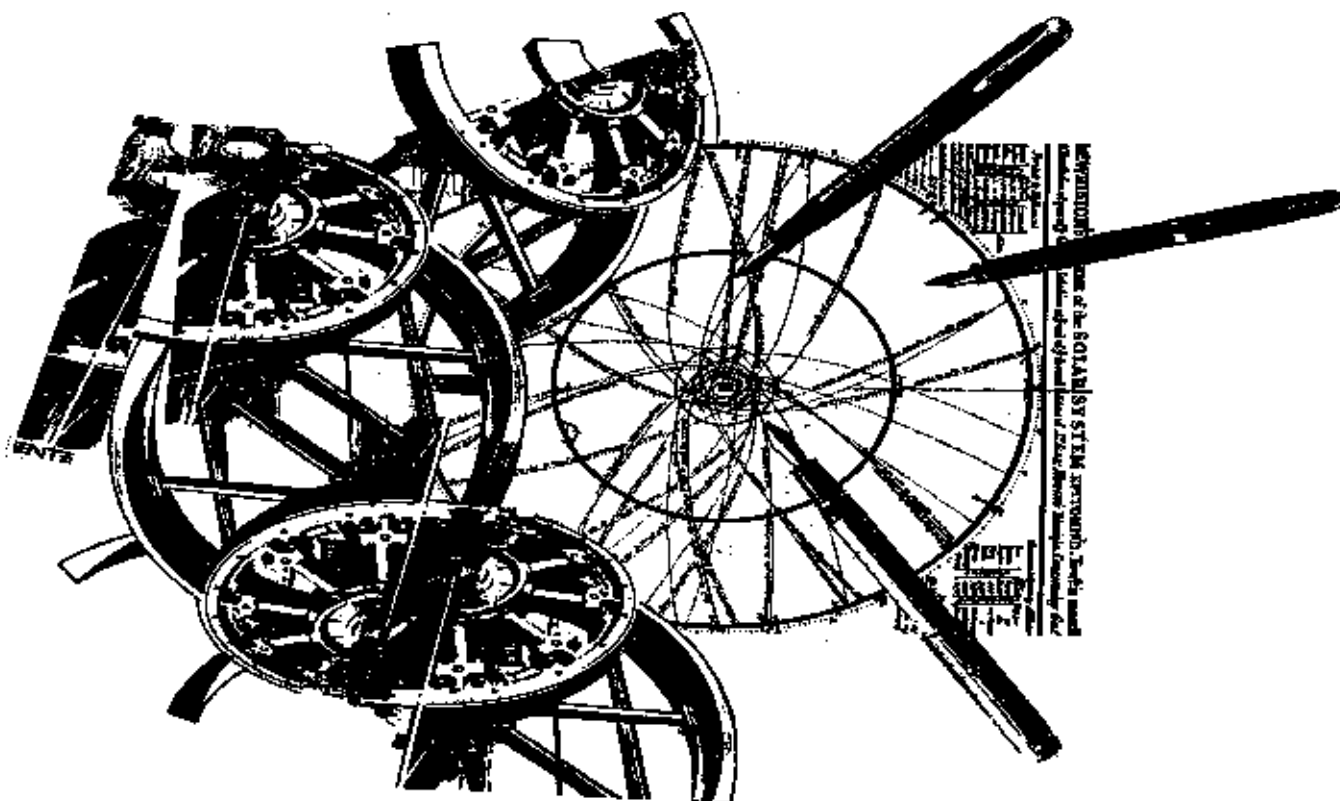


FUNDAÇÕES PÚBLICAS E SUAS LIMITAÇÕES

Dalmo de Abreu Dallari



Tem sido muito freqüente no Brasil, ultimamente, fazer-se referência à fundação como a solução ótima para problemas relacionados com a deficiência de recursos, a falta de flexibilidade da administração, a necessidade de independência política, além de outros.

Em grande parte essa visão, quase miraculosa, deve-se a informações equivocadas, incompletas ou imprecisas, sendo conveniente e mesmo necessário esclarecer, ainda que ficando nas linhas gerais, o que é uma fundação. Assim poderão ser avaliadas, com mais precisão, suas possibilidades; suas limitações e os fatores que deverão ser considerados para se jul-

gar sua adequação a circunstâncias concretas.

Fundação é a vinculação de um patrimônio a determinado fim, dando-lhe personalidade jurídica. Numa fórmula sintética, pode-se dizer que fundação é um patrimônio personalizado, o que significa que o patrimônio adquire a condição de pessoa, passando a ser sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que pode assumir obrigações jurídicas. Em termos mais concretos, a fundação pode assinar contratos, pode ser proprietária e receber doações, pode mover ações judiciais, podendo, em síntese, agir como se fosse uma empresa legalmente constituída. Além disso, fica sujeita ao cumprimento de obrigações, como o pagamento de impostos e o respeito aos compromissos que tiver assumido com terceiros; ficando, ainda, sujeita a algumas regras legais que só se aplicam às fundações, como o controle permanente pelo Ministério Público.

É preciso sempre que haja um instituidor da fundação, que é quem fornece o patrimônio inicial. Mas, além disso, esse patrimônio personalizado é vinculado a um fim determinado, estabelecido pelo instituidor e fixado expressamente no documento básico da instituição da fundação.

É importante assinalar que, após constituída a fundação, o instituidor não tem comando sobre ela. Essa é uma consequência da aquisição de personalidade, que dá à fundação a condição de pessoa, com direitos e obrigações próprios. No momento da instituição, deve ficar estabelecido como serão escolhidos os dirigentes da fundação, pois, como toda pessoa jurídica, ela é dirigida por pessoas físicas que, no entanto, não agem em nome próprio, mas em nome da entidade.

A par disso, devem ser previstos órgãos de controle e fiscalização, que verifiquem o uso correto dos recursos e, mais do que isso, se o patrimônio está sendo efetivamente utilizado para os fins da fundação. No sistema jurídico brasileiro as fundações são também fiscalizadas pelo Ministério Público, que pode, inclusive, pedir ao Judiciário a destituição dos dirigentes, se concluir que eles desvirtuaram as finalidades ou não geriram adequadamente o patrimônio.

Outro ponto importante é a necessidade de que o patrimônio inicial produza renda, para possibilitar o funcionamento da fundação, cumprindo seus objetivos. A fundação poderá obter mais renda através do desenvolvimento de atividades compatíveis com suas finalidades ou recebendo doações ou legados. Entretanto, não é permitido a uma fundação desfazer-se do patrimônio inicial ou de parte dele para cobrir suas despesas, razão pela qual é indispensável que seu patrimônio básico seja rentável. Pode mesmo ocorrer que, algum tempo depois da instituição, o patrimônio e as atividades da fundação já não produzam a renda necessária. Nesse caso, ou o instituidor ou alguém por ele faz um reforço do patrimônio

ou, então, a fundação se dissolve, dando-se ao patrimônio remanescente a destinação prevista no documento de instituição.

Além desses pontos, é importante assinalar a existência de fundações instituídas pelo Poder Público. Embora seja muito antiga no Brasil, a prática de instituição de fundações, quase sempre com objetivos de benemerência, há cerca de cinquenta anos começaram a surgir fundações instituídas pelo Poder Público, o que se tornou muito freqüente nos últimos tempos. Houve certa resistência do direito brasileiro a essa inovação, a tal ponto que durante algum tempo sustentou-se que, mesmo instituída pelo Poder Público, a fundação teria personalidade jurídica de direito privado.

Hoje é aceita a existência de fundações de direito público, como órgãos da administração descentralizada, mas a situação jurídica de tais fundações ainda não é totalmente clara. Assim, por exemplo, uma fundação pode ser instituída com base numa dotação destinada pelo Poder Público, o que quer dizer que o fundo inicial é dinheiro público. E, no entanto, o poder instituidor não deve ter controle sobre os dirigentes da fundação e a destinação de seus recursos, ficando tudo isso sujeito às regras estabelecidas no ato inicial de instituição, que no caso das fundações públicas deverá ser, obrigatoriamente, uma lei.

Relativamente às fundações de direito público, tem sido comum a destinação de patrimônio insuficiente ou inadequado, incapaz de produzir a renda exigida pelas finalidades declaradas na instituição. Para compensar essa deficiência é costume assegurar-se a participação da fundação na distribuição da renda tributária, como a garantia de uma porcentagem no produto da arrecadação de um imposto determinado. Embora, em alguns casos, isso tenha garantido o bom funcionamento da fundação, essas, na realidade, são falsas fundações, que, por não terem um patrimônio rentável, ficam na dependência permanente do Poder Público para obtenção dos recursos indispensáveis ao seu funcionamento e, até mesmo, à sua sobrevivência.

Por esse motivo, tais fundações apresentam muita semelhança com as autarquias, que são órgãos da administração descentralizada gozando de certa autonomia e, por definição, dependentes de dotações orçamentárias da administração central, que devem ser renovadas na lei orçamentária de cada exercício. A diferença, que às vezes é apenas aparente, reside no fato de que as fundações são mais independentes do que as autarquias e, menos sujeitas a interferências políticas.

Aí estão os traços fundamentais das fundações, com base nos quais já será possível analisar algumas das distorções mais freqüentes e advertir para expectativas exageradas, responsáveis por dificuldades e fracassos de fundações criadas pelo Poder Público.

Fontes milagrosas de recursos

Por vários motivos criou-se no Brasil a imagem da fundação como fonte milagrosa de recursos econômicos. Assim, quando um setor da administração pública funciona mal por falta de recursos, ou quando os governos querem cortar despesas, é comum acenar com a instituição de uma fundação, como se isso já garantisse a existência de fartos recursos, dispensando a ajuda dos cofres públicos. Não se pensa na absoluta necessidade de que haja um patrimônio rentável, capaz de produzir a renda suficiente para que a fundação cumpra seus objetivos. O esquecimento ou a ignorância desse aspecto explica iniciativas infelizes, que não levam a resultado concreto por faltar um elemento essencial: a existência real de uma fonte de recursos, explicando também o fracasso de fundações instituídas formalmente e que jamais saíram do papel.

Um exemplo claro de iniciativa infeliz é a pretensão de transformar as universidades federais em fundações, utilizando os edifícios em que funcionam essas entidades como o patrimônio básico da fundação. Por maior que seja o valor econômico de tais edifícios eles não produzem renda, a menos que seja instituído paralelamente o ensino pago. Mas neste caso seria necessária uma emenda constitucional, além do que não haveria recursos suficientes para a modernização dos equipamentos e a realização de pesquisas; sem falar na elitização que resultaria disso, reservando-se o acesso ao ensino superior às camadas mais ricas da população. E se for imaginada a colaboração da iniciativa privada para complementar os recursos financeiros, não se poderá esquecer que não existe no Brasil a tradição de doações de empresas ou de famílias ricas às universidades, como existe nos Estados Unidos. E em termos de contratos as empresas darão apoio apenas às atividades que lhes proporcionarem algum proveito econômico imediato, só conseguindo funcionar aqueles setores da Universidade que possam relacionar-se imediatamente com o mercado e, ainda assim, restringindo-se aos temas que possam produzir lucros para as empresas.

Portanto, é ilusória a imagem da fundação co-

mo fonte milagrosa de recursos. Como regra, a fundação deverá ser instituída com base num patrimônio rentável, capaz de produzir o suficiente para atingir os objetivos pretendidos.

Flexibilidade administrativa

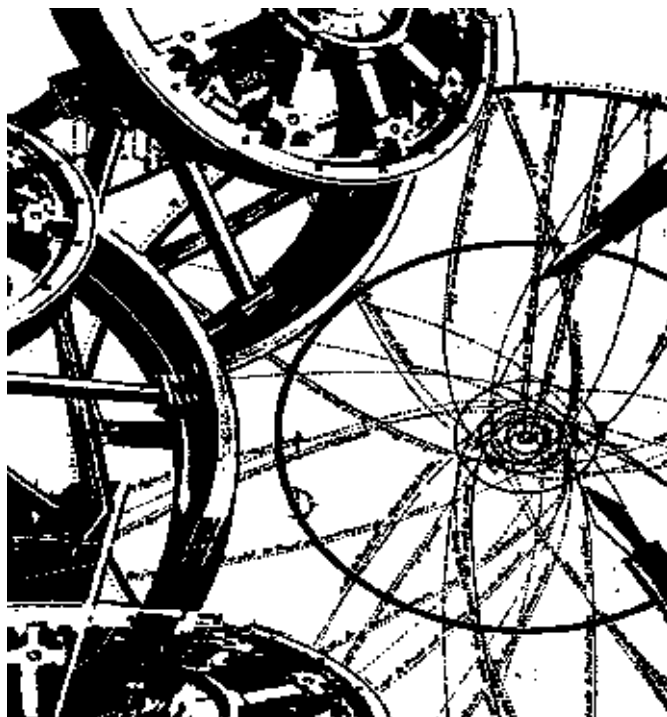
Outra razão pela preferência pela forma fundacional foi a possibilidade de uma administração mais flexível, sem as limitações impostas à organização do serviço público em geral. Entre outras vantagens haveria a possibilidade de um regime jurídico próprio para os servidores da fundação, fugindo à exigência de concurso público para ingresso, estabelecendo faixas de remuneração superiores às do serviço público em geral e, além disso, escapando à proibição de acumulação de cargos, funções e empregos públicos.

Essas vantagens foram praticamente eliminadas pela Constituição de 1988. Com efeito, ao fixar as regras para a Administração Pública, no artigo 37, a Constituição estabeleceu um conjunto de princípios básicos e de preceitos de organização e funcionamento, dizendo expressamente que todos eles se aplicam, igualmente, à “administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Entre tais preceitos encontra-se no inciso II a exigência de aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego. Além disso, ficou estabelecido também, no mesmo artigo, inciso XVII, que “a proibição de acumular estende-se a

empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público”.

Quanto ao regime jurídico houve também uma limitação constitucional, que eliminou a possibilidade de regime próprio diferenciado para os servidores das fundações. Isso consta do artigo 39 da Constituição, segundo o qual “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das



autarquias e das fundações públicas”. Como fica evidente, a maior flexibilidade administrativa, que tornava mais atraente a forma de fundação para a execução de certos serviços públicos, praticamente desapareceu com a Constituição de 1988.

Liberdade de contrato e de gestão

Outro motivo para a preferência pelas fundações foi a liberdade para contratar, pois não haveria a exigência de licitações. A par disso, não haveria rigoroso controle administrativo, pois a fundação não poderia sofrer a interferência do poder público instituidor nem ficaria sujeita aos mecanismos de controle utilizados para a Administração Pública, inclusive o Tribunal de Contas. Acrescente-se, ainda, que o controle pelo Ministério Público, normal em relação às fundações de direito privado, era duvidoso quanto ao setor público e não se exercia de maneira permanente e sistemática.

Também quanto a esses dois pontos a Constituição de 1988 contém disposições expressas, que não permitem mais a antiga liberdade. Com efeito, o já referido artigo 37 dispõe, no inciso XXI, que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Essa exigência é muito clara e não deixa qualquer dúvida, sendo certo, portanto, que também as fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estão sujeitas ao processo licitatório obrigatório para todo o setor público.

Quanto ao controle das fundações públicas, existem, igualmente, normas constitucionais muito precisas. O artigo 70 da Constituição estabeleceu que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. Pelo artigo 71 foi dada competência ao Tribunal de Contas para auxiliar no controle externo e pelo artigo 75 foram estendidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios os mesmos critérios, donde se conclui que as fundações públicas estão sempre sujeitas a controle pelo Tribunal de Contas respectivo. Isso, sem prejuízo de uma espécie de tutela exercida permanentemente pela administração direta interessa-

da no bom desempenho da fundação, inclusive porque lhe destina recursos.

Por tudo quanto foi exposto pode-se concluir que a fundação pode ser mais uma forma utilizada pelo Poder Público para persecução de seus objetivos, mas de modo algum se justifica a mitologia criada em torno das fundações. Elas não realizam o milagre de dispensar o recebimento de recursos financeiros para cumprimento de suas finalidades e, como é tradicional no Brasil, certamente fracassarão se dependerem de recursos privados para a realização de objetivos públicos.

A utilização da forma fundacional no âmbito público foi inspirada no desejo de se ter maior flexibilidade na organização e nos procedimentos administrativos, bem como na busca de mais liberdade para gerir o patrimônio e celebrar contratos. A par disso, o exemplo das fundações privadas, independentes e auto-suficientes, quando dispõem de patrimônio rentável, criou a ilusão de que bastaria adotar a forma de fundação para que desaparecessem os problemas da insuficiência de recursos ou da permanente dependência de dotações orçamentárias.

Entretanto, a prática logo demonstrou a necessidade de constante atenção da administração direta, que é responsável, em última análise, pelos objetivos visados pela fundação. E isso acabou gerando o enquadramento das fundações públicas nas normas aplicáveis a toda a administração.

Da mesma forma, a experiência já demonstrou que a simples adoção da forma fundacional não realiza o milagre da dispensa de recursos financeiros ou da atração de abundantes recursos privados. E quando se cria e se mantém uma entidade que, para sobreviver e realizar suas finalidades, depende permanentemente de verbas orçamentárias ou de recursos provenientes da administração direta, já não se tem uma fundação. Isso não quer dizer que tal entidade não poderá funcionar bem, mas é indispensável pensar previamente, e com seriedade, na garantia permanente de recursos suficientes, sem deixá-la dependente de fontes duvidosas ou sabidamente precárias.

A experiência já demonstrou que a simples adoção da forma fundacional não realiza o milagre da dispensa de recursos financeiros ou da atração de abundantes recursos privados

Dalmo de Abreu Dallari é advogado e professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi secretário dos Negócios Jurídicos da Prefeitura de São Paulo (administração Luiza Erundina) e presidente da Comissão Justiça e Paz (SP).