

## Editorial

### Modelos do Direito Civil para a (transparência da) Administração Pública

Mostra-se crescente, na realidade contemporânea, a utilização de instrumentos do direito civil pela administração pública. Destacada administrativista portuguesa, Maria João Estorninho chega mesmo a invocar, já no título de obra de sua autoria, uma *Fuga para o Direito Privado*. O fenômeno é alvissareiro, ao menos por duas razões fundamentais. Demonstra, em primeiro lugar, a indispensável interdisciplinaridade mediante a qual, superando-se a diáspora tradicional dos diversos ramos do direito, busca-se a solução dos problemas da atualidade. Além disso, prevalece nessa tendência a saudável perspectiva finalística na gestão administrativa, perseguindo-se a simplicidade e a transparência peculiares do direito privado, cuja importação para o direito administrativo é presságio de maior preocupação ético no trato da coisa pública.

Expressão eloqüente de tal fenômeno é o projeto de lei complementar, em tramitação no parlamento, relativo à fundação pública de direito privado, como instrumento para dinamizar e oferecer maior eficiência da administração de hospitais, instituições culturais etc.. A fundação pública de direito privado é espécie autônoma de entidade integrante da administração pública indireta do Estado, tem estrutura de direito privado e, vinculada à exigência constitucional de concurso público para ingresso em seus quadros, permite a contratação de pessoal pela CLT, com vistas à compatibilização da remuneração ao mercado específico de cada carreira profissional

Tal figura existe no direito brasileiro desde a década de 40 do século XX, podendo-se mencionar a pioneira Fundação Getúlio Vargas (1944), que se dedica exitosamente ao ensino e à pesquisa. Posteriormente, o art. 4º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cuja atual redação foi definida pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, consagrou a fundação pública de direito privado como espécie autônoma de entidade da administração indireta, ao lado da autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, entretanto, houve quem alegasse que o dualismo de fundações públicas deixara de existir na ordem jurídica brasileira, unificando-se o regime fundacional no modelo do direito público, como espécie de autarquia.

A dúvida decorria da imprecisão da linguagem constitucional, que alude às fundações, em sucessivas passagens, sob diversas denominações — “*instituídas e mantidas pelo Poder Público*” (arts. 22, XXVII, 71, II e III; 150, § 2º; 165, § 5º, I; 169, parágrafo único; e 18 das DT; “*mantidas pelo Poder Público*” (art. 37, XVII); “*controladas pelo Poder Público*” ou “*sob controle estatal*” (arts. 163, II, e 8º, § 5º das DT); ou simplesmente “*públicas*” (arts. 37, XIX; 39, *caput*, e 19 das DT).

Superada a hesitação inicial, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento, corroborado pela doutrina dominante, de que o dualismo de fundações públicas se manteve sob a ordem constitucional. Segundo a Suprema Corte, é a concreta atividade desenvolvida que poderá determinar a legitimidade da adoção do modelo privado na gestão do serviço público (STF, RE, 127.489-DF, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 25.11.1997. Cfr. tb., a formulação contida no RE 101.126-RJ, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 24.10.1984).

Por vezes, todavia, interpreta-se mal o dualismo, imaginando-se a equivalência entre a fundação pública de direito público e a de direito privado. Chega-se a dizer, nesta linha de raciocínio, que ao legislador, que institui ou autoriza a instituição de fundação pública, seria consentido escolher, conforme a sua conveniência, a natureza pública ou privada da fundação. A rigor, cada espécie de fundação pública desempenha função específica no direito brasileiro. Ao propósito, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.427-DF, impetrado pelo Banco do Brasil S/A, o Pleno do STF, por votação unânime, considerou que a fundação pública de direito privado é aquela que “persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração. Não exerce atribuição pública” (trecho do voto do Min. Rel. Eros Roberto Grau, julg. 30.08.2006).

Por outras palavras, a fundação pública de direito privado e a de direito público se distinguem em razão da sua finalidade ser o desempenho de atividade privada ou pública, entendida esta última como aquela exclusiva da Administração Pública, tal como o exercício do poder de polícia. Seguindo a jurisprudência do STF, o Projeto de Lei Complementar em tramitação estabelece a distinção entre as duas espécies de fundação pública conforme a natureza da sua finalidade. E procura evitar o emprego abusivo das fundações públicas de direito privado que não podem desempenhar funções exclusivas da Administração Pública, sob pena de uma *privatização* inadmissível do Estado brasileiro.

Neste particular, o modelo privado de gestão, por si só, longe de representar a *privatização* do Estado, assegura a preservação do patrimônio público no âmbito da administração indireta, evitando o quadro atual, em que, diante do completo fracasso da gestão direta do Estado em áreas cruciais, correlatas a setores como a saúde, bilhões de reais do SUS são geridos por entidades não governamentais, sem o necessário controle, o qual incidiria, ao revés, sobre as fundações de direito privado, com a direta participação do Ministério Público.

A matéria é polêmica e evidentemente não pode ser reduzida a discurso ideológico. A dinamização do serviço público é essencial para assegurar a eficiência de gestão e otimização orçamentária. A superação dos preconceitos na adoção de categorias de direito privado parece ser um bom começo para a propalada reforma administrativa. Do ponto de vista metodológico, longe de significar uma espécie de *civilização* do direito administrativo, traduz a saudável circulação de modelos jungidos sempre pela mesma tábua de valores, a confirmar, ainda uma vez, a perspectiva unitária do ordenamento.

G.T.