

Quando presidente da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros, honrou-me com o convite para integrar a Comissão. A princípio declinei da sua convocação, por dificuldades de viajar, mas ele não aceitou. Instituiu para mim uma intensa participação *on line*, mandando-me sempre, religiosamente, temas dos mais variados para minha discussão e parecer.

Além de sua fulgurante inteligência e de uma proverbial cordialidade, Juruena era um verdadeiro gentleman. Nunca deixou uma correspondência minha sem resposta.

Qual não foi minha surpresa, pois, quando, após o XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, de Belo Horizonte, ao qual não compareceu, eu lhe enviei meu livro “Temas de Direito Administrativo Atual”, recém lançado. Ele nada respondeu, o que estranhei, inclusive porque havia, em meus textos, uma certa provocação, dirigida para recentes divergências nossas, sobre o futuro das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Não me conformei. Só depois de muitas diligências, é que soube do seu falecimento.

Este artigo iria fazer parte dos “Estudos em homenagem a Marcos Juruena Villela Souto,” porque aborda uma matéria sobre a qual discutimos muito: o processo administrativo. Quando lhe falei da nova edição, respondeu-me: “não sei de nada, é uma invenção de meus colegas”.

Mas o tempo passou, foi aprovada a lei baiana de processo administrativo, e tive que rever e atualizar minha exposição inicial para o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

É mais uma homenagem que faço ao grande jurista e excelente amigo, inclusive por sua ativa participação na elaboração da lei de processo administrativo do Rio de Janeiro, a qual serviu de inspiração e precioso subsídio para a lei baiana.

ALICE GONZALEZ BORGES.

UM NOVO DIREITO PARA A GESTÃO PÚBLICA?

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC-SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público

*Em memória de Marcos Juruena Villela Souto,
amigo para sempre*

Sumário: 1. Introdução; 2. É necessária uma lei nacional com as bases estruturais da Administração; 3. Primeira base: distinguir entidades estatais de entidades não estatais; 4. Segunda base: dar variedade organizacional para uma Administração Policêntrica; 5. Terceira base: dar espaço a novas soluções de licitação.

1. Introdução

Um áspero debate sobre administração pública tem sido travado nos meios jurídicos brasileiros, envolvendo Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, advogados e juristas. Todos parecem concordar em apenas um ponto: o de que a relação da administração pública com o Direito precisa mudar. Mas há um profundo desacordo quanto ao mais. Alguns acham que o desafio é fazer a administração obedecer de fato às normas que já existem. Já outros, sem negar a importância da legalidade como premissa, reclamam que nossos modelos legais são ruins.

São, portanto, diagnósticos divergentes sobre os males de nosso direito administrativo: enquanto uns lamentam sua ineficácia, outros criticam sua inadequação.

Este artigo se enquadra na segunda linha de visão. Ele contém ideias para superar dois grandes problemas da gestão pública brasileira em que as normas vigentes de direito público têm um papel crucial.

O primeiro é que nosso sistema jurídico ficou muito fechado, não oferecendo modelos para a organização interna da administração pública que tenham diversidade e flexibilidade suficiente para atender às necessidades de um Estado tão complexo como o brasileiro. O segundo problema é a falta de clareza jurídica quanto a várias definições e distinções fundamentais para o sistema funcionar bem.

A proposta encampada pelo artigo é de esses problemas serem enfrentados por meio de uma lei nacional que fixe novas bases estruturais para a administração pública.¹

Desde a metade da década de 1990, várias inovações estruturais ou retoques focalizados em matéria de gestão pública vêm sendo feitos por normas legais e mesmo constitucionais. O objetivo geral tem sido o de obter flexibilizações e adaptações em regimes que haviam se tornado excessivamente rígidos. Acontece que essas normas não têm conseguido alcançar plenamente os fins buscados.

Uma das dificuldades é que a legislação administrativa de caráter mais geral cresceu e se dispersou enormemente. Iniciativas mais simples de reforma, por meio de leis pontuais, estão deixando de ser um caminho adequado, pois as eventuais mudanças positivas acabam neutralizadas quando da aplicação, justamente pela falta de um marco normativo mais sistemático, que inclusive dê legitimidade a essas pequenas mudanças, garantindo sua inserção em um sistema coerente. Além disso, mudanças pontuais geram muita dispersão e muita confusão.

É sempre penoso discutir, conceber e aprovar leis extensas e sistemáticas, especialmente para fazer reformas impactantes. Quando o tema é gestão pública, a complicação é ainda maior, pelo número de atores e pelo porte dos interesses envolvidos. A visão deste artigo é que chegou a hora de o Estado brasileiro se engajar em um amplo processo de rediscussão sobre o Direito da gestão pública, com os desafios que isso traz.

Não basta inventar e avaliar novas práticas de gestão pública. Isso vem sendo feito permanentemente, nos foros adequados. É hora de olhar mais direta e profundamente para o Direito da gestão pública. Em suma, é preciso também uma discussão de sabor mais jurídico, preocupada com racionalidade jurídica, feita por juristas.

2. É necessária uma Lei Nacional com as bases estruturais da administração

Para tratar de gestão pública pelo ângulo do Direito, um primeiro ponto importante é o da divisão de competências normativas. De onde vêm as normas sobre gestão, isto é, as leis e regulamentos administrativos que dispõem sobre a organização e a atuação da administração pública no Brasil?

A resposta é que elas vêm das distintas entidades estatais de caráter político-administrativo. Essas entidades são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Cada uma tem autonomia para produzir para si mesma suas próprias leis em matéria administrativa (CF, art. 18). São exemplos as leis orçamentárias (CF, art. 165

¹ Retomo e amplio neste texto ideias do artigo *Uma lei de normas gerais para a organização administrativa brasileira: o regime jurídico comum das entidades estatais de direito privado e as empresas estatais*, em "Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira", Paulo Modesto (coord.), B.Horizonte, Fórum, 2010, 2a. ed., pp. 57-68.

e ss.), as leis de criação dos órgãos e entidades de sua administração (CF, art. 48, XI) e as leis de criação e de fixação de remuneração dos cargos públicos (CF, art. 48, X).

A competência legislativa é um tanto limitada para Estados e Municípios, pois em algumas matérias a União tem poder para produzir leis de caráter nacional, isto é, leis que disciplinam não só a gestão federal, mas também a estadual e a municipal. Exemplos importantes são os do direito financeiro (CF, art. 163) e das licitações e contratos públicos, que podem sim ser tratados em leis estaduais e municipais, mas desde que observadas as normas gerais editadas por lei nacional (CF, art. 22, XXVII).

Deve-se lembrar também que tanto o legislador federal quanto os demais têm seu poder de legislar sobre gestão pública de algum modo limitado pelo fato de a Constituição de 1988 conter muitas normas a respeito disso. Exemplos significativos são a remuneração e a previdência de servidores públicos, bastante tratadas por normas constitucionais (CF, arts. 37 a 39, quanto à remuneração; e art. 40, quanto à previdência).

Além de terem autonomia para legislar, União, Distrito Federal, Estados e Municípios são também entidades com autonomia administrativa. Em termos práticos, isso significa que têm seus próprios dirigentes máximos (para ficar no mais simples: os Chefes de seus Poderes Executivos e as Mesas de seus Legislativos).

Esses dirigentes não são subordinados administrativamente a ninguém e dispõem do poder hierárquico máximo sobre a estrutura que comandam (CF, art. 84, II). Isso lhes dá um papel importante na edição de normas sobre gestão pública, por meio de regulamentos administrativos, cujos limites são os impostos pelas leis (CF, art. 84, IV e VI).

Além disso, o Chefe do Executivo controla a agenda do Legislativo no tocante às leis básicas sobre a administração, como a lei orçamentária (CF, art. 84, XXIII) e as leis que criam órgãos, entidades e cargos públicos e fixam sua remuneração (CF, art. 61, § 1.º, II, a). É que os projetos de lei quanto a isso são de iniciativa exclusiva do Executivo, não podendo ser apresentados por qualquer parlamentar.

Para uma reforma do Direito relativo à gestão pública no Brasil, uma dificuldade a considerar é o fato de ele ser formado por esse formidável conjunto de normas legislativas e administrativas vindas de milhares de fontes diversas. Uma reforma coordenada envolvendo ao mesmo tempo todas essas entidades autônomas não é possível, claro. E reformas empreendidas em alguns Estados ou Municípios também não garantiriam o caráter sistemático que se tem de, em alguma medida, buscar.

Por isso, reformas relevantes no Direito da gestão pública acabam sempre envolvendo emendas constitucionais (e muitas vezes já se caminhou por aí, como na EC 19, de 1998) ou leis nacionais. Este artigo segue o segundo caminho, e cogita de reformas que possam ser impulsionadas por meio de lei nacional.

Por que uma lei nacional e o que há de útil a ser feito por meio dela?

Um arcabouço conceitual consistente quanto à organização administrativa (classes e tipos de entidades, espécies de vínculos entre administração direta e indireta e entre Estado e entidades não estatais) é em primeiro lugar necessário

à adequada incidência do regime constitucional de toda a administração pública, inclusive a estadual e a municipal. É também um pressuposto de toda a legislação administrativa, que precisa se basear em diferenças estruturais dos órgãos e entidades para fazer diferenciações de regime jurídico (de regime financeiro, de regime contratual, etc.).

A definição das classes e tipos de pessoas jurídicas existentes em nosso Direito é tarefa do legislador nacional, tratando-se, segundo a tradição, de matéria de direito civil e comercial, mesmo quando envolva as pessoas estatais (CF, art. 22, I). Isso é ainda mais evidente quanto às entidades estatais de direito privado (empresas estatais e fundações estatais).

Portanto, é tema para uma lei nacional a instituição desse arcabouço conceitual, que tem de ser unificado, não podendo variar de Estado para Estado, de Município para Município.

Há também outra razão.

Atualmente cabe ao Congresso Nacional a edição de normas gerais sobre licitação e contratação administrativa, em todas as suas modalidades, para toda a administração brasileira (art. 22, XXVII). Uma reforma estrutural da gestão pública depende da modificação e complementação da atual disciplina quanto a isso. A mudança é necessária, pois o regime amplamente unificado de licitações instaurado pela lei 8.666, de 1993, é um equívoco, que tornou a administração brasileira ineficiente e gerou problemas muito graves de aplicação, dada a grande diferença de organização e atuação que existe entre as inúmeras entidades estatais.

Ademais, uma reforma estrutural da gestão pública depende de a atual legislação sobre contratações administrativas ser complementada, para regulamentar um tema introduzido no art. 37, § 8º da Constituição pela Emenda 19, de 1998, e que até o momento não decolou: o do contrato de autonomia (que alguns chamaram de contrato de gestão), a ser celebrado entre as autoridades administrativas responsáveis, para ampliar a autonomia normal de órgãos ou entidades.

E por que o contrato de autonomia deve ser um elemento importante da reforma da gestão pública? Ele é um instrumento, constitucionalmente previsto, que pode modernizar o tipo de restrição e controles que tradicionalmente existem quanto ao funcionamento das entidades estatais, substituindo mecanismos formais pelo foco nos resultados da ação administrativa. Isso é fundamental para liberar os organismos e gestores da rigidez orçamentária e procedimental que tomou conta da administração. A celebração de contratos de autonomia é uma oportunidade para incentivar o experimentalismo responsável na gestão pública.

3. Primeira base: distinguir entidades estatais de entidades não estatais

A tradição jurídica brasileira, que se estabeleceu a partir do Código Civil de 1916 e da consolidação de conceitos produzida pelo decreto-lei 200, de 1967, e mantida pela Constituição de 1988, é a de separar com rigidez o campo estatal do

não estatal por meio de uma distinção entre pessoas jurídicas estatais (integrantes do Estado) e pessoas jurídicas não estatais (pertencentes ao setor privado).

Nossa Constituição disciplinou diretamente uma série de aspectos jurídicos muito importantes das entidades estatais, e isso depois vai sendo desdobrado pelas leis. Podemos sinteticamente dizer, por isso, que as entidades estatais sujeitam-se a um regime jurídico (o regime estatal) bem diferente do regime que se aplica às empresas e outras entidades do setor privado (o regime comum).

Para o funcionamento do sistema normativo, que dá tratamento diverso a entidades estatais e entidades não estatais, um elemento vital é a existência de nitidez na linha que distingue o estatal do não estatal. Sem isso, seria impossível dizer com segurança sobre uma entidade concreta se ela é ou não estatal, e, portanto, se ela deve ou não seguir as normas sobre administração pública.

Ademais, o regime jurídico de uma entidade não pode ficar para ser definido, em todos os seus múltiplos e complexos aspectos, quando do seu ato de criação. É preciso haver modelos jurídicos prévios, nos quais as novas entidades tenham de ser encaixadas, garantindo-se assim a sistematicidade e a coerência do funcionamento e controle de toda a mecânica jurídica.

Na realidade jurídica brasileira, estamos enfrentando quanto a isso algumas dificuldades.

A primeira é que, na prática, autoridades públicas vêm criando como não estatais entidades que têm necessariamente de ser estatais. Temos que impedir a desestatização indevida por essa via.

E qual tem sido essa via?

Uma situação é a criação, por decisão do Estado, de entidades com o nome de serviço social autônomo (mas sem ligação com o sistema sindical, que é o caso de serviço desse tipo autorizado expressamente pela Constituição – art. 240) e com recursos garantidos no orçamento público, entidades essas que os instituidores supõem poderem ficar à margem do regime jurídico estatal. Mas, se são entidades criadas pelo Estado e se vão ter com ele um vínculo orgânico permanente, por conta da dependência orçamentária, jamais poderão ser tratadas como não estatais.

Outro caso é o estabelecimento, de modo permanente, de vínculos de fato entre o Estado e entidades civis controladas direta ou indiretamente por agentes públicos, em virtude dos quais elas se transformam em entidades-laranja, gerindo recursos públicos, explorando bens públicos, desenvolvendo programas estatais, etc. Muitas das chamadas fundações de apoio (algumas ligadas a universidades públicas) não passam de entidades-laranja.

Não pode existir esse tipo de relação. Assim, ou as entidades-laranja são regularmente incorporadas na esfera pública, como entidades estatais, ou deixam de usufruir da relação especial de fato que estabeleceram. Se a alternativa for a segunda, será preciso ter regras adequadas para permitir que entidades civis tenham relações jurídicas normais com o Estado, mas dentro de limites que impeçam seu funcionamento como entidades-laranja.

Como então se pode evitar que sejam criadas ou funcionem fora do Estado entidades que devem ficar dentro dele, como entidades estatais? Aqui o Direito é fundamental: é preciso que a lei nacional fixe o conceito de entidade estatal com abrangência tal que apanhe esses casos que vêm conseguindo fugir dele na realidade prática. A principal figura a ser bem definida para esse fim é a da *fundação estatal*, que é uma organização adequada para as ações públicas que não têm fins econômicos.

A segunda dificuldade quanto à linha divisória entre o estatal e o não estatal é a falta de clareza jurídica quanto à situação de algumas entidades e a consequente tendência, entre órgãos de controle, de tratá-las como se fossem entidades estatais. São as entidades corporativas de fiscalização profissional (OAB, CREA, etc.) e os serviços sociais autônomos vinculados ao sistema sindical (SESC, SENAI, etc.).

As entidades corporativas em geral foram historicamente criadas sob o rótulo de autarquias, para poderem usar o poder de autoridade necessário à fiscalização profissional, mas jamais foram integradas realmente à máquina administrativa, pois o que sempre se quis foi que funcionassem fora do Estado, sem receber recursos do orçamento, sem se vincular ao Executivo, etc. O modelo sempre foi o de entidades controladas pelas corporações profissionais respectivas e mantidas por suas contribuições, e não de entidades controladas pelo Estado.

Já os serviços sociais autônomos do sistema sindical nunca fizeram de fato parte do Estado, apesar de viverem de contribuições criadas por lei, recebidas diretamente. O art. 240 da CF de 1988 foi escrito justamente para manter seu caráter de entidades não estatais. Mas os órgãos de controle, no legítimo intento de fazer o acompanhamento de recursos de origem pública que lá transitam, vêm buscando o incorreto caminho de sujeitá-los ao menos parcialmente ao regime estatal.

Quanto a essas duas categorias de entidades (corporativas e serviços sociais autônomos), o caminho da reforma é, de modo claro e límpido, defini-las como não estatais, excluindo a aplicação, quanto a elas, do regime estatal. Mas como elas têm características que exigem um regime especial, é preciso então ter uma definição clara desse regime especial. Para tanto, um passo conceitual relevante é criar a categoria das *entidades paraestatais* e nelas incluir as organizações a que estou me referindo.

Para fazê-lo, será preciso inovar do ponto de vista da *arquitetura conceitual*, pois nem o decreto-lei 200, de 1967, nem o Código Civil, nem a Constituição trabalharam explicitamente com uma classificação em três classes: entidades estatais, paraestatais e não estatais.

Todavia, a inovação será sobretudo arquitetônica pois, pelo ângulo do regime jurídico aplicável, há muito tempo a prática (embora não uniforme) nos órgãos de controle é aplicar, para as entidades que denominamos de paraestatais, um regime peculiar, que tem razões profundas e base constitucional, explícita ou implícita.

Eis, portanto, dois bons motivos para uma lei nacional com novas bases estruturais para a administração pública: é preciso aclarar os limites já existentes e, em alguns casos, redefini-los.

Para a tarefa de distinguir as entidades estatais das não estatais, é preciso trabalhar os conceitos de cada uma das entidades estatais (autarquias, empresas

estatais e fundações estatais). Com isso, ficarão claros quais são os traços decisivos para incluir ou excluir cada entidade concreta do universo estatal, e para submetê-la ou não ao regime estatal.

Desse modo se assegura que nenhuma entidade estatal escape desse regime, mas também se evita que outras organizações sejam indevidamente contaminadas por ele. É preciso afastar a tendência, que se tem manifestado em muitos debates jurídicos, de querer aplicar regras específicas de entidades estatais a organizações de outro tipo, e isso só pelo fato de contarem com alguma participação estatal (ex.: empresas do setor privado com participação estatal minoritária no capital), de receberem recursos de origem direta ou indiretamente estatal (entidades de previdência fechada patrocinadas por empresas estatais, organizações sociais que recebem recursos do Estado por meio de contrato de gestão) ou de terem sido criadas por impulso oficial (ex.: entidades corporativas de fiscalização profissional e entidades do chamado Sistema S, isto é, os serviços sociais autônomos do sistema sindical).

A boa organização conceitual, necessária para distinguir entidades estatais de entidades não estatais, depende também de a lei definir os tipos de vínculos que podem existir entre entidades estatais e outras entidades (empresas ou não) que, por fortes que sejam, não terão o condão de inserir estas últimas na administração indireta, isto é, no rol de entidades estatais. A clareza quanto a isso é fundamental. É natural que o Estado mantenha vínculos profundos com diversas espécies de organizações e é natural também que isso tenha reflexos no regime jurídico dessas organizações, mas não é de modo algum correto que se queira tratá-las todas como se entidades estatais fossem.

O regime jurídico das entidades estatais em alguns aspectos importantes vem traçado na própria Constituição e, no mais, tem sido construído pela legislação geral e específica. Ele tem fundamentos próprios e é equivocado querer estendê-lo totalmente, por via de simples interpretação. Vale por todos o exemplo das organizações sociais criadas na década de 1990. São entidades colaboradoras do Estado, devem ter um regime jurídico coerente com essa condição, mas não é correto pensar que o único regime capaz dessa coerência seja o estatal.

4. Segunda base: dar variedade organizacional para uma administração policêntrica

Uma reforma jurídica estrutural da gestão pública no Brasil deve, entre seus compromissos fundamentais, assumir o de viabilizar a construção de uma organização estatal policêntrica, com variedade organizacional capaz de atender à diversidade do Estado contemporâneo.

Isso envolve uma reversão da recorrente tendência brasileira de centralização, unificação e hierarquização de toda a administração pública, tanto direta quanto indireta. É preciso viabilizar a existência de entidades verdadeiramente autônomas no interior do Estado.

Os conceitos de administração direta e administração indireta foram fincados em definitivo em nosso Direito pelo decreto-lei 200, de 1967, e depois constitucionalizados em 1988. As entidades estatais integrantes da administração indireta em cada esfera da Federação dividem-se hoje basicamente nas seguintes categorias: autarquias, empresas estatais (englobando empresas públicas e sociedades de economia mista) e fundações estatais.

Um problema a superar no direito administrativo brasileiro é que a existência formal dessas figuras não tem sido suficiente para dar à administração modelos variados de estruturação, que possam ser usados para as distintas finalidades assumidas dentro da complexidade do Estado contemporâneo. Outro problema é o da excessiva centralização, que tem impedido a existência de autonomia em favor de entes da administração indireta, quando em vários casos a autonomia é importante ao cumprimento da missão pública.

É preciso retomar a concepção, que estava de algum modo esboçada no decreto-lei 200, de 1967, e que não conseguiu se impor na prática, de uma *administração policêntrica*.

Na vida cotidiana, a administração brasileira jamais se afastou do modelo bonapartista, de inspiração militar, com suas características de centralização e de hierarquização. A interpretação e a aplicação que se tem dado às normas constitucionais e legais sempre procurou impedir, tanto quanto possível, a criação de múltiplos centros de decisão e de poder na administração.

Muitas têm sido as justificativas para isso, como a suposta necessidade de dar, às autoridades eleitas, poderes absolutos sobre toda a máquina estatal, de controlar os gastos públicos e de evitar irregularidades nos vários braços do Estado. O resultado disso tudo é que, na realidade, entidades da administração indireta têm sido tratadas, em muitas questões relevantes, de modo equivalente aos órgãos da administração direta.

É preciso reverter essa tendência. Não faz sentido querer tratar toda a administração pública como unidade monolítica; é importante permitir que ela se organize com muitos centros, dotados de graus variados de autonomia, com meios próprios de controle.

Isso não significa que as entidades da administração indireta devam poder romper completamente seus vínculos com o Estado. Um vínculo mínimo há de existir em qualquer caso. Mas não se deve fazer uma homogeneização desses vínculos. É preciso diferenciar, conforme os casos.

Um primeiro passo quanto a isso é, alterando um arranjo infeliz do decreto-lei 200, de 1967, passar a distinguir com clareza a supervisão que o Executivo faz de seus próprios órgãos (supervisão hierárquica) da que lhe cabe fazer sobre as entidades da administração indireta (supervisão por vinculação). Ademais, é preciso distinguir a supervisão por vinculação que se faça sobre entidades estatais comuns e sobre entidades criadas justamente para atuar com independência, como é o caso das agências reguladoras. A competência para o Executivo supervisionar entidades independentes não pode ser pretexto para sabotar a independência, como tem sido em muitos casos.

De outro lado, deve-se prever de modo explícito a possibilidade de existirem grupos de entidades estatais com vínculos de subsidiariedade entre si, permitindo que elas se liguem ao Executivo coletivamente – como grupo – e não necessariamente de modo individual. Isso permitirá, p.ex., que uma universidade organizada como autarquia controle diretamente outras entidades (suas subsidiárias) na forma de autarquias, empresas estatais ou fundações estatais, formando um grupo de atuação coordenada.

Para garantir espaços de autonomia para as entidades da administração indireta, é preciso tratar da autonomia para a auto-organização das autarquias (limitando o conteúdo dos regulamentos de organização editados pelo Chefe do Executivo), da autonomia qualificada das autarquias especiais (agências reguladoras e universidades), da autonomia orçamentária e financeira das entidades estatais privadas não dependentes (as empresas estatais que vivem de suas próprias receitas), da autonomia das entidades estatais privadas quanto à matéria de pessoal, da previsão de regulamento próprio de contratações para certas entidades estatais privadas, da regulamentação do contrato de autonomia como mecanismo para atribuição de autonomia para qualquer órgão ou entidade da administração, do estabelecimento de limitações para o exercício da supervisão do Executivo sobre essas entidades e do estabelecimento de limitações para as interferências dos órgãos de controle interno e externo sobre essas entidades.

A administração indireta é integrada por *entidades estatais de direito público* (as autarquias) e por *entidades estatais de direito privado* (basicamente empresas estatais e fundações estatais com personalidade de direito privado).

As principais questões que precisam ser enfrentadas para uma reforma estrutural da gestão pública dizem respeito ao regime jurídico não das entidades de direito público, mas sim das de direito privado.

A primeira coisa a fazer é reconstruir a figura da *fundação estatal de direito privado*. Para evitar as confusões terminológicas do passado, é preciso deixar claro que o fato de uma entidade receber ou não o nome fantasia de fundação não tem relevância maior, pois o que importa são aspectos substanciais.

Fundação estatal é, em primeiro lugar, uma *entidade estatal*, controlada pelo Estado. Em segundo lugar, é *entidade de fins não econômicos*, com o que se distingue das empresas estatais. Em terceiro lugar, é *pessoa jurídica de direito privado*, não de direito público.

E como reconhecer, diante de uma entidade concreta, se ela é de direito privado ou de direito público?

Inicialmente, pela função. A entidade será de direito público se as competências a ela atribuídas pela lei forem de natureza incompatível com a personalidade de direito privado, por implicarem poderes próprios do Estado.

Mas há outra função – a prestação de serviço público em sentido amplo que não envolva o manejo desses poderes – que pode ser exercida tanto por entidades de direito público, as autarquias, como por entidades de direito privado, as empresas estatais e as fundações estatais. Assim, p.ex., a entidade estatal prestadora de serviço educacional tanto pode ser autarquia como pode ser fundação estatal.

A função, nesse caso, não basta para identificar a natureza jurídica, se pública (de autarquia) ou privada (de fundação estatal). Aí a identificação tem de ser feita consultando-se a deliberação do legislador: se ele houver instituído diretamente a entidade, será autarquia, caso só a tenha autorizado, será fundação estatal (CF, art. 37, XIX); se houver mandado aplicar o regime estatutário para os servidores, a entidade será uma autarquia (pois não pode haver regime estatutário, que é de natureza pública, em entidade estatal de direito privado), mas se, ao contrário, houver previsto o regime celetista, o caso será de fundação estatal (pois se fosse autarquia o regime teria obrigatoriamente de ser o estatutário, segundo a CF, art. 39, *caput*, com a redação original ripristinada em virtude da cautelar em ADIn 2.135-4).

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

Quando, todavia, foi editada a lei do regime jurídico único dos servidores federais (8.112, de 1990), as referências nela contidas a “fundações públicas” (especialmente em seus arts. 1.º e 243) foram erroneamente interpretadas como se incluíssem as fundações estaduais de direito privado e, com isso, todos seus servidores acabaram se tornando ocupantes de cargos públicos estatutários. Por essa via, as fundações estaduais de direito privado federais se tornaram autarquias de fato (pessoas de direito público) com o nome de fundações.

Esse movimento se tornou ainda mais irresistível uma vez que, tendo a Constituição de 1988 unificado o orçamento federal, as fundações mantidas pela União perderam a autonomia orçamentária de que no passado haviam desfrutado (art. 165, § 5.º, I). Assim, em matéria orçamentária e financeira ficaram em regime idêntico ao das autarquias. Isso explica porque, mesmo continuando a existir, em tese, a figura da fundação estatal de direito privado, ela deixou de ser usada na administração federal. É que as fundações existentes passaram a ser vistas como autarquias, pois se sujeitavam ao regime destas em dois pontos fundamentais: o regime funcional e o regime orçamentário-financeiro.

Pois bem. Uma reforma estrutural quanto ao tema deve recuperar a figura da fundação estatal de direito privado, afirmando de modo ostensivo sua existência. Deve também sujeitar efetivamente essa entidade (a fundação estatal de direito privado) ao regime que lhe é próprio: o regime estatal privado.

Isso envolve o tratamento de dois aspectos: o estrutural e o da gestão. As *questões estruturais* relativas às fundações estaduais – conceito, criação, registro, estatutos e extinção – precisam ser tratadas na lei nacional, pois as normas sobre fundações do Código Civil não foram pensadas para fundações estaduais, mas apenas para fundações civis (do setor privado). Já as *normas sobre gestão* devem ser as gerais

aplicáveis a todas as entidades estatais de direito privado (que incluem as empresas estatais, além das fundações).

No tema da gestão encontra-se, então, outro objetivo notável de uma reforma quanto à matéria: impedir que as fundações estaduais de direito privado acabem sujeitas a um regime estatal com características incompatíveis com as necessidades de uma entidade privada.

A estratégia para tanto tem de ser a construção de um conjunto básico de normas jurídicas de gestão em boa parte unificadas para os dois tipos de entidades estatais de direito privado: as empresas e as fundações.

O ponto de partida dessa unificação deve se inspirar no art. 173, § 1.º, II, da Constituição. Tanto empresas estatais como fundações estaduais privadas devem sujeitar-se, em princípio, ao regime e aos direitos e obrigações *próprios das pessoas jurídicas de direito privado*, em matéria civil, comercial e trabalhista. Também em matéria de execução judicial de suas dívidas deve se garantir a incidência do regime comum, vedando expressamente a extensão, às entidades estaduais privadas, dos privilégios da Fazenda Pública, que vem sendo imprudentemente feita pela jurisprudência.

Mas o regime das entidades estatais de direito privado tem também de ser definido levando em consideração a decisão constitucional de submeter ao *regime estatal* todas as entidades estatais, mesmo de direito privado.

Assim, a lei nacional deve aplicar e adaptar, às entidades estaduais privadas, o regime estatal orçamentário, de pessoal e de contratações. Ao fazê-lo, tem de evitar o excesso de burocratização e a perda de eficiência, mas sem comprometer os controles estatais que a Constituição quis ver aplicados mesmo às entidades com personalidade privada.

Quanto ao tema do *regime orçamentário e financeiro*, deve ser levada em consideração a dicotomia já consagrada para o caso das empresas estatais, mas cuja aplicação é importante também quanto às fundações estaduais. Trata-se da dicotomia *entidade estatal dependente e entidade estatal não dependente*.

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

E qual a importância dessa dicotomia (dependente x não dependente) aplicada às duas categorias de entidades estaduais privadas? Disciplinar coerentemente a questão da *autonomia orçamentária e financeira*. Empresas e fundações estaduais não dependentes devem ter autonomia e, por isso, fazer e aplicar seus próprios orçamentos.

Já as empresas e fundações estaduais dependentes têm, em princípio, seu orçamento aprovado pela lei orçamentária anual (CF, art. 165, § 5.º, I). Mas – e aqui está um ponto importante de mudança – caso essas entidades dependentes celebrem contrato de autonomia, poderão adquirir autonomia quanto a esse aspecto, o orçamentário e financeiro (CF, art. 37, § 8.º).

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

O pressuposto implícito nessas propostas de regulamentação das fundações estatais é o de que nosso direito administrativo atual é inadequado, por negar aos administradores (p.ex., dos hospitais públicos) uma margem suficiente de manobra, especialmente quanto à política de pessoal e à gestão financeira. Considero correta essa visão: ou aceitamos um pouco de flexibilidade quanto a isso, ou a única saída é a desestatização. As inovações são, portanto, necessárias.

Trata-se, é bom dizer, de uma inovação legal no âmbito da União, mas não de uma revolução constitucional. A figura da fundação estatal é compatível com a Constituição vigente. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu isso. É verdade que a União havia abandonado esse modelo há alguns anos, ficando só com as rígidas autarquias (ainda que chamadas de fundações, fundações públicas ou fundações de direito público). Mas não foi a Constituição, e sim a legislação ordinária, que a obrigou a tanto. Assim, uma nova lei pode mudar isso. Fundações estatais existem nos estados, como a Fundação Padre Anchieta, em São Paulo.

Ademais, a flexibilização da política de pessoal é possível, pois essas fundações não foram atingidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal que restabeleceu a obrigatoriedade do regime jurídico único na admissão de servidores. As fundações estatais têm o mesmo regime das empresas estatais, cujos trabalhadores estão sob o regime trabalhista, da Consolidação das Leis do Trabalho. A decisão do STF atinge apenas os servidores da administração direta (ex.: ministérios), das autarquias (ex.: banco central) e das fundações de direito público (ex.: FUNAI). Estes, segundo o texto original do art. 39 da Constituição, que foi restaurado pela decisão, é que estão forçosamente sob o regime jurídico único, de natureza estatutária. A Constituição prevê dois modelos de organização para a administração pública brasileira. O regime único se aplica a apenas um deles. Há dois tipos de entidades estatais: as públicas e as privadas. Nas entidades estatais públicas é que estão os servidores públicos estatutários, que ocupam cargos públicos, cujo regime de trabalho é de natureza pública (é o dito "regime único"). Já nas entidades estatais privadas (empresas estatais e fundações estatais) não há cargos, mas empregos, com regime de natureza trabalhista.

As fundações estatais ficarão sujeitas ao dever de fazer concurso público e de licitar, bem como à fiscalização do Tribunal de Contas. Os elementos essenciais do regime das entidades estatais definido pela Constituição se aplica naturalmente a elas. Mas é possível tornar mais adequado nosso direito administrativo aplicável a essas entidades, sem comprometer a eficácia daquilo que realmente importa.

Quanto às empresas estatais, o que se precisa fazer em lei é uma atualização de conceitos. É preciso modernizar os conceitos do velho decreto-lei 200, de 1967, que são anteriores ao advento da legislação das sociedades por ações, a qual deve agora ser considerada.

Assim, o caráter estatal da sociedade de economia mista não mais deve estar vinculado à titularidade da metade mais um do capital votante, como no decreto-lei 200, de 1967, e sim ao *controle estatal estável*. Ademais, é preciso compatibilizar os conceitos com as exigências decorrentes da Constituição de 1988, que impõe a consideração como empresa estatal também da empresa de que o Estado tenha controle apenas indireto, por ser subsidiária de outra empresa estatal.

A expressão *empresas estatais* está consagrada pelo uso, como gênero que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas ainda não está positivada nem conceituada em lei. O conceito dessa figura deve estar referido a dois aspectos: o do controle e o das atividades exercidas. O mais importante é o do controle, direto e indireto, por entidade ou entidades estatais. Este se caracteriza pela titularidade de direitos que lhes assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações ou o poder de eleger a maioria dos administradores. É o conceito de controle da lei das sociedades anônimas.

Empresas públicas são as empresas estatais cujo capital é integralmente da titularidade de entidade ou entidades estatais, de direito público ou privado, sendo admissível a empresa unipessoal. *Sociedades de economia mista* são as empresas estatais de cujo capital participam pessoas físicas ou entidades não estatais, devendo adotar necessariamente a forma de sociedades anônimas e observar os critérios previstos na lei de autorização quando da admissão de sócios privados.

Lembre-se que a mera participação estatal no capital de empresa não a torna empresa estatal, desde que não haja controle, no sentido indicado.

Também não podem integrar a administração indireta, não sendo empresas estatais: a empresa que o Estado controle, direta ou indiretamente, *fora do território nacional*, sob a égide de legislação estrangeira; e as *empresas supranacionais*, de cujo capital a União participe, nos termos do tratado constitutivo, mesmo com controle (é o caso de Itaipu Binacional). E não são empresas estatais por razões evidentes: na hipótese das supranacionais, pela necessidade de um regime especial, decorrente do compartilhamento do controle com outro estado estrangeiro; na hipótese das empresas fora do Brasil, pela inviabilidade da incidência das normas constitucionais e legais brasileiras fora de nosso território.

Empresa estatal pode nascer por constituição originária ou por assunção do controle de empresa já existente. Empresa do setor privado que se torna estatal, por seu controle ter sido adquirido pelo Estado, deve ter um prazo para se adaptar ao regime estatal. Empresa do setor privado que o Estado assumira sem o ânimo de integrá-la à administração indireta deve sair do controle estatal até o fim do exercício financeiro subsequente; do contrário, tem de passar a sujeitar-se ao regime das empresas estatais.

Concluindo este tópico, insisto naquele que é o ponto fundamental. Embora o Direito brasileiro atual preveja as diversas figuras da administração indireta (empresas estatais, fundações, autarquias), elas, por um lado, acabaram sendo por demais aproximadas quanto a seu regime jurídico e, por outro, hoje têm autonomia reduzida.

Reformar a gestão pública no Brasil depende de se reconstruir parcialmente o regime jurídico dessas entidades, para que eles se diferenciem mais. A fundação

estatal – hoje em dia tratada como autarquia – precisa ser recuperada, para servir como instrumento da gestão flexível, embora sem deixar de lado alguns pontos indispensáveis, dada sua natureza de entidade estatal (como o dever de fazer concurso público e a fiscalização pelo Tribunal de Contas). Mesmo as empresas estatais têm de recuperar um pouco da flexibilidade que já tiveram.

Uma reforma que valha mesmo a pena deve, também, ser capaz de aumentar a autonomia das entidades da administração indireta. Para tanto, um instrumento útil é o contrato de autonomia, que precisa ser regulamentado por lei nacional. Mas há várias outras providências que também podem ser relevantes quanto à disciplina jurídica para evitar os excessos atuais de interferência feita pela administração central.

5. Terceira base: dar espaço a novas soluções de licitação

Quanto ao regime de licitações e contratações deve-se, em modelo radicalmente oposto ao da lei 8.666, prever a possibilidade de entidades estatais de direito privado terem regulamentos próprios, observados um conjunto mínimo de parâmetros previstos na própria lei nacional.

Isso importa em evidente flexibilização do regime atual de licitação, cujo resultado prático tem sido muito ruim, e que precisa de modificação urgente. É preciso reverter a atual unificação nacional de regime, embora sem extingui-la por completo.

Em que casos se poderia ter regime alternativo de licitações e contratações para as entidades estatais de direito privado (empresas estatais e fundações estatais)? Primeiro, no das empresas estatais não dependentes. Segundo, para as entidades estatais privadas dependentes (empresas estatais ou fundações estatais) que celebrem contrato de autonomia com o órgão de supervisão do Executivo.

Para viabilizar essa flexibilização, a própria lei precisa definir um conjunto de regras que garantam que os processos de contratação respeitem um núcleo comum de soluções, de modo a bem realizar os objetivos do art. 37, XXI, da Constituição.

Não é adequado manter um único modelo procedimental para toda a administração pública brasileira, ainda que com várias modalidades. É preciso resgatar um mecanismo que vigorou no Brasil até a edição da Lei 8.666/93, isto é, a possibilidade de as entidades estatais de direito privado adotarem regulamentos próprios de licitação, observados alguns parâmetros gerais.

O objetivo é dar flexibilidade para os Chefes do Executivo aprovarem regulamentos próprios para empresas e fundações estatais. É preciso resgatar esta ideia - que, ao contrário do que se diz, foi bastante positiva. Para fazê-lo, no entanto, é preciso ter muita cautela. Deve-se, por exemplo, introduzir a obrigatoriedade da consulta pública prévia à edição desses regulamentos, da qual participariam o ministério público, o tribunal de contas e a sociedade como um todo, fazendo sugestões e críticas.

Assim, será possível manter intactas as ideias fundamentais da licitação (entre elas, a de que no Brasil a disputa pelos contratos públicos deve ser a regra), sem

que a questão da eficiência, do peso e do custo fique em segundo plano. É preciso retornar ao sistema anterior cuidando de elementos a que o antigo decreto-lei 2.300/86 não atentou, fato este que deu margem a discussões, problemas e regulamentos inadequados.

Não basta que a lei autorize as empresas e fundações estatais a terem regulamentos próprios que sigam os “princípios da licitação”. É preciso que a lei diga mais, ou seja, que ela contenha uma lista de questões chave, de diretrizes que sejam impostas aos regulamentos. Foi isto, aliás, o que a Lei Geral de Telecomunicações fez quando deu à ANATEL a competência para elaborar regulamento próprio para suas licitações. O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar a constitucionalidade deste dispositivo e decidiu que ele limitava suficientemente a discricionariedade do administrador público, a ponto de não se entender que esta solução legislativa constituiria uma indevida delegação do poder de legislar.

Nestes regulamentos sobre licitação, é fundamental que os Chefes do Executivo disciplinem as situações de inexigibilidade de licitação relativamente a determinadas empresas ou entidades. Isto porque um dos grandes problemas da aplicação do procedimento licitatório tem origem no fato de que a Lei 8.666/93 estabelece um padrão de exigência muitas vezes incompatível com as características de certos entes da administração. O resultado disto é que estes setores acabam tendo muita dificuldade para criar soluções que, embora legais, sejam adequadas e compatíveis com suas características, pois os órgãos de controle passam a raciocinar de acordo com uma única visão sobre entidades radicalmente distintas.

Em suma, a revisão do regime muito unificado de licitações no Brasil é elemento importante da reforma jurídica da gestão pública. Para fazê-la com racionalidade, é importante que a abertura de espaço para a variação esteja vinculada a uma concepção geral quanto à estrutura e funcionamento das entidades estatais. Leis casuísticas, que se tornaram frequentes em matéria de licitação, não são um caminho bom para reverter a excessiva unificação.