

Fundação pública instituída pelo Poder Público com personalidade jurídica de direito privado

José Eduardo Sabo Paes

Procurador de Justiça do MPDFT. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Características essenciais. 2 Controle das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público. 3 A fundação pública de natureza jurídica de direito privado e o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal de 05.10.1988. 4 Do reconhecimento pelo STF da existência das fundações públicas e autárquicas e das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, além das fundações tipicamente privadas. 5 Do regime jurídico das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado. 6 Da recepção do art. 5.º, IV, do Decreto-Lei n.º 200/1967 pela atual Constituição. 7 Dos fins e das áreas de atuação da fundação pública de direito privado. 8 Da edição de lei estadual regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas de direito privado e autorizando o Poder Público estadual a instituir fundações públicas de direito privado. 9 Do Projeto de Lei Complementar à Constituição – PLP n.º 092, de 12.07.2007. 10 Referências.

Introdução

Foram as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado inseridas no ordenamento jurídico brasileiro quando do advento do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967¹, por alteração promovida pela Lei n.º 7.596, de 1987², vez que

¹ Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967:

“Dispõe sobre a Organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras Providências. [...]

Art. 4.º A Administração Federal compreende:

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;
b) Empresas Públicas;

expressamente este diploma legal, inserindo no direito brasileiro a figura jurídica da fundação instituída pelo Estado com regime jurídico de direito privado, integrante da Administração Pública indireta. Portanto, como foram de descentralização administrativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público.

Cabe ressaltar, a título de exame histórico, que originariamente pelo Decreto-Lei n.º 200/1967³ as fundações públicas integravam a administração indireta e se submetiam ao mesmo regime das empresas estatais, tendo o Decreto-Lei n.º 900/1969⁴ alterado essa situação, retirando a fundação estatal do rol das entidades integrantes da Administração Indireta, sujeitando-a apenas às regras gerais do Código Civil.

Assim, conferiu o legislador, à época, regime próprio para esta nova figura jurídica – fundação pública de natureza jurídica de direito privado. E que regime próprio foi este? Regime de direito privado, aplicando-se, pela natureza de suas finalidades, funções e funcionamento, o regramento de direito público, em todas as hipóteses que as normas civilistas não forem derogadas pelo poder público,

c) Sociedades de Economia Mista.

d) Fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. [...]

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

IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

§ 3.º – As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações”.

² Cf. BRASIL. Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>> Acesso em: nov. 2009. ³ Cf. BRASIL. Lei n. 7596, de 10 de abril de 1987. Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm> Acesso em: nov. 2009.

³ Para Odete Medauar, em 1961 o art. 81 da Lei n.º 4.024 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), já estatua que as universidades oficiais poderiam se revestir de modelo autárquico ou fundacional. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴ BRASIL. Decreto Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm> Acesso em: nov. 2009.

quando, claro, conflitantes com esta⁵.

Portanto, efetivamente esse tipo de fundação surgiu quando o Poder Público buscou na legislação civil a figura das fundações, procurando dotar determinados serviços seus de uma maior autonomia administrativa e financeira.

Para a administrativista Maria Sylvia Di Pietro:

[...] a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora⁶.

Como ressalta o professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais, Dr. Antonio Augusto Anastasia⁷, em virtude da vultosa doação que lhe era confiada, essa espécie organizacional começou a ser atraída para o universo das espécies administrativas, passando a integrar a Administração Pública. O primeiro passo nesse sentido deu-se pelo Decreto-Lei n.º 200/1967, que introduziu, em nível federal, a reforma administrativa. Nesse diploma, o ente fundacional integrava a Administração Pública indireta, submetendo-se aos controles próprios das empresas estatais, com expressa menção de sua personalidade de direito privado. A seguir, editou-se o Decreto-Lei n.º 900/1969, de 29.09.1969, pelo qual a entidade fundacional foi subtraída do rol da Administração Pública, sujeitando-

⁵ Ademais, dispõe agora o Código Civil de 2002, no seu art. 41 que: “São pessoas jurídicas de direito público interno: [...]”

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código”.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.XXVI, p. 323-324.

⁷ ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Fundação educacional: opção constitucional por sua desvinculação do Poder Público: consequência quanto à supervisão pedagógica. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 9, n. 4, p. 75-87, out./dez. 1993.

se, tão-somente, às regras gerais do Código Civil.

Posteriormente, com o advento da Lei n.º 7.596/1987 – que alterou, quanto às fundações, o Decreto-Lei n.º 200/67, bem como revogou dispositivos do Decreto-Lei n.º 900/1969 –, houve a caracterização da fundação pública como entidade de direito privado, criada em virtude de autorização legislativa, todavia excluída do cumprimento das normas de fiscalização previstas no Código Civil.

Assim, as fundações públicas contempladas com a Lei n.º 7.596/1987, destacadas anteriormente, são pessoas jurídicas de direito privado e que podem, *mutatis mutandi*, ganhar existência também no plano estadual ou municipal, sendo que, segundo o Professor Sérgio de Andréa Ferreira:

A mais importante (alteração) é a que exclui as fundações públicas da incidência das disposições do Código Civil, concernentes às fundações privadas, o que deve ser entendido como excluindo, também, a aplicação do disposto nos arts. 1.199 e segs. do Código de Processo Civil, sobre a organização e fiscalização das fundações, que, aliás, em certos pontos, alteram o estatuído na codificação civil. Essa regra é realista. Em verdade, como já defendemos em trabalhos anteriores, a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – hoje fundação pública – é privada, mas não é particular.⁸

De fato, o poder público, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-lo a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedade de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituisse uma entidade tendo em vista a consecução de

⁸ FERREIRA, Sérgio de Andrea. Atualidades das fundações instituídas pelo Poder Público. Revista de Direito Administrativo, n. 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixasse a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.

Acresce-se que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão; a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.⁹

1 Características essenciais

1 Criação

Estas fundações públicas de natureza jurídica de direito privado ingressam no mundo jurídico por vontade do Poder Público, manifestada por lei autorizativa, nos expressos termos do inciso XIX, do art. 37, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n.º 19, de 04.06.1998, e pelo art. 1.º, II, da Lei n.º 7.596/1987, e adquirem personalidade por meio da inscrição do seu estatuto no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Assim, no caso de fundação pública de natureza jurídica de direito privado a lei autorizativa de sua criação deverá, obrigatoriamente trazer em seu bojo, preceitos que apresentem ao mesmo tempo a rigidez e a flexibilidade necessárias para resguardar a instituição a ser criada, e o Poder Público instituidor. Assim, são disposições obrigatórias, a denominação, a sede e a duração da fundação, as finalidades e as atividades, o patrimônio, a receita, a administração com seus órgãos, a forma de alteração estatutária e sua extinção, o exercício financeiro e orçamentário, a responsabilidade dos integrantes de seus órgãos, a estrutura organizacional aí contida, o regime jurídico de seus empregados, a forma de acompanhamento e fiscalização e controle e, por fim, as indispensáveis disposições gerais e transitórias.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 324-325.

2 Extinção

Impossível de extinção por sua própria vontade, assim como a criação da fundação pública de natureza privada decorre da vontade do Poder Público, traduzida por meio de edição de lei específica autorizativa, também sua extinção somente poderá ser concretizada por meio desse instrumento, ficando derogado o art. 69 do Código Civil, que prevê a forma de extinção da fundação, inaplicável às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público¹⁰.

3 Regime Jurídico e de pessoal

Sujeição de seus empregados ao regime jurídico celetista, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da CF)¹¹, inclusive para acumulação de cargos para fins criminais (art. 327 do Código Penal)¹² e para fins de improbidade administrativa (arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.429, de 02.06.1992)¹³. Não aplicação da estabilidade constante do art. 41 da Constituição Federal, vez que a elas, da mesma forma que os empregados de empresas estatais não se enquadram na situação descrita na norma. São beneficiários de acordo coletivo de trabalho e do FGTS e possuem plano de carreira, emprego e salários próprios.

Sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público (art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, e art. 5.º, LXIX, da CF); cabimento de ação popular contra atos lesivos de seu

¹⁰ Ao passo que a fundação de direito privado pode extinguir-se quando a maioria dos membros de seu Conselho Curador e Conselho Administrativo assim o decidir, o mesmo não ocorre com a fundação pública de natureza jurídica de direito privado, que continuará a existir, mesmo que o pessoal que lhe integra os quadros, diretivos ou funcionais, resolva o contrário. Criada por lei, extingue-se por lei. É a vontade do legislador que vai determinar o desfazimento da fundação de direito público.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: nov. 2009.

¹² BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso em: nov. 2009.

¹³ BRASIL. Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: nov. 2009.

patrimônio (art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29.06.1965¹⁴, e art. 5.º, inciso LXXIII, da CF); e legitimação ativa para propor ação civil pública (art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24.07.1985)¹⁵.

4 Regime orçamentário, financeiro e contábil

A fundação estatal não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária. Suas rendas são oriundas das receitas que auferir da prestação de serviços e do desenvolvimento de suas atividades, bem como por doações, conforme dispuser a lei ordinária que autorizar sua instituição.

O relacionamento entre fundação estatal e o Poder Público, no tocante à lei orçamentária anual, dá-se, exclusivamente, sob a forma de prestação de serviços, com base em contrato estatal de serviços, que tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas de desempenho para a entidade.

A fundação estatal não terá recursos assegurados para o seu funcionamento nos orçamentos fiscal e de seguridade social, como ocorre com os entes de direito público instituídos pelo Estado, inclusive no que tange à folha de pessoal. A fundação estatal arca com o ônus de sua própria folha de pagamento, incluídas as despesas decorrentes da remuneração dos eventuais servidores requisitados de outros órgãos.

O sistema contábil da fundação estatal privada, até que seja editado regulamento próprio, será orientado pelos ditames da Lei n.º 6.404/1976¹⁶, que é aplicado às empresas estatais e também serve como subsídio às fundações privadas.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: nov. 2009.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm>> Acesso em: nov. 2009.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm>> Acesso em: nov. 2009.

5 Contrato estatal de serviços

O contrato estatal de serviços que a fundação estatal celebra com o órgão ou a entidade do Poder Público incumbido da sua supervisão tem por objeto a contratação de serviços e a fixação de metas e indicadores de desempenho para a entidade. O pagamento dos serviços prestados fica condicionado ao cumprimento das metas estabelecidas.

Cabe à lei específica que autorizar a instituição da entidade dispor sobre os aspectos gerais da sistemática de avaliação de desempenho e os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos dirigentes, sem prejuízo de outras condições que forem estabelecidas no contrato.

O contrato estatal de serviços deve ser publicado no Diário Oficial e divulgado pela Internet.

Na elaboração do Contrato estatal de serviços, devem ser observados segundo proposta desenvolvida pela Secretaria de Gestão do Ministério e do Planejamento, no mínimo, os seguintes preceitos:

- a) especificação do programa de trabalho do órgão supervisor, ao qual estarão vinculados os recursos orçamentários previstos para o pagamento, à fundação estatal, pela prestação dos serviços e atividades contratadas;
- b) estipulação das metas anuais e plurianuais a serem atingidas pela fundação estatal e os respectivos indicadores e prazos de execução;
- c) cronograma de desembolso dos recursos financeiros devidos pela prestação dos serviços e atividades contratados, durante o horizonte temporal de vigência do contrato;
- d) as obrigações dos signatários em relação às metas pactuadas;
- e) os critérios e prazos a serem observados na elaboração do relatório de gestão e/ou desempenho da fundação estatal;
- f) a sistemática de acompanhamento e avaliação do contrato, contendo critérios, parâmetros e indicadores a serem considerados na avaliação de desempenho da fundação estatal e do cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato;

g) a obrigatoriedade da observância, pelos signatários, das recomendações exaradas pela comissão de acompanhamento e avaliação;

h) as penalidades aplicáveis aos dirigentes da fundação estatal, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como eventuais faltas cometidas;

i) as condições para revisão, renovação, prorrogação e rescisão do contrato;

j) o prazo de vigência do contrato; e

k) a obrigatoriedade de publicação do contrato estatal de serviços no Diário Oficial da União e nas páginas oficiais da fundação e da autoridade supervisora na Internet.

6 Regime Tributário

Imunidade tributária referente aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (art. 150, § 2.º, da CF).

7 Regime de aquisição de bens e serviços – Atos e contratos

Submissão à Lei n.º 8.666, de 21.06.93¹⁷, para a realização de licitação, nos termos dos arts. 1.º e 19; possibilidade de contratação direta com o Poder Público, sem licitação, na hipótese prevista no art. 24, inciso XIII.

8 Prerrogativas

Juízo privativo na esfera estadual condicionado à previsão do Código Judiciário ou Lei de Organização Judiciária do Estado.

Sujeição, em matéria de finanças públicas, às exigências contidas nos arts. 52, VIII, 169 e 165, §§ 5.º e 9.º, da Constituição. Bens passíveis de penhor observando-

¹⁷ BRASIL. Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: nov. 2009.

se o regime diferenciado previsto no art. 678 do Código de Processo Civil¹⁸.

9 Sistema de governança – órgãos

Comporão a fundação órgãos de deliberação, execução e fiscalização, nos moldes das fundações privadas¹⁹ e no escopo de permitir e garantir a participação da sociedade civil no modelo de governança para que as necessidades sociais e o interesse público se mantivessem sempre presentes.

Portanto, são órgãos obrigatórios o Conselho Curador ou de Administração, o Conselho Administrativo ou Diretoria-Executiva e o Conselho Fiscal. Como órgão facultativo o Conselho Consultivo Social.

O Conselho Curador é o órgão de direção superior, controle e fiscalização da fundação estatal. A ele cumpre assegurar que a entidade atue em alinhamento às diretrizes e estratégias governamentais traçadas para o seu setor de atividade, zelando e velando interna e externamente para que as finalidades públicas sejam efetivamente cumpridas. Cabe ao Conselho Curador aprovar, em nome da entidade, as metas institucionais a serem alcançadas pela fundação estatal, negociadas com o Poder Público por sua diretoria executiva. Cabe, ainda, ao Conselho aprovar as estratégias institucionais.

Como órgão colegiado, com representação majoritária do governo, deverá ser presidido por representante do órgão ou entidade do Poder Público responsável pela supervisão da fundação estatal; contará entre seus membros, com a participação obrigatória de representantes da sociedade civil e dos empregados da Fundação.

O Conselho Administrativo ou Diretoria Executiva é órgão de direção responsável pela gestão técnica, patrimonial, financeira, administrativa e

¹⁸ BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: nov. 2009.

¹⁹ Oportuno o exame e leitura do contido nos capítulos VI e IX de nossa obra *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributário*, que tratam, respectivamente, do Estatuto fundacional e dos órgãos da Fundação..

Cf. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

assistencial da Fundação, composta por número variável de Diretores conforme a área de atuação da entidade.

O Conselho Fiscal é o órgão colegiado de controle interno, responsável pela fiscalização da gestão econômico-financeira da fundação estatal. Deve examinar suas contas, seus balanços e quaisquer outros documentos que emitir e, ao final, apresentar parecer contábil.

O Conselho Consultivo Social é órgão de caráter consultivo, subordinado diretamente ao Conselho Administrativo (ou de Administração), constituído por representantes da sociedade civil, aí incluídos usuários e outras pessoas físicas ou jurídicas com interesse nos serviços da entidade.

Suas principais funções são informar e orientar o Conselho de Administração acerca das expectativas e interesses da sociedade com relação à atuação da fundação estatal, bem como acompanhar e avaliar o desempenho da entidade, de forma a garantir o alinhamento do processo decisório aos interesses públicos.

O Conselho Consultivo Social, caso exista, poderá eleger um representante, dentre seus membros, para compor o Conselho de Administração, na qualidade de representante da sociedade civil.

2 Controle das fundações instituídas e/ou mantidas pelo Poder Público

As fundações públicas, qualquer que seja a sua natureza, sujeitam-se ao controles pela respectiva Administração.

Carvalho Santos elenca que esse controle pode ser exercido sob três prismas:

- 1) controle político, que decorre da relação de confiança entre os órgãos de controle e os dirigentes da entidade controlada (estes são indicados e nomeados por aqueles);
- 2) controle administrativo, pelo qual a Administração Direta fiscaliza se a fundação está desenvolvendo atividade consoante com os fins para os quais foi instituída; e 3)
- controle financeiro, exercido pelo Tribunal de Contas, tendo a entidade o encargo de oferecer sua prestação de contras para a apreciação por aquele Colegiado (arts. 70 e 71, II, da CF).²⁰

²⁰ Note-se que este último dispositivo emprega a expressão fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, que, por sua abrangência, alcança as fundações públicas de direito público e as de direito privado. Em compensação, entendemos que, se a fundação, a despeito da instituída pelo Estado, tiver recursos próprios para sua a subsistência, não estará ela sob a incidência da regra constitucional.

Cf. GRAU, Eros Roberto. Correção monetária: créditos em concordata. Revista de Direito Público, Ano 22, n. 91, jul./set. 1989. p. 75.

A respeito do controle ou da fiscalização pelo Ministério Público interessante opinião da Professora Di Pietro²¹, *verbis*:

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade” (art. 26 do Decreto-lei n.º 200/1967). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei n.º 6.223, de 14.07.1975, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5.º, 169, § 1.º).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo Poder Público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de desvinculá-las inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração Direta.

Já Pontes de Miranda ensinava que, “nas fundações instituídas pelo Poder Público, há o poder de ingerência do Estado, que não se confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado (RF-102/76)”²².

Para Carvalho Santos: “a função ministerial, no caso, se justifica pela necessidade de fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi

Cf. GRAU, Eros Roberto. *Correção monetária: créditos em concordata*. Revista de Direito Público, Ano 22, n. 91, jul./set. 1989. p. 75.

²¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 407-408.

²² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956. t 2 e 14.

instituída”. Trata-se, portanto, de controle finalístico.

No caso de fundações governamentais, é dispensável essa fiscalização, independentemente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Haveria, em consequência, duplicidade do controle para os mesmos fins²³. Esse é o motivo pelo qual em várias leis orgânicas estaduais do Ministério Público há a expressa menção de que a Curadoria de Fundações não tem atribuições para fiscalizar as fundações governamentais.²⁴

Observe-se, por oportuno, que mesmo os entes fundacionais de direito privado não recebem integral incidência das normas do Código Civil, e isso em face da peculiaridade de integrarem a administração indireta do Estado. Uma das que não incide é exatamente a que se refere ao velamento das fundações pelo Ministério Público – norma inspirada na necessidade de controle das entidades criadas sob injunção da vontade de particulares.

Portanto, as fundações de direito público ou fundações estatais, por estarem atreladas indelevelmente ao Poder Público, sujeitam-se sempre ao poder da tutela da Administração, tornando-se a princípio dispensável outro sistema de controle. Entretanto, somos da opinião de que nada impede que a supervisão ministerial conviva com o exercício da competência constitucional do Ministério Público de velar pela consecução das finalidades da fundação pública de natureza jurídica de direito privado. Não há, creio, incompatibilidade substancial entre os dois controles. É exatamente importante que o Ministério Público acompanhe a gestão implementando mecanismos de controle e fiscalização tão necessários e com certeza indispensáveis para estas entidades.

²³ No mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *op. cit.*, p. 277.

Em sentido contrário: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 353.

²⁴ A Lei Complementar n.º 28, que organizava o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, estabelecia, no art. 32, § 2.º, serem inaplicáveis as atribuições da Curadoria de Fundações às fundações instituídas pelo Poder Público e sujeitas à supervisão administrativa. A lei vigente – Lei Complementar n.º 106, de 03.01.2003 – não reproduziu a norma, mas o entendimento a respeito continua o mesmo.

3 A fundação pública de natureza jurídica de direito privado e o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal de 05.10.1988²⁵

Ab *initio*, se faz importante destacar que em nossa atual Constituição houve inserção de várias referências expressas às fundações instituídas pelo Poder Público.

São exemplos o uso das seguintes expressões: “administração fundacional” (art. 22, art. 37, XI, e art. 38); “fundação ou fundações” (art. 37, XIX e XX, art. 39 § 1.º, art. 40, *caput*, e art. 163); e “fundação instituída e mantida” (art. 150, § 2.º, art. 157, art. 158 e art. 165, § 5.º, I e III).

Caberia perquirir se em tais referências constitucionais estariam inclusas tanto as fundações de direito público – autarquias, como as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado. A resposta é afirmativa.

Há sim a coexistência de ambas em nosso direito Constitucional e como exposto reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal como adiante veremos.

As primeiras fundações públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público e de natureza jurídica autárquica, foram objeto de pormenorizado estudo nas páginas anteriores, e estão consagradas na atual Constituição Federal e na legislação infraconstitucional com estrutura, regime jurídico estatutário, orçamento público e tantas outras prerrogativas típicas das figuras jurídicas de direito público.

As segundas fundações públicas de natureza jurídica de direito privado foram inseridas na ordem constitucional atual com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.1998²⁶, que alterou a redação do inciso XIX do art. 37, estabelecendo que somente por lei específica poderá ser autorizada à instituição de fundação, cabendo à lei complementar definir as áreas de sua atuação.

²⁵ Estudo referido no trabalho publicado na obra: SANTOS, Lenir (coord) Fundações estatais: estudos e parecer. Campinas, SP: Saberes, 2009, denominado “Fundações Públicas: um exame de sua natureza justa de direito público e de direito privado”, p. 142-148.

²⁶ BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm> Acesso em: nov. 2009.

Releva observar que a nova regra constitucional, em relação ao texto anterior à EC 19/1998, apresentou três aspectos novos: 1.º criação de fundação por meio de lei autorizativa; 2.º supressão da expressão “pública” que se seguia à palavra “fundação”; e 3.º exigência de lei complementar para definir as áreas de atuação das fundações.

Do que se depreende que a redação anterior do inciso XIX do art. 37, ao mencionar que “somente por lei específica poderão ser criadas autarquias e fundações públicas”, apenas se referia às fundações públicas de direito público, pois ao estabelecer em nova redação a criação de fundação (não mais apenas pública) por lei autorizativa, franqueou ao Poder Executivo eleger o regime jurídico privado para sua criação e funcionamento de determinar seu registro (da escritura pública) em um cartório.

A supressão ou retirada da expressão “pública” que se seguia à palavra fundação na parte final do inciso XIX do art. 37 indica que quis o legislador permitir que a fundação contida no texto constitucional pudesse ter sua instituição autorizada (por lei específica) pelo Poder Público – leia-se Executivo, independentemente que sua natureza venha ser pública ou privada.

A necessidade de definirem-se em lei complementar as áreas de atuação das fundações, expressão na parte final do multicitado inciso XIX do art. 37, demonstra de forma indelével a preocupação do legislador no sentido de que o campo ou as áreas de atuação das fundações, sendo seu regime jurídico de direito privado, fossem objeto de acurado estudo e debate por parte do Executivo, do Legislativo e da própria sociedade civil, vez que obrigatoriamente as finalidades e as atividades exercidas por estas fundações deverão ser em áreas não exclusivas do Estado e preponderantemente no campo assistencial *lato sensu*, social, cultural e científico.

Evidentemente que estas ações poderão ser exercidas concomitantemente com o setor público ou complementares a este, onde temos como exemplo a área da Saúde em que esta complementaridade está prevista expressamente no art. 199, § 1.º, da Constituição Federal.

4 Do reconhecimento pelo STF da existência das fundações públicas e autárquicas e das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, além das fundações tipicamente privadas

O Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, teve a oportunidade de se posicionar no tocante à natureza jurídica das fundações. Preponderantemente o entendimento é de que existem no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro três tipos de fundações²⁷.

A fundação pública de direito público, que é a autarquia fundacional ou fundação autárquica; a fundação pública de direito privado, que é uma fundação instituída pelo poder público com base no regime jurídico de direito privado e a fundação privada, ou particular, que é instituída por particular (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado).

São exemplos os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

* RE n.º 101.126-RJ, Acórdão de 24 de outubro de 1984, Relator Ministro Moreira Alves.

[...] nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2.º do art. 99 da Constituição Federal.

*Agravno RE n.º 219.900-1/RS, Acórdão de 4 de junho de 2002, Relatora Ministra Ellen Gracie.

De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado... Essas duas últimas espécies – as fundações

²⁷ A este respeito ofereceremos já a alguns anos em nossa obra, classificações de fundações já citada na pág. 221 e seguintes, na qual, no âmbito das fundações privadas ou particulares, inseridas estão, em razão da existência, inclusive de funcionamento e legislação própria, as fundações instituídas para apoiar as instituições de ensino superior, as instituídas pelos partidos políticos, as de Previdência Privada Fechada e as empresariais.

com personalidade jurídica de direito público, criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, compõem o subgênero dito ‘fundações públicas’, submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional. Por essa razão os seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do art. 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também fundação pública – é privada, mas não é particular.

* MS n.º 24.427-5/DF, Acórdão de 30 de agosto de 2006²⁸, Relator Ministro Eros Grau.

Apesar das divergências doutrinárias, podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas. Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado à criação de fundações dessa modalidade.

*ADI n.º 191-4/RS Acórdão de 29 de novembro de 2007, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Transcrevo excertos do voto da Ministra Cármen Lúcia:

4. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. [...]

5. A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime idêntico.

Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros de Administração Pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicavam o regime de direito público, nem aos seus servidores regime jurídico-administrativo.

²⁸ Mandado de Segurança n.º 24.427-5 Distrito Federal – 30.08.2006 – Relator Ministro Eros Grau: O Tribunal de Contas da União determinou ao Banco do Brasil que providenciasse junto ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para formalizar a criação da Fundação Banco do Brasil, visto que a instituição da entidade, ocorrida em 1986, não decorreu de lei autorizativa, nos termos das disposições dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, considerou que a decisão do TCU era inexecutável, uma vez que determinava providência que somente poderia ser tomada pelo Presidente da República.

Criadas como tais – mesmo quando instituídas pelo ente público – não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988.

6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: “A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação. Cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação’. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia” (Idem, *Ibidem*).

Importante trazer também à colação excertos votos dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que acompanharam o voto da Ministra Relatora e fizeram expressa menção ao regime jurídico das Fundações instituídas pelo Poder Público:

A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional n.º 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão ‘fundações de direito público’ e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas (voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15 do acórdão).

Com a Emenda Constitucional n.º 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o poder público criar fundações tanto de Direito Privado como de Direito Público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar. Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime (esclarecimento do voto do Ministro Menezes Direito, fl. 17 do acórdão).

Verifico que há fundações com regime diferenciado (voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fl 19 do acórdão).

Aprendi com o meu Professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado (voto do Ministro Eros Grau, fl. 20 do acórdão).

Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O Professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão (Esclarecimento do voto do Ministro Eros Grau, fl. 25 do acórdão).

5 Do regime jurídico das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado

O regime jurídico trabalhista deste tipo de fundação é o de emprego público, ou seja, regido pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Importante registrar que debate recente, provocado inicialmente pela própria inadequação terminológica utilizada pela Constituição para referir-se às fundações e posteriormente pela alteração do *caput* do art. 39 da Constituição Federal pela EC n.º 19/98, que agora, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o referido dispositivo, voltou a sua redação originária (ADI n.º 191-4, de 2007), trouxe à discussão o tema do regime jurídico dos servidores empregados da fundação pública/privada.

A redação originária do *caput* do art. 39 e que hoje voltou a vigorar era esta: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

A supressão do *caput* do art. 39 do texto constitucional, por força da aprovação da EC n.º 19/1998, objetivou instituir o regime plural dentro da administração pública federal, para os órgãos e entidades de direito público, pluralidade essa, posteriormente regulamentada pela Lei n.º 9.962, de 22.02.2000²⁹, que disciplinou

²⁹ BRASIL. Lei n. 9962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9962.htm>> Acesso em: nov. 2009.

o regime de emprego público para órgãos e entidades de direito público em coexistência com a Lei n.º 8.112/1990, que instituiu o regime estatutário.

A referida EC n.º 19/1998 foi atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.135 e pela Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.135-4 para que não se adotasse regime plural para os servidores da administração direta e das entidades de direito público, por meio do restabelecimento do regime jurídico único.

O STF, em decisão de 02.08.2007, deferiu a medida cautelar na ADIn n.º 2.135-4, fez retornar a redação original do *caput* do art. 39, e anulou os efeitos da Lei n.º 9.962, de 22.02.2000, que disciplinava o regime do emprego público para órgãos e entidades de direito público.

No entanto, a observação que deve ser feita é que esta lei, n.º 9.962/2000, nunca se aplicou às fundações públicas de direito privado ou, v.g. às empresas estatais e sociedades de economia mista, todas regidas pelo regime de direito privado.

O STF, assim, ao acolher o pedido da Medida Cautelar na referida ADIN, revigorando o *caput* do art. 39 da CF de 1988, fez com que os entes federativos instituíam regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, das autarquias e das fundações públicas.

É de observar também que este artigo trata apenas dos servidores público estatutários, que são os ocupantes de cargos públicos na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público, porque equiparadas no referido artigo com a Administração Direta e autárquica o que é, no mínimo, indicativo que estão neste dispositivo constitucional pessoas jurídicas do mesmo regime jurídico.

Argumento a fortalecer este indicativo é o fato de que este dispositivo não mencionou as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estas sim, junto com as fundações públicas de natureza jurídica de direito privado, detentoras de empregos públicos (celetista) e não de cargos públicos que aqueles entes da Administração direta, autárquica e fundacional detêm.

Em conclusão, as fundações públicas de direito público devem obediência à regra constitucional que estabelece o regime jurídico único para os ocupantes de seus cargos e, as fundações públicas de direito privado terão seus empregados submetidos ao regime celetista não lhes aplicando, por óbvio, a mesma regra do regime jurídico único que é aplicado, no caso dito acima, aos servidores públicos estatutários.

Importante é, neste momento, trazer a lume as lúcidas considerações de Maria Sylvia Zanella de Pietro, sobre a questão:

O entendimento que temos defendido é no sentido de que o Regime Jurídico Único, instituído pelo artigo 39 da Constituição de 1988 (extinto pela Emenda Constitucional 19/1998, mas restabelecido por força da medida cautelar concedida, em 02.08.2007, na ADI 2135) somente alcança as fundações estatais que sejam criadas com personalidade jurídica de direito público. O Estado tem a opção de instituir fundações com personalidade de direito público ou privado. Na primeira hipótese, a fundação tem precisamente o mesmo regime jurídico das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamadas de autarquias fundacionais. É a elas que a Constituição faz referência no artigo 39 e também no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando fala em fundações públicas. Essa interpretação é coerente com o intuito do legislador constituinte, que somente quis estender o Regime Jurídico Único e a estabilidade excepcional prevista nas disposições transitórias aos servidores que integram a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, ou seja, aos servidores que têm vínculo com pessoas jurídicas de direito público. Todos têm um traço em comum, o que justifica tratamento isonômico pela Constituição. Essa interpretação é coerente com o princípio segundo o qual “onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal” (ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio). A contrario sensu, os servidores que têm vínculo com fundações de direito privado não foram alcançados pelos referidos dispositivos constitucionais, exatamente pela diversidade de regime a que se submetem.³⁰

De igual forma José dos Santos Carvalho Filho assim se expressou:

O artigo 39 da Constituição Federal, agora restabelecido, ao falar em Regime Jurídico Único, gera o entendimento de que esse regime é o estatutário. Ocorre que o artigo se refere à administração direta, autarquias e fundações públicas, entendendo-se

³⁰ Resposta à consulta formulada pelo Ministro do Planejamento Orçamentário e Gestão, e constante no trabalho da Advogada Lenir Santos, denominado “Fundações estatais: algumas considerações”. Op. cit. p. 76-78

que estas últimas são as fundações de direito público, de natureza autárquica. Ora, as fundações estatais de direito privado são de categoria diversa e têm seu suporte normativo básico no Código Civil; e, sendo pessoa de direito privado, não pode seu quadro de pessoal ser regido pelo regime estatutário, próprio apenas para as pessoas de direito público. Conclui-se, pois, que seu pessoal terá o mesmo regime jurídico das fundações do setor privado, ou seja, o regime trabalhista previsto na CLT. Desse modo, a decisão do STF não produz qualquer reflexo sobre o regime dessas fundações.³¹

6 Da recepção do art. 5.º, IV, do Decreto-Lei n.º 200/1967 pela atual Constituição

A ausência de lei complementar definindo as áreas de atuação das fundações públicas de natureza jurídica de direito privado não impede o funcionamento ou a criação de fundações, vez que continua vigente o art. 5.º, IV, Decreto-Lei n.º 200/1967, que define as Fundações Públicas de direito privado, porque não destaca ou conflita ele com a Constituição, vez que tal norma (ordinária) já disciplinava o tema com o advento da norma constitucional do inciso IXX do art. 37, foi por ela o referido Decreto-Lei n.º 200/1967 recepcionado. Há, portanto, a possibilidade legal do Poder Executivo instituir fundação pública de direito privado até que a lei complementar prevista no art. 37, inciso XIX, da CF, seja editada.

Este é o posicionamento de Lenir Santos³², *verbis*:

O art. 5.º, IV, do Decreto-lei 200 foi recepcionado pela Constituição, em especial o seu art. 5.º, IV, com força de lei complementar, por não haver conflito entre as suas disposições e as da Constituição. As normas são compatíveis, não havendo nenhuma colisão de suas disposições, uma vez que o Decreto-Lei 200, art. 5.º, IV, impõe como limite à atuação da fundação pública de direito privado as atividades públicas dotadas de poder de autoridade. Esse limite estabelecido é o que deve ser observado, até que a lei complementar venha a ser editada estabelecendo quais os campos de atuação das fundações instituídas pelo Estado.

Lenir Santos inclusive apresenta, como exemplo, dentre outros, o que ocorre com a Lei n. 8.080/1990, art. 35 e Lei n. 8.142/1990, arts. 3.º e 4.º, que definem regras de rateio dos recursos da União para os Estados e Municípios na área da saúde; ambas foram recepcionadas com força de lei complementar após a EC

³¹ Id. p. 78.

³² Ib. p. 86.

29/2000, que determinou à lei complementar a fixação desses critérios. Tal lei ainda não existe e os rateios continuam a ser realizados e os recursos transferidos da União para os Estados e Municípios com base na legislação anterior à Emenda, que é uma lei ordinária.

Ademais, Carlos Ari Sundfeld, a respeito da matéria, assim se manifestou:³³

Passados mais de oito anos da EC n.º 19/1998, a lei complementar relativa às áreas de atuação das fundações governamentais ainda não foi editada. Em virtude disso, alguém poderia supor que, desde a entrada em vigor da sobredita emenda, estaria vedada a instituição de qualquer fundação pelo Poder Público, dado o vácuo legislativo existente. Conseqüentemente, se fundações governamentais tivessem sido criadas nesse período, seriam ilegítimas.

Mas assim não é, pois já existia, antes da emenda, a disciplina legal do tema (campos de atuação das fundações governamentais privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5.º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.

O caso em tela não é o primeiro nem será o último no qual se está diante de comando constitucional que, embora remeta a regulação de determinada matéria a uma lei complementar, admite a recepção, como tal, de lei ordinária preexistente, no que versar sobre o tema em causa. Como se sabe, é recepcionada a lei ordinária que, sendo preexistente à Constituição, possua conteúdo compatível com as novas disposições constitucionais. Além disso, há entendimento reiterado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a lei ordinária preexistente é recepcionada como lei complementar, se tal status normativo somente tenha sido demandado pela ordem constitucional que lhe seja posterior.

No ordenamento brasileiro, o exemplo mais conhecido é o do Código Tributário Nacional, consubstanciado na Lei federal n.º 5.172, de 1966. Ele tinha status de lei ordinária quando de sua criação e foi recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, que, em seu art. 146, exigiu o tratamento do assunto por essa fórmula

³³ Parecer sobre Fundação Governamental de Direito Privado – Consultante: Fundação para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico em Saúde – FIOTEC – Rio de Janeiro-RJ. 13.07.2006.

legislativa³⁴.

No caso das fundações governamentais, ocorre situação análoga à do Código Tributário Nacional, pois também já existia norma tratando de suas áreas de atuação, no citado art. 5º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, em sua redação vigente. (privadas), e ela foi recepcionada pela nova norma constitucional. Trata-se do art. 5º, IV, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação da Lei n.º 7.596, de 1987. É verdade que a regra surgiu originalmente em lei ordinária, mas o certo é que, editada a emenda, foi recepcionada com eficácia de lei complementar.

7 Dos fins e das áreas de atuação da fundação pública de direito privado

As finalidades das fundações públicas de direito privado devem ser antes de tudo lícitas e buscar a consecução do interesse social e serem não lucrativas ou sem fins empresariais e também não poderão as referidas fundações desenvolver atividades que exijam execução obrigatória por órgão ou entidade de direito público.

Tal ocorre primeiro em razão de que as fundações públicas de direito privado têm suporte normativo básico no Código Civil e por isto a elas se aplicam os postulados constitucionais dos entes de interesse coletivo e os previstos especificamente no arts. 62 a 69 do referido Código Civil.

Sobre estas finalidades é importante salientar que o ordenamento jurídico pátrio apenas não admite a criação de fundações voltadas para a administração de interesses particulares, não tão somente para fins coletivos (art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil), lícitos, morais e sem fins lucrativos. Entendo também que deva dar-se ao parágrafo único do art. 62 do Código Civil interpretação extensiva, de modo a encampar não somente nos fins religiosos, morais e culturais e de assistência (*stricto sensu*), mas em todas as áreas de interesse da coletividade em que poderá atuar a pessoa jurídica fundacional, com v.g., meio ambiente, educação, pesquisa

³⁴ De fato, tal dispositivo remete à lei complementar a mesma matéria já tratada no CTN. Dentre as diversas previsões nele contidas, é possível citar, como, por exemplo, o inciso III, alíneas “a” e “b”, segundo os quais cabe à lei complementar “III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

científica ou preservação do patrimônio cultural³⁵.

Segundo porque na ausência de lei complementar vigora, como foi dito, a título de recepção como lei complementar o inciso IV, do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/1967 (redação dada pela Lei n.º 7.596/1987), que impede que as fundações públicas de direito privado desenvolvam ou desempenhem finalidades que exijam poder de polícia, ou poder de autoridade da Administração Pública e, portanto, são de atuação exclusiva do Poder Público.

Áreas estas que são, dentre outras, de defesa do Estado e das instituições democráticas, a tributação e o orçamento, as de defesa da vida, dentre elas as proteção à saúde coletiva, ao meio ambiente. Também estão incluídas neste rol de impossibilidade de atuação as que são caracterizadas como monopólio, em função da relevância e do interesse público, nos termos dos arts. 173, 174 e 177, da Ordem Econômica e Financeira.

A advogada Lenir Santos³⁶ aponta como regras que:

devem prevalecer no caso de instituição pelo Poder Público de fundações regidas pelo direito privado: não podem atuar em área que exija entidades de direito público para o desenvolvimento de suas atividades, tampouco podem atuar fora do campo cultural e da assistência, ou seja, da ordem social, não podendo executar atividades de lucro nem econômica.

E na área de saúde, assevera ela que:

excluída a vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, regulação, fiscalização e controle, e outras atividades que requerem o poder de autoridade do estado, as demais atividades como serviços hospitalares, serviços de atenção primária, laboratoriais etc. poderão ser executadas por fundações estatais, conforme já ocorre com as organizações sociais, que são entidades privadas, qualificadas pelo Estado, executoras de serviços de assistência à saúde.

³⁵ Veja-se a propósito estudo pormenorizado no item 2 do Cap. VIII, op. cit., que trata das finalidades das fundações

³⁶ Resposta à consulta formulada pelo Ministro do Planejamento Orçamentário e Gestão, e constante no trabalho da Advogada Lenir Santos, denominado “As Fundações Públicas de Direito Privado” – Algumas considerações, respectivamente, op. cit. p. 93-94.

8 Da edição de lei estadual regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas de direito privado e autorizando o Poder Público estadual a instituir fundações públicas de direito privado

É perfeitamente possível a edição por Estados-membros de lei regulamentando as áreas de atuação das fundações públicas estaduais de direito privado. De igual forma é constitucional a edição de lei estadual autorizando o Poder Público estadual a instituir as referidas fundações.

Os limites a serem observadas pelo legislador estadual e conseqüentemente pelo Poder Público estadual são:

- 1.º A Constituição e o Código Civil, no que tange às finalidades que deverão ser lícitas, morais e não lucrativas ou não econômicas.
- 2.º O disposto no inciso IV do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/1967, vez que recepcionado foi pela atual Constituição Federal³⁷.

E, é bom que seja salientado que o Decreto Lei n.º 200/67 estabelece um campo mais restrito de atividades, vez que é da redação do dispositivo que “somente poderá ser instituída fundação para o desenvolvimento de atividades que não

³⁷ São exemplos de legislação estadual a editada pelos Estados: do Rio de Janeiro (Lei Complementar regulando o campo de atuação das fundações públicas de direito privado, e Lei ordinária autorizando o poder público estadual a instituir fundação na área de saúde); da Bahia (Lei Complementar regulando as áreas de atuação das fundações e Lei Ordinária autorizando a instituição de fundações nas áreas de saúde); de Sergipe (Lei ordinária dispondo sobre regramentos gerais para as fundações públicas de direito privado e Leis ordinárias n.ºs 6.346, 6.347 e 6.348, todas de 02.01.2008, dispondo todas sobre autorização para a criação de fundação na área de saúde.

Cf. RIO DE JANEIRO. Lei n. 6346, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” - FSPH, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6346_de_02_jan_2008_dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_de_sade_parreiras_horta_fsph.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 6347, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6347_de_02_jan_2008_dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_hospitalar_de_sade_fhs.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 6348, de 02 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá providências correlatas. Disponível em: < http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6348_de_02_jan_2008_dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_estadual_de_sade_funesa.pdf > Acesso em: nov. 2009.

exijam execução por órgão ou entidade de direito público” e ações e serviços que não exijam poder de autoridade da Administração Pública. Portanto, a atuação da fundação estadual é livre respeitando-se os limites do Decreto-Lei n.º 200/1967.

A advogada Lenir Santos assevera acertadamente como cediço que:

[...] áreas sociais de prestação de serviços, a Constituição admite a ação concomitante ou complementar da iniciativa privada, conforme disciplinam os artigos 197, 199, 202, 209 e 227, § 1.º, dos capítulos II, III e VII da Ordem Social, e ressalvando que o Estado tem exclusividade em relação às atividades que requeiram o uso do poder de autoridade, poder de polícia administrativa nessas mesmas áreas.

Concluindo aquela especialista em direito sanitário pela USP que:

[...] no caso de instituição pelo Poder Público de fundações regidas pelo direito privado: não podem atuar em área que exija entidades de direito público para o desenvolvimento de suas atividades, tampouco podem atuar fora do campo cultural e da assistência, ou seja, da ordem social, não podendo executar atividades de lucro nem econômicas.³⁸

9 Do Projeto de Lei Complementar à Constituição – PLP n.º 092, de 12.07.2007

A Emenda Constitucional n.º 20 de 1998, ao dar nova redação ao art. 37, XIX, impôs um dever ao legislador que foi o de minudenciar as áreas de atuação da fundação pública de natureza jurídica de direito privado. Tal conclusão se extrai do exame de nova regra constitucional que de forma indelével tal qual já discorremos no item 5.4 deste trabalho trouxe-a como exigência que possam as matérias (áreas de atuação e campo de finalidades) serem disciplinadas por uma lei complementar à Constituição Federal.

A exigência de lei complementar para estabelecer as áreas de atuação da fundação pública de direito privado está ligada à importância de dar contornos legais nítidos e consistentes aos ramos de atuação desta fundação, dotadas que são de maior agilidade e flexibilidade administrativa, em similaridade com as empresas estatais.

³⁸ Extraído do trabalho de autoria da Advogada Lenir Santos, intitulado “As Fundações Estatais : algumas considerações”, PAES, apud SANTOS, 2009. p.. 181

Com isso, buscou-se, como já dito, impedir que a modalidade institucional pudesse ser aplicada em áreas típicas de Estado, como que executam atividades que exigem o poder de autoridade do Estado. Nessas áreas impõem-se as regras do direito administrativo e a adoção do regime de trabalho estatutário que melhor garante o interesse coletivo nos processos que envolvem decisão de Estado. Por outro lado, pretendeu-se, também, evitar a criação de fundações estatais em áreas do domínio econômico, para as quais já existe a figura jurídica de empresa estatal.

Com fulcro nesta exigência constitucional o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão encaminhou em 04.06.2007 ao Presidente da República Projeto de Lei Complementar para regulamentar o inciso XIX do art. 37 da Constituição, na parte referente às fundações, com o objetivo de estabelecer as áreas de atuação dessas entidades.

O referido Projeto de Lei Complementar que recebeu o número de PLP 92/2007 estabelece que o Poder Público poderá instituir fundação estatal, sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, nas áreas de saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio-ambiente, previdência complementar do servidor público, para os efeitos do art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal, comunicação social e promoção do turismo nacional.

Observe-se que a criação de fundação estatal dar-se-á a partir de lei específica, que estabelecerá a sua personalidade jurídica, se de direito público ou privado. Cabe destacar que a proposta apenas autoriza o Poder Público a criar fundação estatal e, no caso da fundação estatal de direito privado, o Projeto prevê que somente poderá ser instituída para desempenho de atividades estatais que não sejam exclusivas de Estado, de forma a vedar a criação de entidade de direito privado para exercício de atividades em áreas em que seja necessário o uso do poder de polícia.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Fundação educacional: opção constitucional por sua desvinculação do Poder Público: consequência quanto à supervisão pedagógica. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 9, n. 4, p. 75-87, out./dez. 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Decreto Lei n. 900, de 29 de setembro de 1969*. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6404consol.htm>> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.htm>> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 7596, de 10 de abril de 1987*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 8429, de 02 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: nov. 2009.

BRASIL. *Lei n. 9962, de 22 de fevereiro de 2000*. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9962.htm>> Acesso em: nov. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. xxvi, p. 323-324.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Atualidades das fundações instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito Administrativo*, n. 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

GRAU, Eros Roberto. Correção monetária: créditos em concordata. *Revista de Direito Público*, Ano 22, n. 91, p. 75, jul./set. 1989.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1979. p. 353.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956. t. 2 e 14.

NUNES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações públicas: um exame de sua natureza jurídica de direito público e de direito privado*. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Fundações estatais: estudos e parecer*. Campinas, SP: Saberes, 2009. p. 123-186.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 407-408.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6346, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação de Saúde “Parreiras Horta” - FSPH, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6346_de_02_jan_2008_dispe_sobre_a_autorizacao_para_criao_da_fundao_de_sade_parreiras_horta_fsph.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6347, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Hospitalar de Saúde - FHS, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6347_de_02_jan_2008_dispe_sobre_a_autorizacao_para_criao_da_fundao_hospitalar_de_sade_fhs.pdf> Acesso em: nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 6348, de 02 de janeiro de 2008*. Dispõe sobre a autorização para criação da Fundação Estadual de Saúde - FUNESA, e dá

providências correlatas. Disponível em: < http://www.ses.se.gov.br/userfiles/lei_n_6348_de_02_jan_2008__dispe_sobre_a_autorizao_para_criao_da_fundao_estadual_de_sade__funesa.pdf > Acesso em: nov. 2009.

SANTOS, Lenir. Fundações estatais: algumas considerações. In: SANTOS, Lenir (Org.). Fundações estatais: estudos e parecer. Campinas, SP: Saberes, 2009. p. 123-186.