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex- Curador de Fundações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Doutor Sábado Girardi, o nosso querido Doutor, Professor José Eduardo Sabo Paes e o proeminente colega do Rio de Janeiro Doutor Gustavo Binenbojm é com grande satisfação que aqui estou, muito honrado com o convite, revendo velhos amigos e alunos, hoje, em posições tão brilhantes como a Doutora Lenir Santos, Doutor Ronaldo Jorge, o nosso mestre Carvalhinho, Mestre de todos nós e diria mesmo que desde 1970 quando defendi a tese para o Concurso Livre Docência, da Universidade do então Estado da Guanabara, sobre exatamente as Fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público e depois no comando na Curadoria de Fundações do Ministério Público, também, do Estado da Guanabara, depois Estado do Rio de Janeiro, desde então tenho tido momentos muito felizes no trato com a matéria fundacional. Mas, certamente esse momento se inscreve com especial relevância, não só porque essa assembléia tão seleta está aqui como grande fundacionista, estudando a Fundação Estatal com Personalidade jurídica de Direito Privado, porque vejo também, com muito prazer esse trabalho criativo, não é Doutor Carvalho? É sempre bom a gente participar de trabalhos criativos. Isso vem, aliás, ao encontro do próprio termo Seminário, que etimologicamente provém de sêmen. Portanto, tem que ser algo produtivo.

Só espero que entrando aqui na parte biológica e médica que a minha fala não seja anti-conceptiva e muito menos abortiva, pois, não quero problema nenhum com a Igreja. Mas, de qualquer modo é uma satisfação, não diria ver resgatar, porque resgatar é palavra para seqüestrador. Reafirmar, ver reafirmada a idéia tranqüila de que o Poder Público pode e deve instituir Fundações de Direito Privado. Eu gostaria inicialmente, de afirmar que desde a sua criação, das suas origens mais remotas como salientou aqui o Doutor Sabo principalmente na idade média, a Fundação sempre se destinou a fins sociais e também, puxando um pouco para a área médica o próprio termo nosocômio, é um termo meio rebarbativo, mas de qualquer forma nosocômio era o nome dado às Fundações criadas ainda no Direito Romano pós-clássico, exatamente para tratar dos doentes. E aquele outro que diz mais de perto comigo, aquelas Fundações criadas para tratar do idosos.

Então, sempre a finalidade social esteve presente. Um outro ponto, fundamental que se apresenta desde essas origens, é que dois tipos de Fundação ou como também, se pode dizer de Instituto, Doutor Sabo salientou aqui a amplitude do termo Instituição, nós em Direito gostamos muito de sentido latu, sentido estrito, sentido estritíssimo, latíssimo, mas, de qualquer forma Instituto é um termo muito importante para nós aqui neste momento. Dois tipos então, de Fundações ou de Institutos ou de Estabelecimentos, como Teixeira de Freitas preferiu no se esboço chamado As Fundações, dois tipos se inscreveram na história dessa espécie de pessoa jurídica. Aquilo que nós podemos chamar de Fundação Patrimônio que é aquela que já foi várias vezes aqui referida, portanto, que nada mais é do que a própria palavra de Fundação indica, um fundo com personalidade jurídica. Portanto uma massa de bens e

recursos. Um patrimônio de afetação como se diz com tanta facilidade, personalizado, portanto o substrato jurígeno, aquilo que como se costume dizer recebe o selo da personificação, que é essa massa de bens, que vai ser destacada do patrimônio do instituidor, vai ser administrada por gestores, para satisfazer os destinatários ou beneficiários.

E essa palavra também é importante, porque é a mesma prevista do Código Civil, destinando-se sempre ao serviço social, no sentido amplo da expressão, e se inscrevendo, portanto muito mais no Direito Social do que no Direito Privado, ela não tem usuários, não tem consumidores. Ela tem beneficiários, que é uma figura muito importante que também deve ser lembrada também no campo da Previdência Social, o que infelizmente nem sempre ocorre. Mas, de qualquer maneira esse é o tipo, é aquele que nos vem à cabeça quando falamos Fundação, porque optamos por esse termo Fundação. Que lembra, portanto, Fundo Personificado.

Mas, existe a outra espécie que nunca deixou de haver, que é a Fundação Organização, em que o que é personificado é exatamente a estrutura organizacional, ou como se costuma dizer, o serviço. Já adiantando um pouco, quando falamos que é um serviço com autonomia, patrimônio próprio, não estamos falando do serviço enquanto atividade, e sim serviço enquanto organização. Daí a noção de Instituto e de Estabelecimento, e essas duas espécies sempre coexistiram. E muito mais importante que uma Fundação Patrimônio, para aquelas instituídas pelo Poder Público, se apresenta aquela Fundação Instituto. Dificilmente, nesses anos todos, podemos dizer vários séculos, pois começa no século XIX, passa por todo século XX, e estamos no século XXI, as Fundações instituídas pelo Poder Público são serviços, são Institutos, e são, portanto organizações ou estruturas personificadas. É claro que elas têm patrimônio, pois toda pessoa jurídica tem patrimônio. Como dizia nosso Pontes de Miranda, todos nós temos patrimônio, até mesmo aquele que não tem bem nenhum, por exemplo, uma freira que tenha feito voto de pobreza, e nesse caso, a matemática nos favorece. Quer dizer, quem não tem nenhum bem seu, o patrimônio é um conjunto vazio.

O Poder Público, quando passou a instituir Fundações, o fez sob a forma de estrutura, e o Poder Público desde a Fundação Oficial, essa palavra é interessante. Não é Pública, nem Governamental, mas, uma Fundação Oficial, os autores que escreveram antes do Código Civil, por exemplo, o Lacerda de Almeida, que tem um célebre livro sobre as pessoas jurídicas, diz com todas as letras e com toda tranqüilidade, que o Poder Público pode instituir Fundações. Clóvis Bevilacqua, ao comentar nos seus comentários, no Código Civil de 16, e sempre mostrando que nunca, desde essa época, as Fundações instituídas pelo Poder Público são idênticas às Fundações instituídas por particulares. E o Clovis, com toda aquela tranqüilidade que o caracterizou, que os Institutos de Ensino, porque uma Lei, um Decreto de 1911, ao querer descentralizar o ensino, ao querer conceder autonomia, fez exatamente isso. Conferiu a alguns estabelecimentos de ensino federais, autonomia sob a forma de Instituto. E o nosso Clovis lá, os institutos de ensino não estão sujeitos ao velamento do Ministério Público, porque diz ele, já estão submetidos à inspeção do Ministério da Justiça, que envolvia também a parte educacional.

O nosso Seabra Fagundes também mostra que a Fundação foi o primeiro instrumento de descentralização da administração pública. Porque isso? Porque não se admitia, não só antes do Código Civil, mas, mesmo depois, que houvessem outras pessoas jurídicas de Direito Público, e, portanto não houvesse o que depois foi chamado de Autarquias, e houvesse outras pessoas jurídicas de Direito Público que não fossem as pessoas político federativas, que eram as enumeradas no Código Civil de 1964, como pessoa jurídica de Direito Público. Agora, o que significa pessoa jurídica de Direito Público? Significa, como já foi dito aqui, ser dotado do poder de império, que está no projeto. O que acontece é que ela foi a primeira forma. Quando surgiu, começaram a surgir as Caixas de Aposentadorias e Pensões, na década de 20. Essas Caixas já se apresentaram então, como pessoas jurídicas de Direito Público, mas, isso não foi reconhecido desde logo. Tanto assim, que o nosso Professor Paulino Jacques, ele escrevendo em 1946, ainda se discutia a natureza autárquica das Caixas, e depois dos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

E o que é Autarquia? Autarquia é a mesma coisa da Fundação instituída pelo Poder Público. Isto é, é o serviço, é o Instituto, é a organização, a estrutura que só tem quem de Direito Público. Sempre que há a necessidade de atividades, principalmente de poder de polícia, fiscalização, punição, repressão, e outros, e de alguma forma existem limitações administrativas, e existe a figura da Autarquia. A Autarquia é a contribuição que o Direito Administrativo deu para o elenco das pessoas jurídicas. E podemos dizer toda pessoa jurídica de Direito Público, que não seja pessoa político federativa, era pelo menos até o Código Civil de 2002, uma Autarquia. O nosso Código Civil, como já foi dito aqui, bagunçou um pouco, porque veio com essas outras entidades de Direito Público, criadas por lei, e ainda colocou no Parágrafo Único do mesmo Artigo, que se for de Direito Público, mas, tiver formatação de Direito Privado, se sujeita às normas do Código Civil. De qualquer maneira, nós podemos dizer que a Autarquia é a Fundação, basicamente um Instituto, uma organização de Direito Público. E a Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público, é a Autarquia de Direito Privado. Portanto, elas têm o mesmo substrato jurígeno, mas, certamente essa diferença fundamental, de uma ter e outra não.

Posso dizer, que o que existe é o seguinte: com o desenvolvimento dos tempos, começou a haver essa promiscuidade terminológica, que levou à perplexidade do Doutor Carvalho. Mais do que perplexidade, uma verdadeira indignação. Começou a própria Lei do Ensino Superior, a Lei 5540, em vigor até essa Lei de Diretrizes Básicas, ela estabeleceu que as Universidades seriam ou Autarquias ou Fundações de Direito Público. Sempre se teve que essa expressão dizia mal das Fundações Públicas, ou seja, Fundações de Direito Privado, e, portanto, se contrapondo às Autarquias. Posso dizer que isso aconteceu em outros casos, mas, viria a ter que se fazer essa leitura, porque no histórico das Fundações brasileiras dificilmente se encontrará exemplo de definição de Direito Público mesmo. Para se dizer que aquela Fundação é de Direito Público, portanto, está sujeita ao regime de Autarquia. Queria dizer que ao invés do que tem sido dito, que a Fundação de Direito Público não é uma espécie de Autarquia, a Fundação de Direito Público é Autarquia. Autarquia é a Fundação de Direito Público. Não existe outra espécie, salvo agora se falando em Associações Públicas, como diz o Código Civil.

É verdade que isso, os italianos há muito tempo já detectaram, que existem, mas, basicamente é o serviço, porque isso é que é Autarquia, mas, existem Autarquias que têm uma conotação corporativa, associativa, como é o caso da nossa Ordem dos Advogados, mas, o que está lá é o serviço. Quer dizer, a participação humana, não vamos dizer que seja uma associação, que seja uma união de pessoas, não é isso. É claro que a parte humana é muito importante, nós votamos, mas, muito limitadamente. Aliás, a própria definição na Lei da Ordem está lá que é um serviço. E isto é muito interessante, porque a Ordem dos Advogados não pertence à administração pública, pessoa jurídica de Direito Público, porque senão não poderia exercer. Já os Conselhos não, esses têm estado fora, têm estado dentro. Mas, a Ordem esteve aí umas duas vezes dentro da administração, mas, ela sempre lutou e conseguiu firmar sua posição fora da administração pública. Então ela é o que? Uma entidade para-estatal, ela é uma entidade para-administrativa, e que tendo personalidade jurídica de Direito Público, é uma Autarquia.

Portanto volto a dizer, Fundação de Direito Público como alguma coisa diferente da Autarquia e diferente da pessoa jurídica de Direito, da Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público, posso dizer que nunca existiu. De duas uma: ou se usava a expressão Fundação de Direito Público erroneamente, porque ia se ver a lei ia se analisar a legitimidade, os poderes daquela entidade e não era de Direito Público, ou excepcionalmente se estaria dando o que aconteceu no Rio de Janeiro com a FEEMA, Fundação Estadual do Meio Ambiente. Deu-se a ela poder de aplicar sanções e outros. Ela queria entrar em uma indústria, e não podia por ser Fundação, e não tem poder nenhum de multar, e tinha um órgão da administração direta para aplicar essas multas.

Como a EMBRATUR, como o nome já diz: Empresa Brasileira de Turismo e virou Autarquia. Na verdade, no caso da FEEMA e no caso da EMBRATUR, o que se diz é que sendo Fundação não pode ter poder de império, e não ao contrário, senão seria Fundação com poder de império e Autarquia. Tanto assim, que essas entidades foram transformadas. O Supremo Tribunal Federal, como sabemos que ele dizendo por último, é ele que também erra por último. De modo insuperável. Depois é importante, como se falou, em afastar os velhos anquilosados das casas mal assombradas, e isso deve ser feito, mas, é uma maldade porque não teriam outra moradia. Mas, também devemos fazer a distinção, pois pode não se tratar de uma casa velha, mas, sim de um patrimônio histórico que deve ser mantido, pois ali está a memória do Direito, e nós sabemos que a ciência não se faz ao saltos, ela é evolutiva, detectando alguns novos elementos que até então não eram transparentes. Novos dados, novas técnicas são descobertas ou inventadas, se não fosse assim, na Medicina estaríamos até hoje na dor de barriga brava.

É a mesma no Direito. Nós não devemos perder todos esses problemas, porque um problema como esse que estamos aqui vivenciando, ou pelo menos a solução que estamos querendo dar, não se resolve no Direito, senão cientificamente. Senão fica no achismo, no subjetivismo, infelizmente muito comum por causa da famosa principiologia. É muito útil, mas, não podemos abandonar as categorias jurídicas fundamentais. A ciência é sistematização, classificação, distinção, aproximação, e essas distinções não são firulas, elas são reais, elas aconteceram e foram detectadas. Então nessa moldura, o

Supremo Tribunal Federal. Devemos historicamente ir ao contexto em que o Ministro Moreira Alves decidiu que Fundação era um problema de acumulação de cargos, portanto não estava em jogo nenhum problema maior da natureza jurídica. Se for pessoa de Direito Público ou de Direito Privado. Nada disso. Nós sabemos que o Ministro Moreira Alves é um homem tradicional, não podemos esquecer o temperamento e a personalidade dos homens, é tradicional e mais ainda, um civilista.

Para um civilista que vê que a Fundação no Código Civil, uma Fundação que não é patrimônio, que tem uma configuração diferente daquela a que está acostumado, desde o Direito Romano que ele conhece tão bem, e fica chocado. Era um problema de acumulação. O juiz não pode ter nenhuma outra função, senão um cargo de professor, e um colega nosso do Ministério Público que era Presidente da FEBEM, e então surgiu uma lei estadual que era inconstitucional, e nosso Moreira Alves saiu com isso. Eu até fiz um comentário sobre esse acórdão na Revista de Direito Administrativo. Vimos aqui o Professor Aragão, ao mostrar o porque do Supremo achar que muitas das ações eram de Direito Público, há pouca cientificidade nas decisões, porque recebem dinheiro público. Isso não é distinção nenhuma, ou porque exerce um determinado tipo de atividade. Felizmente, como foi lembrado pelo Professor Sabo, pelo menos o Supremo já terminou essa história admitindo que algumas sejam de Direito Público e outras sejam de Direito Privado. É um grande avanço.

Mas, eu sempre tenho a esperança de que a jurisprudência mude, que o Supremo agora com outros elementos, eles possam rever posições. Não se deve subjugar, é claro que ao fazer um projeto de lei como esse, evidentemente que temos que levar em conta a jurisprudência, mas, não servilmente. Sempre com a possibilidade de abertura. Hoje o Supremo está aberto a audiências públicas. Mas, o nosso Direito reconheceu essa entidade com tranqüilidade a Fundação de Direito Público. Vamos aos escritos do Professor Caitasso, com aquela frase expressiva: que o Poder Público foi buscar no arsenal do Direito Privado, a munição necessária para atender a certos serviços sociais. Isso continua plenamente válido. Já que estamos aqui em um espaço do Ministério do Planejamento, nós temos que lembrar que foi um dos Ministros do Planejamento, quando ainda não o era, mas, já era um planejador, o Helio Beltrão, que sendo Secretário do Governo Carlos Lacerda em Dezembro de 1962, portanto muito antes do Decreto Lei 200, do qual ele é autor co autor, ele sistematizou a administração pública indireta, sem personalidade jurídica, indireta, autarquias, empresas, naquela época para o estado só sociedades de economia mista, empresa pública muito especial, e as Fundações estavam lá tranqüilamente. Quando foi o Decreto Lei 200, foi discreto quanto às Fundações, mas de qualquer forma estavam lá.

Veio o Decreto Lei 900, que foi justamente quando estava escrevendo a tese, veio o Decreto Lei 900. Onde então vou colocar essas Fundações. Elas foram expulsas da administração pública. Aí recorri aos estudos e conclusões de dois grandes administradores, o Seabra Fagundes e o Temístocles Cavalcante, que foi o nosso primeiro grande sistematizador administrativo, Ministro do Supremo, é uma figura extraordinária, que reafirmavam a existência de um outro tipo de descentralização. Além da desconcentração, de descentralização, que é aquela que cria os entes da administração direta, vamos chegar a

descentralização por cooperação. Entes de cooperação criados por lei que conjugadamente com o Poder Público, em parceria com o Poder Público, dentro de uma faixa que é fora da administração, mas, também não é do setor privado, que essa palavra privado às vezes cheira mal, é uma palavra perigosa. Ela significa ou pessoa jurídica de Direito privado, ou particular, quer dizer, é uma entidade particular, uma entidade do setor privado. Aquilo que se apõe ao setor público. Para a administração, os entes de cooperação, eles são também do setor público, e começaram a surgir desde a década de 30. Os serviços sociais autônomos, os ofícios de justiça, a Fundação Getulio Vargas, portanto nós vemos que a Fundação também está fora da administração estrito sensu, dentro do setor público. Portanto não no setor privado, e aí nós temos os exemplos.

A Constituição Federal quando surgiu, ela surgiu encontrando uma definição absolutamente nítida e precisa de que Fundações, embora rotuladas de públicas, o que não tem nenhuma importância como já foi falado aqui, as empresas públicas também têm esse adjetivo e são de Direito Privado, elas tinham uma configuração e um posicionamento absolutamente nítido, porque o Decreto Lei 900 já tinha sido revogado pelo Decreto Lei 2299, e depois sobreveio a Lei 7596 de 87, que caracterizou com precisão as Fundações Públicas. 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 a execução por órgãos ou entidades de Direito Público. Exatamente que não precisem de algum ato de autoridade. Mais ainda, essa lei acrescentou um Parágrafo 3º ao Artigo 5º do Decreto Lei 200 dizendo que: essas Fundações adquirem a personalidade jurídica com inscrição da escritura pública, não se lhes aplicando as demais posições do Código Civil. Porque isso é importante. Dizer que é de Direito Privado não significa que seja o Código Civil.

É a mesma coisa da empresa pública, porque nessa evolução toda existe uma figura muito próxima da Fundação, que é a empresa pública unipessoal individual, como por exemplo, a Caixa Econômica. Ela surgiu exatamente de um primeiro patrimônio de uma organização, esse patrimônio se transformou no capital oficial, e todo esse capital é detido pela União, mas, a União não é única sócia da Caixa Econômica. A Caixa Econômica não tem sócios. Ela é dirigida de fora exatamente porque o que foi personalizado foi a empresa. É a mesma coisa o nosso estabelecimento fundacional, a organização, a estrutura, no campo econômico, quer dizer, é personalizada a empresa. Com todos os seus recursos de bens, a toda sua estrutura de pessoal e assim por diante. Dizer-se que é de Direito Privado não significa que é de Direito Civil, portanto não é patrimônio, é instituto. A mesma coisa da empresa pública. Aquilo que o estado se permite que seja ter um patrimônio destacado do seu domínio e que é aquele que responde pela sua atuação econômica naquele setor, e isto que ele se permite ele não permite ao particular. Quer dizer, eu não posso dizer aos meus devedores que tenho um patrimônio sem afetação nenhuma, personalizado, e o senhor se vire. Isso é o que responde pelas minhas dívidas na minha atividade. Isso não é possível, mas, o estado se permitiu.

Eu sempre disse que os volumes até de Direito de Código Civil devia trazer o Decreto Lei 200, porque é nele que se encontra essa figura de Direito Privado, que é a empresa pública individual, unipessoal individual, não societária, e a

Fundação nossa, a Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público. Isso é importante porque temos que concluir com relação à questão da Lei Complementar, e essa Lei Complementar, o Artigo 37, Inciso 19, mas, não é uma norma de conteúdo aberto, que diz especificamente que é para estabelecer as áreas de atuação. O que nós vamos fazer, seja na Lei Complementar, mas, aí de acordo com a jurisprudência dominante, com força de Lei Ordinária, ou em uma Lei Ordinária, é estabelecer como foi dito, o regime jurídico dessa Fundação, que é uma Fundação de Direito Privado, mas, não sendo a do Código Civil, não tem estatuto próprio. E é interessante isso porque? E porque a União pode fazer isso? Porque é a União que cabe dispor sobre o Direito Civil e Direito Privado. Essa parte não é de Direito Administrativo, essa parte é de Direito Privado. Portanto, nós podemos e devemos fazer o regime jurídico o mais completo possível dentro dessas diretrizes e dentro desse balizamento que está aqui tão bem delineado.

Pode ser na Lei Complementar, mas, diante dessa jurisprudência com força de lei. Eu sempre achei que a Lei Complementar já estava acima da Lei Ordinária, mas, não é isso que se entende. Mas, nós não estaremos ou não devemos invocar o Artigo 37/19. Estaremos invocando o Artigo 22, Inciso 1º que diz que compete à União dispor sobre o Direito Civil. Isso se prova com facilidade porque antes de existir o Decreto Lei 200 dispoendo sobre a empresa pública individual e unipessoal, os estados não podiam criar uma empresa pública só dele. Nem o estado, nem o município, nem o Distrito Federal. O que eles faziam? Faziam uma sociedade anônima, naquela época havia a necessidade de sete sócios, botava o estado com 99%, o Governador na época tinha uma ação, e assim por diante. A União podia fazer, porque a ela compete dispor sobre o Direito Social, ela fez isso com a ELETROBRÁS. A ELETROBRÁS foi criada com um único sócio que era a União, mas, ela podia fazer porque tinha as duas competências. Depois que surgiu a empresa pública individual, no Decreto Lei 200, os estados fizeram tranqüilamente, e no município também não há problema nenhum.

Tal qual como, aliás, essa, a Fundação está carente. Essa Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público, está carente de uma regulação, portanto, de uma adoção de um regime jurídico específico para ela, o mais completo possível. É claro que pelo vi, a União está optando por criar uma entidade dentro da Administração Pública. É uma opção, mas, nós devemos entender que essa não é a única opção. Existe a opção de criar uma entidade para-administrativa. Não estaremos privatizando, nada disso. Aliás, fala-se sempre aqui em setores exclusivos, eu gosto de lembrar uma entrevista do Ministro Bresser Pereira, que disse o seguinte: quando se trata de serviços sociais, serviços científicos como hospitais, universidades, escolas, museus, jardim zoológico, orquestras sinfônicas, áreas muito importantes que o estado tem obrigação de financiar, mas, nenhuma razão para dirigir diretamente. Era aquela posição do público não estatal, mas, nenhuma razão para dirigir diretamente, crie as entidades públicas não estatais. Aqui no Brasil, estamos chamando as entidades públicas de organizações sociais. Eram as criações das organizações sociais.

A nossa Lei Complementar, portanto, deve fazer o regime jurídico, e fazendo isso e estando dentro da administração direta, porque também poderia partir para a Fundação de apoio, não devemos ter preconceito com nenhuma dessas

soluções. As Fundações de apoio, por exemplo, eu participei como advogado de toda penosa história dessas Fundações de Apoio ligadas a Universidade. É claro que havia excessos. Uma do Espírito Santo que era uma barbaridade. Mas, não vamos argumentar com as exceções. Surgiu nesse meio tempo, uma distinção criada pelo Tribunal de Contas. As Fundações instituídas pelas Universidades, Fundações instituídas no âmbito das Universidades. Uma podia e outra não podia. O Supremo decidiu que Entidade de Previdência Privada, Fundação de Previdência Privada em que só o patrocinador contribui está imune. Aquilo em que o empregado contribui não está imune. Mas, de qualquer maneira, a nossa lei ela deve tratar dentro da administração pública fazendo essa opção. Fazendo essa opção, como Direito é uma ciência, seguem-se todas as conseqüências naturais. O regime administrativo mínimo, o teto, e assim por diante. Não se pode sair disso, pois é uma opção.

Agora, um ponto que acho importante, talvez fosse ao invés de dar o enfoque na entidade, quer dizer, na Fundação, tirar partido do fato de que apesar da Emenda Constitucional 19, Caput 37, ter eliminado a referência administração autárquica e a administração fundacional, ela manteve e até repetiu em vários dispositivos. No dispositivo do Artigo 22/27, quando tratados contratos, das licitações, está lá administração autárquica e fundacional, no teto está administração autárquica e fundacional. No Artigo 38 que fala de mandato está administração fundacional. Nós deveríamos tratar, e isso é importante, para distingui-la definitivamente da Autarquia. O que estamos regulando esta entidade, mas, estamos configurando a administração fundacional, portanto, separado conseqüentemente da administração direta.

Dentro desse foco parece que abre um pouco. Nós deveríamos cuidar dos vários e dos vários tópicos com muita ousadia, sempre atentos para a questão de pessoal, que aqui me cabe. E mesmo voltando ao regime estatutário, o que significa ser estatutário? Significa que todos os direitos e deveres estão na lei. Não são contratuais, são do estatuto. E quando se fala em regime jurídico único, isso não significa que o estatuto seja o mesmo. Quer dizer, há estatutos diferentes e todos são estatutários. Cada um tendendo a uma realidade. No momento em que destacamos a administração fundacional, isso fica mais fácil. Não necessariamente voltando ao estatutário, não significa que o estatuto dos servidores de uma Fundação de Direito Privado, instituída pelo Poder Público, seja o mesmo da administração autárquica fundacional e direta, exatamente porque são segmentos da administração diferente.

Porque é o seguinte, quando se fala, e aqui foi dito com muita propriedade pelo Professor Carvalho, quando se fala na caracterização do regime jurídico, ser público ou privada, só tem importância para esse ponto, se pode ter poder de império ou não. O resto, na verdade, o que interessa é o posicionamento em relação ao poder público. Ou é órgão da administração direta, administração autárquica, ou da administração fundacional, ou da administração empresarial. E mais ainda, e fora dela se é ente de cooperação, se é ente de colaboração. Essas são as várias figuras, os vários posicionamentos. Então nesse caso, cada um desses posicionamentos deve ter um estatuto diferente. Por exemplo, o estatuto de uma concessionária de serviço público, senão totalmente diferente, é ligeiramente diferente de um das Casas Bahia. A responsabilidade da concessionária é objetiva, ele tem outro tipo de posicionamento. A questão é dar um estatuto diferente se não for estatutário.

O que significa não ser estatutário? É contratual, e se for contratual não precisa respeitar as regras. Nosso único parâmetro é a Constituição. Inclusive sendo Lei Complementar nós podemos botar a Lei 101 para escanteio, a 8666, isso não vai ter nenhuma importância.

Eu acho o seguinte, no momento em que se colocou a eficiência como princípio, ela se tornou um bem juridicamente tutelado. E é claro que era dever da administração ser eficiente, agora é uma obrigação. Antigamente, se ela não fosse eficiente, ou tecnicamente ou economicamente, os danos quem respondia eram os administradores, então, o Ministério Público pode exigir a eficiência, com um bem que está sendo juridicamente tutelado. Mas, isso é só para levantar um pouco o debate. De qualquer maneira, mas, o nosso anteprojeto, partindo da CLT contratual. Porque quando falamos da CLT é apenas uma das formas contratuais. Fala-se tanto em Direito Estrangeiro, porque não adotar como em outros países, um contrato administrativo de serviço. Vamos ver se isso é bom, para fugir desse lugar comum. Porque já tem a CLT, já tem o mínimo, o nome Fundação Estatal é forte demais. Mas, de qualquer forma, talvez o governamental, talvez a supervisionada, que é uma expressão que se usou muito, que é mais leve.

Mas, sabemos nós que lidamos com Direito, nós sabemos a importância das palavras. E só para fazer uma pequena análise do projeto, nesse menor diz assim: poderá mediante lei específica ser instituída ou autorizada a ser instituída Fundação Estatal sem fins lucrativos, integrantes da administração pública direta, com personalidade de Direito Público ou Privado. Eu acho que nós não devíamos dar essa bandeira de falar em Direito Público, nós estamos falando da Fundação de Direito Privado. E mais ainda, o pequeno é pequeno demais, por isso a idéia de fazer mais profundamente o regime jurídico da entidade. Na questão do pessoal, além do que se disse, é certo que nenhuma entidade da administração pública, mesmo celetista, terá o mesmo. Sempre haverá diferenças. Tem diferenças processuais daquele Decreto Lei, e a questão da dispensa. Quando se fala em concurso público, não significa apenas em competição, em que há um edital, ou seja, o sentido de público, de aberto ao público. Não é isso.

O concurso público é um tipo de processo administrativo que envolve uma natureza jurídica muito especial. E mais do que isso, ele gera direitos. Não é só o concurso público. Tem que se esgotar aquilo, em certas ocasiões deveria ter sempre o direito à nomeação, mas, enfim se entende que há uma discussão da administração em se convocar ou não. Mas, em certas situações, surge o Direito subjetivo à nomeação. Portanto, sempre haverá diferenças. E a questão da dispensa. Eu lá no Tribunal tive ocasião de julgar casos de dispensa, não só de Fundações, mas, de empresas públicas, autarquias, em que aquela idéia de que uma pessoa entrou por concurso público é agente administrativo, ser dispensado sem justa causa, sem motivo, usou-se no Tribunal um célebre parecer do Francisco Campos, sobre a Concessão de Gás, quando ainda era francesa lá no Rio, que ele usou aquela figura do Direito Americano, já que está tão em moda, vamos usar também, que enquanto a pessoa estiver se comportando bem, tudo bem. Ela deve ser mantida. Claro que podemos usar outra forma, mas, a livre demissão, essa já é mais complicada nesse nosso tipo aqui. Em matéria de pessoal, há o período de transição, que é penoso, porque não se pode começar do zero, e haverá, portanto essa transição que em

geral se cria à possibilidade de opção para que se permaneça. Existe a figura intermediária, embora o Doutor Carvalho não goste, o prazo é determinado, e isso são contingências, dependendo de cada uma das situações.

Uma palavra final sobre a Previdência Complementar. Realmente me parece que essa Fundação é a ideal para a Previdência Complementar para o servidor público. Porque como nós sabemos, o governo foi obrigado para que obtivesse a aprovação da Emenda, a engolir aquela qualificação de natureza pública, que está no Artigo 40, Parágrafo 15, ou que se diz atualmente, que o que se sustenta é que o público é aberto ao público, publicidade, transparência. De qualquer maneira, o público não significa de Direito Público, mas, que significa governamental, do setor público, isso não se discute. Então, a Fundação de Direito Privado instituída pelo Poder Público, fazendo parte da administração pública, ainda que em um segmento específico, me parece a figura. A Fundação é a melhor formatação única para essas entidades, e ela certamente atende ao que a Constituição prevê. Se ela vai ser uma Fundação única, ou se vai ser por poder, só o futuro dirá. Eu encerro aqui e agradeço a paciência de todos. Obrigado.

4.3 – Fundação Estatal: Autonomia Orçamentária – Conceito e Formas de Implementação – Doutor Gustavo Binenbojm

Doutor Gustavo Binenbojm- *Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School (EUA). Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.*

Boa tarde a todos. Quero agradecer a oportunidade de estar aqui na pessoa da Doutora Lenir Santos que pessoalmente me fez o convite. Quero parabenizar logo de plano a iniciativa do Ministério do Planejamento, Ministério da Saúde, AGU, por essa verdadeira audiência pública qualificada sobre Fundação Estatal. Cumprimentar os integrantes da mesa, Doutor José Eduardo Sabo Paes, o Doutor Sergio de Andrea Ferreira. Depois de tão belas apresentações, fiquei pensando o que me restava dizer nesse fechamento das apresentações. O tema que me coube foi Autonomia Orçamentária – Conceito e Formas de Implementação, e me ocorreu valendo das exposições já feitas, fazer uma exposição sintética, no plano de 5 questões fundamentais, que me parecem ser as mais tormentosas das propostas contidas nesse belo estudo do Ministério do Planejamento, que saiu da Casa Civil como Projeto de Lei Complementar, sobre essa matéria.

O Brasil é um país curioso. Quando se falava nessa autonomia orçamentário financeira, cerca de duas décadas atrás, o que se pensava era em uma especial dignidade dada ao orçamento público dado a algum órgão ou entidade da administração indireta que lhes permitisse com dotações orçamentárias próprias, não propriamente receitas próprias, mas, dotações orçamentárias próprias lhes permitisse o acesso a esse recurso público, não necessariamente repasses, e uma gestão financeira evidentemente sob controle interno e externo, mas, uma gestão financeira que não fosse subordinada responsiva a administração direta ou aos entes superiores daquele órgão beneficiado pela autonomia.

Foi isso que se engendrou com a Constituição de 88 com o Poder Judiciário, ao Ministério Público o esquema dos repasses dos duodécimos mensais a cada dia 20 do mês, procurando compatibilizar as duas idéias da unidade orçamentária e a unidade de tesouraria com o recolhimento dos recursos de receitas derivadas todas 00 do Tesouro, e a partir daí, uma obrigatoriedade de repasse aos entes beneficiados por essa autonomia orçamentário financeira. Foi isso que se concebeu da criação da década de meados de 90, as agências reguladoras ditas autônomas ou independentes. A atribuição a elas de recitas próprias, e uma dignidade de autarquia de regime especial, que lhes desse com essa qualidade especial de dotações orçamentárias não ficarem a depender de repasses orçamentários a partir da gestão do governo central.

O Brasil é um país curioso porque é justamente o que se busca em relação especificamente ao autonomia orçamentária das Fundações Públicas de Direito Privado, é sair do orçamento da União. É não ter dotações orçamentárias próprias, porque o Brasil, um país curioso, essa autonomia orçamentária, por exemplo, em relação às agências reguladoras foi reduzida a pó. Todos nós sabemos das circunstâncias nesses últimos 4 anos vêm se abatendo sobre as agências reguladoras em virtude de contínuos contingentes impostos por uma política de realização de superávit, evidentemente estamos aí no campo da gestão econômica, mas, a realidade que embora decantada a economia orçamentário financeira, por exemplo, de agências reguladoras, os contingenciamentos previstos no Artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal como formação de reserva de contingência, e a necessidade e obrigatoriedade prevista na Lei de Diretriz Orçamentária de recolhimento de receitas próprias a conta única do Tesouro, que essas entidades tenham autonomia orçamentário financeira no ponto de vista formal, mas, no ponto de vista material, essa autonomia esteja hoje próxima a zero.

Então, se compreende muito bem, e eu conversava sobre isso coma Doutora Lenir, a razão pela qual se busca dotar essas Fundações Públicas de Direito Privado, de uma autonomia orçamentária material. E aqui meu papel vai ser um pouco de advogado do diabo, mas, acho que o papel em uma audiência pública desse nível é exatamente o de provocar uma reflexão, não necessariamente em um tom de crítica, talvez um tom de sugestão, aprimoramentos sobre essa matéria. Qual é o mote em relação à autonomia orçamentária do projeto desenvolvido no âmbito do Ministério do Planejamento que ficou fora do anteprojeto, agora Projeto de Lei Complementar, apresentado na Casa Civil e apresentado pelo governo. É o de caracterizar que as Fundações Públicas de Direito Privado que atuem na área social, serão remuneradas pelo governo central, por serviços prestados a administração central. E com isso fugir da idéia de que essas Fundações são aquelas Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público a que se refere o Artigo 165, Parágrafo 5º, Incisos 1, 2, 3 da Constituição. Esses dispositivos tratam justamente dos três orçamentos da União que devem constar na Lei Orçamentária anual. Todos nós sabemos que embora a Constituição fale em três orçamentos distintos, o Orçamento Fiscal, o Orçamento de Seguridade Social e o Orçamento de Emendas Estatais, efetivamente existem dois grandes orçamentos. Orçamento Fiscal e Orçamento de Seguridade Social e de outro lado o Orçamento das empresas estatais.

No se eles se diferenciam? Essa é a grande questão. Há uma diferenciação entre eles no que diz respeito ao grau de detalhamento de controle sobre a realização das despesas e previsão das receitas. Enquanto no Orçamento Fiscal da União e Orçamento da Seguridade Social há uma abarcança ampla da previsão de receitas e detalhamento das despesas, no Orçamento de Investimento das Empresas Estatais, o nome já está a indicar, há que se prever e isso na Lei de Diretrizes Orçamentárias está regulamentado, apenas aquilo que são investimentos, investimentos de capital, capital permanente e assim por diante. Qual o ponto fundamental? O ponto fundamental, nesse primeiro problema dos cinco que eu vou abordar, é que na Constituição, no Artigo 165, Parágrafo 5º, Inciso 1, há uma referência expressa a Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, então diz o dispositivo: a Lei Orçamentária anual pretenderá o Orçamento Fiscal referente aos Poderes da União.

Como foi dito pela colega Vera Monteiro, como essas Fundações são remuneradas pela prestação de serviço pelo Poder Público, elas não são mantidas propriamente pelo Poder Público. Quer dizer, é uma manutenção do ponto de vista material, porque só vão receber a maior gama de recursos que vão dar conta dessa manutenção dessas entidades, virá do Poder Central, virá da Conta 00, mas, elas não serão formalmente mantidas pelo Poder Público, porque não se trata de um repasse de recursos orçamentários, mas, por pagamentos de serviços prestados diretamente a população. Então, há uma finalidade imediata, que é de forçar as unidades no campo da saúde, a precificar seus serviços, levando em conta, por exemplo, a necessidade de remuneração de pessoal, pagamento de tributos, se não vingar a tese de imunidade tributária, que esses é um dos problemas que vou mencionar adiante, e evidentemente com essa precificação. Haver uma previsão no contrato, a ser celebrado com o governo central, que na verdade vai se dar a programação financeira da Fundação Pública de Direito Privado.

Então, a questão fundamental aqui é possível do ponto de vista constitucional e legal, do quadro legal em vigor, transferir a programação orçamentário financeira dessas Fundações Públicas de Direito Privado do orçamento fiscal da União, desamarrá-las, transferir essa programação para os contratos de gestão, será que isso não seria possível. Ao invés de me arrogar na posição de dar uma resposta peremptória a essa questão, e não é assim que eu, com respeito à menção a cientificidade que o Professor Sergio, não é assim que eu concebo o Direito, como uma ciência exata, uma ciência dura, e todos nós sabemos que mesmo nas ciências exatas, nas ciências duras, a própria posição do observador influencia no fenômeno, ainda mais no Direito, em que as posições e as pré-compreensões são determinantes nas nossas interpretações e o que eu tenderia a fazer é apresentar os riscos jurídicos envolvidos em uma ou outra escolha, e os benefícios que uma e outra escolha podem trazer, para que em uma análise de custo benefício o governo se instrua e tome a decisão a respeito dessa matéria.

Eu diria o seguinte. A mim me parece haver um risco jurídico grande de se negar que essas Fundações sejam mantidas pelo Poder Público, quer dizer, dizer que não há essa manutenção é um caso acadêmico, eu daria esse exemplo em sala de aula para meus alunos, de fraude à lei. Fraude, entendam bem os médicos e advogados aqui presentes, ninguém está tentando ludibriar,

enganar. Fraude à Lei é uma tentativa de se alcançar fins ilícitos por meios de expedientes lícitos. Então, qual seria a idéia aqui? É de que os recursos são recursos orçamentários, recursos públicos, e a prestação de serviços vai se dar em uma ou outra forma. Se a Constituição se referiu a Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, estava querendo proteger, então não é uma questão meramente formal, a forma se liga diretamente ao conteúdo. A rasca da norma constitucional é ainda que não proteja, ainda que sejamos ideologicamente contra esta idéia, que é a oficialização da atividade financeira dessas entidades seja boa ou ruim, mas, de fato há uma norma constitucional que diz Fundações Públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público tem que constar, tem que manter sua programação de alguma forma veiculada na Lei Orçamentária Anual.

O risco de uma alegação de Fraude à Lei mencionada pelo Ministério Público de todos os lugares do Brasil me parece grande, e daí problemas recorrentes desse risco jurídico podem se não inviabilizar, podem dificultar e muito um projeto que é muito bem inspirado. Daí a minha tentativa de sugerir uma coisa que não vá tão longe, mas, que talvez possa alcançar o mesmo resultado. Nós sabemos que o detalhamento do quais entidades devem ter a sua programação financeira constante na Lei Orçamentária Anual, se encontra na Lei de Diretrizes Orçamentárias, aqui eu me refiro a LDO, que vige para o ano de 2006, que é uma Lei Ordinária número 11178, de 2005. No Artigo 6º dessa Lei há uma previsão de quais são as entidades que estão obrigadas a ter sua programação na Lei Orçamentária Anual, e quais as que não estão.

E nesse Artigo 6º há uma previsão, por exemplo, excluem-se do disposto nesse Artigo, que é ao mesmo tempo a obrigação da Constancia na Lei Orçamentária e de obrigação de integração da atividade da gestão financeira no SIAF. O que a Lei Orçamentária diz? Essas entidades deveriam estar constando, deveriam ter sua programação constante na Lei Orçamentária e do SIAF, mas, soberanamente o Legislador diz: aqui há uma solução alternativa. Excluem-se desses disposto fundos de incentivos fiscais, que figurarão exclusivamente como informação complementares ao Projeto de Lei Orçamentária, conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas constituídos como Autarquias e as empresas que recebam recursos da União apenas sob a forma de participação acionária, pagamento pelo fornecimento de bens e prestação de serviços, pagamento de empréstimos e financiamentos concedidos e transferências para aplicação em programas de financiamento.

O que eu quero dizer com isso? Parece-me mais proveitoso reduzir o risco jurídico de se afirmar que essas Fundações não são mantidas pelo Poder Público, quando materialmente elas serão, porque evidentemente é até uma vedação a meu ver até inconstitucional, mas, pelo que vejo há uma intenção de se colocar isso na lei, uma vedação de aferimento de outras receitas pela ida direta ao mercado, essas receitas vão ser basicamente recursos orçamentários, então elas vão ser mantidas materialmente pelo Poder Público. Então é melhor trabalhar no sentido, e aí seria o momento oportuno para constar em um Projeto de Lei ou Projeto de Lei Ordinário, porque a matéria é de Lei Ordinária, ou constar mesmo em um Projeto de Lei Complementar, que poderia ao mesmo tempo regulamentar a área de atuação nos termos o Artigo 37, Inciso 19 da Constituição, na redação da Emenda 19 de 98, ou nos termos

mais adiante do Artigo 165, Parágrafo 9º, quando a Constituição exige Lei Complementar que disponha sobre gestão financeira.

E essa Lei poderia dizer de antemão que essas Fundações terão apenas os recursos da União assinalados na Lei Orçamentária Anual, e a sua programação financeira tal qual esses entes fundos incentivos fiscais de fiscalização, mas, um ente. As Fundações Públicas de Direito Privado, as Fundações Estatais de Direito Privado nas áreas de saúde e educação, por exemplo. E essa programação financeira vai constar de um contrato que pode ser um contrato de gestão previsto no Artigo 37, Parágrafo 8º da Constituição, o qual contrato de gestão vai cumprir seu papel, que é o de ser o instrumento de programação financeira e de controle da atuação da administração pública. Aí eu acho que se consegue conciliar os dois objetivos, que são dotar as instituições de maior flexibilidade na sua gestão orçamentária e financeira e ao mesmo tempo não abri-las a um contencioso judicial talvez com órgãos de controle, com o TCU, o Ministério Público, simplesmente pelo fato de se afirmar que não devem ter a obrigatoriedade de constar na Lei Orçamentária da União. Essa é a primeira questão que eu gostaria de submeter a todos os presentes.

A segunda questão é um problema mais grave. Houve um eminente interventor na parte da manhã que disse que contra a inadimplência não há remédio na farmacologia jurídica. Mas, aí me refiro a qual problema? O problema ao mesmo tempo jurídico e um problema político financeiro, que é o problema do contingenciamento. Mesmo com qualquer uma das soluções, a solução posta no relatório sobre a Fundação Estatal no estudo do Ministério do Planejamento, ou a que eu estou apresentando, os recursos serão os que vão sair de dotações orçamentárias da União, e conseqüentemente sujeitos ao contingenciamento do Artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e esse contingenciamento pode atingir as Fundações Públicas de Direito Privado, seja quando se opte pela forma de pagamento por serviços prestados, seja pela forma de transferência de recursos financeiros.

Então o problema fundamental é o contingenciamento, e ele está previsto no Artigo 9º de uma Lei Complementar. A Lei Complementar 101 de 2000, que é a Lei de Responsabilidade Fiscal. Precisamos ser estratégicos e pragmáticos, neste ponto estou com a Maria Paula Dallari, a ponto de dizer que o Brasil não é um país para amadores, tudo no âmbito do Congresso Nacional. Então a gente precisa, as pessoas de boa fé, e eu me incluo dentre elas quase sempre, é pensar estratégias para resolver esse problema, se é para levar a sério esse tipo de vinculação constitucional de receitas em matérias de saúde e educação. Então acho que a Lei Complementar poderia servir nos termos do Artigo 37, Inciso 19 para definir a área de atuação da Fundação, mas, ao mesmo tempo para criar um tipo de exceção, um tipo de previsão que o contingenciamento, seja como for, não alcançara algumas áreas essenciais. Vai se fazer superávit fiscal com outras áreas, como saúde e educação. Há que se levar a sério políticas públicas nessas duas áreas no Brasil. Ou se não vai haver contingenciamento, pelo menos que se consiga contingenciar o próprio contingenciamento nessas áreas. Que ele possa ser feito, mas, com um teto de limite palatáveis.

Eu não sei nem se eu fosse o Ministro do Planejamento ou Ministro da Fazenda, eu aceitaria isso. Como eu não sou, isso é problema deles, e meu papel é dizer o que eu penso. Então eu acho que isso seria uma decisão mais de estado do que de governo, mas, nós precisamos de homens de estado e não de homens de governo. Acho que esse segundo problema é mais importante até que o primeiro.

A terceira questão que eu gostaria de destacar sobre contrato de gestão, aí eu concordo plenamente com o estudo que foi conduzido pelo Ministério do Planejamento. Aquela questão de saber se é possível usar o contrato de gestão, para de alguma forma obviar a presença de todo o caminho de detalhamento de programação financeira dessas Fundações na Lei Orçamentária, ou se isso é uma prerrogativa apenas nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Ressaltando que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal quando se trata de empresa pública ou sociedade de economia mista dependente, exige essa previsão. Temos o exemplo da sociedade de economia mista que eu não sei o nome, mas, é importante na economia brasileira que está vivenciando essa circunstância.

E também porque o Artigo 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal se refere a contrato de gestão apenas para ampliar a autonomia administrativa, financeira e orçamentária de empresas públicas e sociedades de economia mista. Esse me parece aquele caso em que não há um silêncio eloquente do legislador. A Constituição no Artigo 37, Parágrafo 8º, não exclui as Fundações da possibilidade do uso do instrumento do contrato de gestão, e não me parece ser vedado que em uma Lei Ordinária ou Complementar, se preveja esse contrato ou acordo de programa como preferem alguns, em que vão se estabelecer as metas e contrapartidas pelo atingimento ou não das metas por essas entidades. Então, acho que esse é um ponto que não interfere com o projeto desenvolvido das Fundações Públicas de Direito Privado.

O quarto ponto são os limites de gasto com pessoal. Eu vi no projeto e li no relatório que se pretende pelo movimento majoritário, dentre as pessoas que participaram, se pretende afirmar que as Fundações Públicas de Direito Privado estariam fora desses limites impostos de gastos com pessoal, pelos Artigos 18 e 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal. A mim não me parece *prima facie* possível se fazer essa exclusão. Quer dizer, da mesma forma que me parece temerário se afirmar que essas Fundações não são mantidas pelo Poder Público, é difícil dizer quando a lei se refere a União, por exemplo, ela está se referindo, e isto está no Artigo 1º da Lei de forma muito clara, a autarquias, Fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, quando dependentes. E diz mais adiante que a União poderá gastar 50% com despesas correntes líquidas com pessoal. Não me parece haver fundamento para excluir Fundações Públicas de Direito Privado porque estão englobadas no Artigo 1º da Lei, desse limite de 50%.

Eu acho que é possível dizer que nesse caso específico de entidades de saúde e educação, em que o gasto com pessoal é necessariamente alto, talvez seja possível estabelecer ali algum tipo de exceção na Lei e que possa ser compensado para que o limite global não seja aumentado. E talvez aumentado de forma que contemple as necessidades desse setor, mas, com o quadro normativo em vigor. Essa pretensão me parece difícil.

E por fim, em relação a imunidade tributária, que é a minha afirmativa mais curta, no Artigo 150, Parágrafo 2º, eu entendi o argumento do Professor José Eduardo Sabo, que quer jogar a imunidade tributária para outro dispositivo, mas, há claramente uma referência a Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Aqui, reconhecer que materialmente elas são mantidas pelo Poder Público resolve o problema. Então elas são destinatárias da imunidade tributária. Então, essas seriam 5 questões fundamentais que eu traria para discussão da nossa seleta e qualificada audiência. E fico a disposição para conversar com os senhores, e queria só ressaltar aqui esse papel pode parecer um pouco antipático, embora eu tenha me encantado com o projeto. A Doutora Lenir merece todos os elogios, e todos os envolvidos nesse projeto também merecem, mas, na verdade, usando aqui a presença do José Eduardo, que é Professor da Católica de Brasília, nós temos que lembrar de Santo Agostinho, que dizia que: eu prefiro aos que me criticam porque me corrigem, aos que me adulam, porque me corrompem. Então, as críticas são sempre em tom construtivo, e talvez algum tipo de aprimoramento ao que foi feito. Muito obrigado.

www.planejamento.gov.br
projeto.fundacaoestatal@planejamento.gov.br