

série **GVlaw**

Introdução ao Direito Administrativo

Coordenadores

Carlos Ari Sundfeld
Vera Monteiro

Autores

Carlos Ari Sundfeld
Henrique Motta Pinto
Jacintho Arruda Câmara
Juliana Palma
Rodrigo Pagani de Souza
Rodrigo Pinto de Campos
Vera Monteiro

 **Editora
Saraiva**

 **FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS**


DIREITOGV

DIREITO ADMINISTRATIVO

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

3.4.1 Regime jurídico das fundações governamentais*

3.4.1.1 Introdução

Este artigo pretende analisar o regime jurídico das fundações governamentais, objeto de certa celeuma na doutrina e na jurisprudência, em razão, principalmente, de opções terminológicas confusas feitas pelas normas constitucionais e legais.

Ainda hoje, há alguma incerteza quanto aos mecanismos de criação, funcionamento e gestão dessas entidades. Discute-se quanto à possibilidade de criação de fundação governamental regida pelo direito privado e aos limites da incidência, sobre ela, de normas de direito público. Em que áreas a entidade poderá atuar? Que finalidades pode ter? Sob que regime serão contratados seus funcionários? Como celebrará contratos? De onde poderão vir seus recursos e como ela poderá gerir suas receitas?

O objetivo deste artigo é estudar cada um desses temas – que, em conjunto, compõem o regime jurídico das fundações governamentais –, aclarando, primeiramente, a dúvida acerca da possibilidade de sua criação como pessoas com estrutura de direito privado e estabelecendo, a seguir, as balizas sobre as quais elas devem assentar-se.

O artigo está organizado em quatro tópicos. No primeiro, estudam-se a natureza e o regime jurídico-constitucional das fundações governamentais, para concluir pela viabilidade da criação de fundação governamental com estrutura privada. No segundo, examina-se quais são seus campos de atuação possível, segundo a

Constituição e a legislação ordinária, especialmente o Código Civil e o Decreto-Lei n. 200/67. No terceiro, trata-se dos limites de aplicação, a essas entidades, das normas do Código Civil. No quarto, discute-se sobre licitação, contratação de pessoal, contabilidade e mecanismos de gestão de recursos.

3.4.1.2 Fundações governamentais: natureza e regime jurídicos

3.4.1.2.1 Natureza jurídica das fundações governamentais

a) Delimitação da natureza jurídica das fundações governamentais

Uma das discussões no terreno das fundações governamentais tem sido a de sua natureza jurídica. A doutrina se partiu em três correntes distintas, em torno das seguintes teses: a) toda e qualquer fundação, mesmo quando criada pela Administração Pública para a consecução de atividades de interesse público, é um ente privado, sujeito exclusivamente a normas de direito civil⁴⁵; b) fundações governamentais, sem exceção, têm natureza autárquica, sendo então pessoas de direito público, não podendo subordinar-se às normas civilistas sobre fundações⁴⁶; c) o Direito brasileiro

* Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pinto de Campos e Henrique Motta Pinto.

⁴⁵ Essa posição era defendida, por exemplo, pelo Professor Hely Lopes Meirelles, segundo quem “o fato de o Estado servir-se de instituto do direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura a instituição civil em entidade pública, nem autarquiza esse meio de ação particular” (*Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 332).

⁴⁶ Parece ser esse o entendimento atual de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, “em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. (...) Uma vez que as fundações públicas são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente” (*Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-171).

admite a existência de fundações governamentais com personalidade pública ou privada⁴⁷.

A nosso ver, a razão está com os adeptos da terceira corrente, uma vez que fundação nada mais é do que uma forma específica de estruturar determinada pessoa jurídica. Nessa estruturação, nada existe de anormal em que o Estado disponha de fórmulas jurídicas distintas – a pública e a privada – para modelar suas entidades. A negativa, por alguns⁴⁸, quanto à viabilidade de instituição de fundações governamentais privadas baseia-se na idéia de que apenas o *regime publicístico puro* seria compatível com os objetivos lícitos ao Estado. Essa visão reducionista apóia-se na suspeita de que o modelo da fundação governamental privada, além de desnecessário à Administração, seria buscado sempre com objetivos escusos: fugir de todo e qualquer controle, permitir o desvio criminoso de recursos, acumular cargos indevidamente etc.

A verdade, porém, é que, no Direito brasileiro contemporâneo, os controles realmente essenciais estão ligados, não à personalidade de direito público, mas à personalidade governamental. É esta, e não aquela, que determina a incidência do *regime administrativo mínimo*, incluindo os deveres de licitar e de fazer concurso público, por exemplo; tanto licitam entes públicos (autarquias) como pessoas governamentais privadas (sociedades de economia mista).

⁴⁷ Nesse sentido, manifesta-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. (...) Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade” (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 427).

⁴⁸ Como Celso Antônio Bandeira de Mello, antes citado.

Assim, é equivocada a suspeita de que a criação, pelo Estado, de entes sob estrutura privada seja uma tentativa de fuga da moralidade e de outros valores públicos. Trata-se, em verdade, de uma busca da estrutura que melhor se ajuste à função específica da entidade, sem prejuízo da aplicação de um regime administrativo mínimo.

A personalidade pública tem sido vista como indispensável para os entes cuja atuação exija um forte exercício dos poderes de *autoridade*; é o caso das agências reguladoras, todas criadas como autarquias. Mas grande parte da ação do Estado Social tem outro sentido: trata-se de fornecer prestações voluntárias aos indivíduos, isto é, de prestar-lhes *serviços*. Aqui, a questão central não é, como no outro caso, a da densidade do poder da entidade, mas sim a da *eficiência* de seu funcionamento. É perfeitamente natural que, no campo da prestação dos serviços sociais e do fomento, as fórmulas organizacionais empregadas pelo Estado se aproximem das correntes na vida privada. As fundações governamentais privadas surgem exatamente nesse campo: o da cultura (Fundação Padre Anchieta), da educação (Fundação Instituto Tecnológico de Osasco – FITO), da saúde (Fundação do Remédio Popular – FURP), da assistência social (Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP), da pesquisa (Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE) e do fomento à pesquisa científica (Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo – FAPESP).

Eis, assim, uma primeira conclusão importante: o Estado, quando cria uma pessoa jurídica com estrutura fundacional – é dizer, quando cria fundação governamental –, pode estar instituindo uma fundação de direito público (entidade de regime autárquico) ou uma fundação de direito privado. Em outras palavras, fundação governamental é gênero do qual são espécies a fundação governamental pública e a fundação governamental privada.

b) Análise do dissenso acerca da terminologia referente às fundações governamentais

Apesar da simplicidade dessas idéias, o tema das fundações governamentais acabou envolvido em alguma confusão nas últimas

décadas, por conta de questões mais terminológicas que substanciais, derivadas do Decreto-Lei n. 200, de 1967 (a Lei da Reforma Administrativa do regime militar), na sua versão original e na que lhe foi dada pela Lei n. 7.596, de 1987.

O Decreto-Lei n. 200, de 1967, na redação primitiva de seu art. 4º, não considerava integralmente as fundações de origem estatal como entes da Administração Indireta da União; fazia-o só para alguns efeitos (submissão à fiscalização e controle e ao Plano Federal de Cargos e Salários). Ademais, equiparou todas essas fundações a empresas públicas. Isso gerou duas reações críticas.

Por um lado, muitos desconfiaram que a negativa de considerar pura e simplesmente as fundações como entes da Administração Pública traía propósitos inconfessáveis, ligados à criação de uma Administração paralela, distante do direito administrativo e dos olhos do público. De outro lado, esforçaram-se os especialistas em mostrar que nem todas as fundações poderiam ser equiparadas às empresas estatais, pois havia aquelas cujas missões e poderes eram típicos das autarquias (a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, por exemplo). Como produto, aliás, dessa segunda crítica é que vingou entre nós a identificação do gênero *fundação governamental*, com as espécies *fundação governamental de direito público* (equiparada à autarquia e, portanto, considerada para todos os fins como integrante da Administração Indireta) e *fundação governamental de direito privado* (esta sim equiparável à empresa pública quanto a seu regime).

Com a volta da democracia e estando já em funcionamento a Assembléia Nacional Constituinte, os arts. 4º e 5º do Decreto-Lei n. 200, de 1967, foram alterados pela Lei n. 7.596, de 1987. O objetivo evidente da mudança legislativa era retomar e valorizar a idéia de fundação governamental privada, livrando-a dos resquícios de suspeita – ainda que injusta – que carregava por conta da origem autoritária do Decreto-Lei n. 200, de 1967, que dela havia tratado vinte anos antes. Daí haver o novo texto incluído explicitamente essas fundações na lista de entes da Administração Indireta, com isso

sujeitando-as sem ressalvas ao *direito administrativo mínimo*, típico das empresas estatais (art. 4º, II, *d*). Daí, também, haver dito que as fundações de que se estava tratando eram as dotadas de “personalidade jurídica de direito privado” e cujas atividades não exigissem “execução por entidades de direito público” (art. 5º, IV), deixando clara a distinção para com as autarquias fundacionais.

Mas os termos que o legislador escolheu para designar a entidade de que estava tratando, em vez da cristalina expressão *fundação governamental privada*, foi a muito infeliz *fundação pública*. A opção parecia razoável, pois assim se distinguia a *fundação da Administração Pública* (*fundação pública*) daquela que, embora também sob regime privado, nada tivesse que ver com o Estado (a *fundação do setor privado*). Só que a expressão havia ficado muito ligada ao debate doutrinário dos anos anteriores, e muita gente correu a afirmar que a *fundação pública* de que se estava tratando seria justamente a *fundação de direito público* (a *fundação autárquica*). Não era, claro, pois a lei esclarecia textualmente que, para ela, *fundação pública* era a instituída pelo Poder Público, mas sujeita ao direito privado! Todavia, muita gente andou dizendo que, com as mudanças, estava extinta a figura da *fundação governamental privada*, só remanescendo a da *fundação governamental de direito público*.

A insegurança terminológica aumentou quando, encerrados os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a nova Constituição apareceu com várias referências às fundações. Em alguns dispositivos, mencionou a existência da *Administração Fundacional*, ao lado das *Administrações Direta e Indireta* (a fórmula ainda é usada em textos como o do atual inciso XI do art. 37, por exemplo). A razão disso era – e é – bastante clara: contornar o argumento, oriundo da redação primitiva do Decreto-Lei n. 200, de que fundações não integrariam a Administração Indireta; queria-se submeter as fundações governamentais privadas, sem ressalvas, ao *regime administrativo mínimo*, à semelhança das empresas estatais.

Ademais, empregou-se, no texto original da Constituição de 1988 – depois alterado, quanto a isso, pela Emenda da Reforma

Administrativa, n. 19, de 1998 –, a problemática expressão *fundação pública*, ora referindo-se às duas espécies de fundação governamental (art. 37, XIX), ora como sinônimo de fundação governamental autárquica (art. 39, *caput*, e art. 19 do ADCT). Era uma curiosa opção terminológica, pois até então, na legislação ordinária, fundação pública era justamente a fundação governamental privada!

No texto hoje vigente da Constituição há, em dispositivos sobre a Administração Pública, inúmeras referências a fundações, sem qualquer adjetivo referente à sua estrutura, se pública ou privada. Mas a análise cuidadosa de cada preceito mostra haver usos diferentes, *claros nos respectivos contextos*. Em certos casos, ao falar em fundação, está-se aludindo apenas às fundações autárquicas, de direito público (ex.: arts. 37, XI; 38, *caput*; 39, § 7º; 40, *caput*; e ADCT, arts. 18 e 19). Em outros casos, alude-se a todas as fundações governamentais, tanto as de direito público como de direito privado, estabelecendo-se assim o *regime administrativo mínimo* aplicável a todas elas (ex.: arts. 22, XXVII; 37, XVII e XIX; 71, II e III; 163, II; 167, VIII; 202, §§ 3º e 4º; e ADCT, arts. 8º, § 5º). Em certas hipóteses, as normas se aplicam apenas às fundações governamentais (públicas ou privadas, não importa) *cujo funcionamento seja custeado diretamente pelo orçamento público* (art. 165, § 5º, I e III). Importante destacar algo que acaba de ser dito: a Constituição – à semelhança do Decreto-Lei n. 200, de 1967, em sua redação atual – admite a existência de fundações governamentais privadas e estabelece para elas um *regime administrativo mínimo*, equivalente ao das empresas estatais, que tem de ser observado.

Tome-se, a esse respeito, o exemplo do art. 37, XIX, cujo atual teor, dado pela Emenda n. 19/98, é o seguinte:

Art. 37. (...)

XIX – 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, nesse último caso, definir as áreas de sua atuação.

A redação original desse dispositivo deu margem a alguma confusão⁴⁹. Previa-se nele a criação, por lei, apenas de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e “fundações públicas”. Chegou-se a aventar, então, que a Administração estaria proibida de instituir fundações governamentais privadas – já que o dispositivo teria falado apenas nas “públicas” –, ou, em leitura oposta, que estaria dispensada de autorização legislativa para criar “fundações privadas”, algo evidentemente desarrazoado, uma vez que o rol de entidades contido na norma incluía tanto pessoas inquestionavelmente públicas (as autarquias) como privadas (as empresas públicas e as sociedades de economia mista). Portanto, não quis o Constituinte eximir as pessoas governamentais de direito privado da criação por lei; nada justificaria, então, regime diverso para uma única espécie de pessoa jurídica criada pelo Poder Público, a fundação privada. De outro lado, era equivocada a suposição de que “fundação pública”, no preceito, tivesse o sentido de fundação de direito público, pois, na legislação anterior, a expressão tinha justamente o sentido inverso: o de fundação governamental privada.

Se dúvida havia na exegese correta do art. 37, XIX, ela foi definitivamente dirimida a partir da edição da Emenda Constitucional n. 19, de 1998. De um lado, a nova redação é mais técnica, por diferenciar o regime jurídico de criação das autarquias (entre elas incluídas, claro, as autarquias de base fundacional) do regime de instituição de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais privadas. Para essas três últimas espécies de entidades da Administração, não há necessidade de criação por lei, mas apenas de autorização legislativa para sua instituição. Ademais, a retirada do qualificativo “pública” para a figura da fundação tornou mais consistente o entendimento de que o fim colimado

⁴⁹ Eis a redação original do art. 37, XIX, da CF/1988: “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”.

pela Constituição no art. 37, XIX, foi o de colher tanto as fundações governamentais públicas, que se sujeitam ao regime da autarquia, como as fundações governamentais privadas, que se aproximam, quanto ao ponto, do modelo das empresas estatais. Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já se consolidou no sentido de que existem em nosso ordenamento tanto as fundações governamentais com estrutura de direito privado quanto as chamadas “autarquias fundacionais”, estas sim constituídas com uma estrutura integralmente de direito público. Veja-se, nesse sentido, trecho de voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 219.900-RS, publicado no Diário da Justiça em 28 de setembro de 2001, no qual figurava como recorrente a Fundação de Ciência e Tecnologia (CIENTEC):

A Recorrente é fundação pública, ente integrante da Administração Pública indireta, como também são as empresas públicas e sociedades de economia mista. A simples denominação “pública” não significa que esse ente possua personalidade jurídica de direito público.

Na conclusão de seu voto, a Ministra transcreve trecho do acórdão recorrido, com o qual concorda integralmente. Confira-se:

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 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 esta razão os seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do artigo 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também dita fundação pública – é privada, mas não é particular”.

3.4.1.2.2 Regime jurídico das fundações governamentais

Superada a questão acerca da possibilidade de instituição de fundações governamentais tanto de direito público quanto de direito privado, surge nova dúvida: como saber se dada fundação governamental é pública ou privada? Em linhas gerais, é possível proceder à aplicação dos seguintes critérios distintivos: a) inicialmente, a menção contida na lei instituidora, de modo que será de direito público a fundação que assim tenha sido definida pela lei respectiva, ou que a lei tenha expressamente vinculado ao regime público típico (ex.: sujeitando seus servidores ao regime de cargo público); e b) na falta disso, a partir do gênero de atividade desenvolvida, de modo que será fundação de direito público a que exerça poderes de autoridade (como o de polícia ou de regulação) e fundação governamental de direito privado aquela cuja atuação prescindia desses poderes.

a) O regime administrativo mínimo

Deve-se sempre ter em mente que o Estado não pode, ao criar pessoas jurídicas, furtar-se a certas vinculações impostas pela Constituição a todos os entes governamentais (o *direito administrativo mínimo*). Por isso, há algum risco – pelos equívocos de compreensão que pode suscitar – na afirmação de que uma pessoa jurídica de origem estatal é de direito privado. Realmente, esse rótulo pode favorecer a errônea impressão de que um ente criado pelo Poder Público pode estar sujeito apenas e tão-somente às regras jurídicas que ordenam o funcionamento das pessoas jurídicas de direito privado.

a) promessa de que público/privado e determinado pela própria lei.

Isso nunca é verdade. Toda e qualquer pessoa jurídica criada ou assumida pelo Estado submete-se, por força de comando constitucional, implícito ou explícito, a certas normas de índole claramente publicística, fundamentais para a garantia de que os fins impostos à entidade sejam perseguidos e de que os recursos públicos nela investidos sejam corretamente aplicados, bem como para manter alguma dose de controle e fiscalização estatal. E é normal que assim seja. Não haveria sentido em o Poder Público instituir pessoa jurídica – o que só pode fazer no pressuposto de que a existência e o funcionamento dessa pessoa serão importantes para a realização de interesses públicos – e, em seguida, desinteressar-se totalmente de seu funcionamento.

Pode-se dizer, portanto, que o Poder Público, em certa medida, publiciza tudo o que toca. Em conseqüência, faz-se necessário identificar o *regime administrativo mínimo*, isto é, as normas de caráter público que devem ser aplicadas a toda e qualquer fundação governamental, sem consideração de seu qualificativo público ou privado. Tais normas podem ser agrupadas em três categorias: a) normas constitucionais dirigidas especificamente à disciplina das fundações governamentais; b) princípios e regras postos, pela Constituição ou por lei, para proteção ou garantia do indivíduo contra o Poder Público, ou destinados a assegurar o cumprimento, pelos agentes estatais, da função pública que lhes é deferida; e c) regras constantes de ato normativo da pessoa política que instituiu a fundação (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), para reger suas fundações em geral ou aquela específica fundação de que se trate.

A missão de identificar as normas constitucionais dirigidas especificamente às fundações governamentais não é tão simples como poderia parecer, porquanto, como se disse, o Constituinte não adotou terminologia uniforme ao tratar do assunto. Em sucessivas passagens, a Constituição menciona “fundações”, “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, “fundações controladas pelo Poder Público” ou “Administração Fundacional”.

Apesar disso, salta aos olhos a constatação de que, em geral, as normas previstas para as fundações governamentais privadas são semelhantes às que regem as empresas públicas e sociedades de economia mista. E isso não só porque a Constituição, na maioria das vezes em que traça regras para essas empresas, afirma expressamente sua aplicação às fundações, como por não haver sentido lógico em dispensar estas últimas de imposições feitas aos demais entes privados da Administração Indireta, tampouco em sujeitá-las a condicionamentos exclusivos dos entes que exercem autoridade ou cuja totalidade da receita vem diretamente do orçamento público (autarquias e Administração Direta).

Portanto, resulta a conclusão de que são aplicáveis às fundações governamentais em geral (públicas e privadas), entre outras, as seguintes normas de índole constitucional: a) segundo o art. 37, XIX, as fundações governamentais ou são criadas por lei (caso das públicas) ou têm sua criação autorizada por lei (caso das governamentais privadas), valendo o mesmo para sua extinção, em vista do princípio do paralelismo das formas; b) as fundações governamentais sujeitam-se à licitação (art. 22, XXVII); c) estão sujeitas à fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II); d) a admissão de seus servidores depende de concurso público (art. 37, II); e) esses atos de admissão estão sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas (art. 71, III); f) o posto em fundação governamental não pode ser acumulado com outro cargo, função ou emprego na Administração Direta ou Indireta (art. 37, XVII, com as exceções previstas no art. 37, XVI).

Não se vislumbra óbice algum à instituição, pelo Poder Executivo, mediante lei autorizativa, de fundação governamental regida pelo direito privado. É preciso ter em conta, contudo, que tal entidade estará subordinada ao *regime administrativo mínimo*, sofrendo o influxo de algumas normas de direito público, constitucionais ou legais.

3.4.1.3 Os possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas

Assentada a idéia de que é viável, ao Poder Público, instituir fundação governamental sob estrutura privada, necessário adentrar em outro tema de grande relevância, ou seja, o de seus possíveis campos de atuação.

A esse respeito, importa, em primeiro lugar, fazer menção novamente ao inciso XIX do art. 37 do texto constitucional, pois a parte final do dispositivo contém prescrição que se dirige especificamente ao objeto social das fundações. Confira-se:

Art. 37. (...)

XIX – 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 (grifamos).

O legislador constituinte derivado, ao modificar a redação do inciso quando da edição da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, foi claro: arrolou como matéria de lei complementar o tema das áreas de atuação das fundações governamentais. As razões históricas que o levaram a tomar essa decisão estão ligadas a um entendimento da época, segundo o qual era importante dar contornos legais mais nítidos e consistentes aos ramos de atuação das fundações governamentais privadas, impedindo a multiplicação desenfreada de entidades dessa natureza, nos mais diversos setores da Administração, em alguns casos com desvirtuamento de qualquer função atrelada à consecução dos interesses da coletividade. Transportando o assunto para a esfera de uma lei complementar, fruto de debates mais aprofundados e de aprovação mediante quórum qualificado de maioria absoluta, imaginou-se que tais temores ficariam serenados.

Passados vários anos da Emenda Constitucional n. 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. 5º, IV, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, na redação da Lei n. 7.596, de 1987⁵⁰. 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. Como se sabe, é recepcionada a lei ordinária que, sendo preexistente à Constituição, possua conteúdo compatível com as novas disposições constitucionais.

O dispositivo – art. 5º, IV, do Decreto-Lei n. 200/67 – trata, expressamente, da área de atuação das fundações governamentais privadas, qual seja: “o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público”. Assim, tal norma foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pós-Emenda Constitucional n. 19, de 1998, com o *status* de lei complementar. Portanto, somente as atividades cuja execução esteja cometida *exclusivamente* a entidades de direito público estão excluídas dos possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas.

Resta-nos, ainda, fazer uma incursão no Código Civil, a fim de dirimir uma última dúvida acerca das possíveis finalidades das fundações governamentais privadas.

⁵⁰ “Art. 5º 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.”

A Lei federal n. 10.406, de 2002 – novo Código Civil – cuidou de reger, no Título I, Livro II, Capítulo III, as fundações. O art. 62, primeiro artigo do capítulo, em seu parágrafo único, estabelece os fins para os quais se pode constituir entidade dessa natureza. Veja-se:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. *A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência* (grifamos).

A leitura do parágrafo único pode levar o intérprete, de início, à impressão de que o rol de finalidades ali encartado é taxativo, não comportando nenhuma extensão. No entanto, não se deve realizar uma interpretação restritiva de tais qualificativos, com apego ao seu sentido mais estrito. Na verdade, o intento do dispositivo foi impossibilitar a criação de fundações com fins lucrativos – que, embora juridicamente esdrúxulas já pela lei anterior, haviam surgido em profusão no mundo privado. Para isso, previu aqueles outros fins, que são nitidamente antagônicos à idéia de lucratividade. Em outras palavras, quis o legislador civil garantir que os fins de toda e qualquer fundação sejam de interesse geral, podendo abarcar ampla gama de propósitos.

Tal interpretação da norma se coaduna com a feita pela doutrina civilista. Renan Lotufo, ao comentar o dispositivo, remete às lições de Agostinho Alvim, para quem “a redação deste parágrafo, no ainda Projeto de Código Civil de 1965, assevera que o legislador optou por ser explícito, visando evitar fundações com finalidades fúteis ou caprichosas”⁵¹. No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz, ao ressaltar que, segundo os Enunciados n.

⁵¹ *Apud* LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 63.

8 e 9, aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, respectivamente, “a constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único” e “o art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos”⁵².

Finalmente, é importante frisar que o parágrafo único do art. 62 do Código Civil, ao falar em “assistência”, não quis referir-se exclusivamente à “assistência social” prevista no art. 203 da Constituição Federal⁵³. Ao contrário, utilizou-se de um conceito jurídico indeterminado para albergar toda e qualquer atividade assistencial – como, por exemplo, a prestação de serviços de saúde – desde que realizada no interesse geral. Mais uma vez, reforce-se, a intenção do legislador, ao redigir aquele dispositivo do novo diploma civil, foi a de afastar a empresa disfarçada de fundação, e não o de criar um rol taxativo de finalidades para tal instituição. Ademais, caso o Código Civil quisesse referir-se à atividade de “assistência social” tal qual prevista no art. 203 do texto constitucional, deveria tê-lo feito explicitamente, de modo a dar-lhe esse sentido específico e inequívoco, o que não ocorre no parágrafo único do art. 62.

⁵² *In* **Código Civil anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

⁵³ Art. 203 da CF: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

3.4.1.4 O regime jurídico administrativo mínimo – licitação, contratação de pessoal, contabilidade e possíveis fontes de recursos das fundações governamentais

Como já salientado, as fundações governamentais devem obedecer ao regime administrativo mínimo.

Assim, por exemplo, tais entidades são obrigadas a realizar concurso público para contratação de pessoal, nos termos do art. 37, II, e licitação para a compra de bens e serviços necessários ao seu funcionamento, de acordo com o art. 37, XXI, ambos do texto constitucional. Observe-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (...);

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...).

No que toca à contratação de pessoal, vigora, para as fundações governamentais privadas, o regime de emprego público, subordinado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Apesar disso, é importante referir que os empregados de tais entidades são equiparados aos detentores de cargo público para os fins do art. 37, XVI e XVII, da Constituição Federal, isto é, à proibição de acumular empregos públicos remunerados, exceção feita às hipóteses expressamente arroladas nas alíneas do inciso XVI. Ademais, enquadram-se no conceito de funcionário público do art. 327 do Código Penal e dos arts. 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 1992).

Nas fundações governamentais públicas, em contrapartida, prevalece o regime estatutário, regido na esfera federal pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Por força do art. 37, XVI e XVII, aos servidores públicos das fundações governamentais públicas é defesa a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvadas as exceções constitucionalmente determinadas.

Ao contrário do que se efetiva nas fundações governamentais públicas, a organização do quadro de pessoal da entidade de natureza privada não é feita por lei, pois a reserva de lei existe apenas para a criação de cargos, empregos ou funções de entidades de direito público, isto é, Administração Direta e autarquias, nelas incluídas as fundações autárquicas (CF, art. 48, X, c/c o art. 61, § 1º, II, a, este último expresso ao limitar essa reserva aos postos da Administração Direta e autárquica). Assim, o quadro será estabelecido pelo órgão de administração interna que receber do estatuto tal competência.

É de salientar, por outro lado, que a lei instituidora da fundação governamental privada pode criar normas de caráter específico, que a desvinculem do regime geral vigente para outras entidades da Administração Indireta, desde que, por óbvio, tais especificidades não sejam colidentes com as disposições constitucionais já referidas.

Exemplo disso é o da licitação. Desde que respeitados os princípios constitucionais aplicáveis (art. 37, XXI), é possível à lei autorizadora da fundação criar para ela um sistema licitatório peculiar, se entender que dessa maneira os fins da entidade serão atendidos de modo mais eficaz.

Em relação às regras de contabilidade, faz-se necessário, inicialmente, retornar ao tema da imprecisão terminológica do legislador constituinte ao se referir às fundações governamentais. É que, ao cuidar do orçamento, a Constituição Federal, em seu art. 165, § 5º, I, assim dispôs:

Art. 165. (...)

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Uma leitura mais apressada e isolada do artigo poderia levar o intérprete da norma à suposição de que estariam ali abarcadas as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as duas espécies do gênero “fundação governamental”, é dizer, tanto as públicas quanto as privadas. Essa interpretação, entretanto, não é a mais adequada, porque, mais adiante, no art. 173, § 1º, II, o texto constitucional confere a certas pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta regime jurídico diferenciado. Observe-se:

Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Ora, se a leitura da letra fria do art. 165, § 5º, I, prevalecesse como interpretação mais adequada daquele dispositivo, não seria possível explicar a previsão de regime distinto para as empresas públicas e sociedades de economia mista, constante do art. 173, § 1º, II. Ao exegeta cabe, em situações como essa, buscar o fim almejado pelo legislador ao redigir cada uma das normas, a fim de superar os deslizes técnicos freqüentemente percebidos.

No caso em questão, soaria ilógico e irracional incluir as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais privadas – no rol do dispositivo que cuida da lei orçamentária anual. Quando o constituinte, no art. 165, § 5º, I, falou em “entidades da administração indireta”, quis referir-se

apenas àquelas dotadas de personalidade de direito público – autarquias e fundações governamentais de direito público.

As fundações governamentais privadas, de outro turno, apesar de sujeitas aos princípios gerais da Administração, equiparam-se, em regime jurídico, às empresas estatais, que, conquanto integrantes da Administração Indireta, não têm seu orçamento – e, portanto, sua contabilidade – obrigatoriamente subordinado aos mesmos ditames previstos para os entes públicos. A diretriz aplicável, criada com a Lei n. 4.320, de 1964, que estabeleceu normas gerais de direito financeiro, é a de que as “entidades paraestatais” – entre as quais se enquadram, hoje, as empresas estatais e as fundações governamentais privadas – só se vinculam aos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “pela inclusão... como subvenção econômica, na receita do orçamento da beneficiária... do saldo negativo previsto entre os totais das receitas e despesas” (art. 108, II), destacando-se também a necessidade de aprovação, pela lei orçamentária, do orçamento de investimentos da paraestatal, se houver (CF, art. 165, § 5º, II).

Quanto às regras de contabilidade a serem observadas pelas fundações governamentais privadas, o regime é o mesmo das empresas estatais, que, nos termos do art. 27, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, terão “asseguradas condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo”. Embora esse preceito referisse originalmente apenas as “empresas públicas e sociedades de economia mista”, disso não resulta que sua intenção fosse excluir desse regime as fundações governamentais privadas. É que, na solução original do Decreto-Lei n. 200, como se viu, essas fundações não eram consideradas integralmente como entes da Administração Indireta, o que já era suficiente para sua submissão às “condições de funcionamento idênticas às do setor privado”.

As fundações governamentais privadas “que recebam do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital” devem, contudo, ser

entendidas como *fundações dependentes*, à semelhança do que ocorre com empresas estatais na mesma situação (Lei Complementar n. 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – art. 1º, § 3º, I, b c/c o art. 2º, III). Nesse caso, ficarão sujeitas aos limites e controles da Lei de Responsabilidade Fiscal e aos limites à remuneração de pessoal previstos no art. 37, XI, da Constituição, por força do § 9º do mesmo artigo. Observados esses limites, a lei instituidora de uma fundação governamental privada pode autorizá-la a praticar uma política salarial própria, sem estar vinculada aos planos de cargos e salários do restante da Administração federal, pois não há norma constitucional que imponha uniformidade quanto a essa política, e a autonomia quanto a isso é coerente com a submissão às “condições de funcionamento idênticas às do setor privado”.

As fundações governamentais públicas, porém, sujeitam-se invariavelmente à Lei de Responsabilidade Fiscal e às demais limitações de ordem orçamentária decorrentes da condição de ente eminentemente público.

Dentre as possíveis fontes de receitas das fundações governamentais privadas, podem ser citadas, de início, a cobrança pela prestação dos seus serviços e a aplicação de recursos próprios. Uma terceira opção a considerar consiste na celebração de contrato de gestão entre a fundação e o Ministério incumbido da sua supervisão, no âmbito do qual o repasse de recursos seja condicionado ao atendimento de metas pelos gestores da entidade fundacional. Arranjo dessa natureza tem respaldo expresso em nossa Constituição Federal, conforme se depreende do seu art. 37, § 8º:

Art. 37. (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.

Assim, o uso do contrato de gestão não só é admitido pela ordem jurídica como também parece ser o mais adequado para o controle dos recursos públicos, por permitir ao ente repassante a verificação do cumprimento das metas acertadas. Ademais, esse mecanismo confere maior agilidade à administração da fundação, uma vez que a aplicação dos recursos seria feita diretamente por ela, em contraposição ao uso de verbas orçamentárias, que somente são disponibilizadas se previstas especificamente na lei orçamentária anual, aprovada pelo Congresso Nacional.

3.4.1.5 O Código Civil e as fundações governamentais privadas

O funcionamento das fundações governamentais privadas encontra-se disciplinado em duas normas cuja compreensão requer algum cuidado, estando a primeira no art. 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 200, de 1967 (dispositivo incluído pela Lei n. 7.596, de 1987), e a outra, no art. 41, parágrafo único, do Código Civil. Observe-se o teor de cada uma delas:

Decreto-Lei n. 200/1967:

Art. 5º (...)

§ 3º 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 (grifamos).

Código Civil:

Art. 41. (...)

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 (grifamos).

O Decreto-Lei n. 200, de 1967, previu, em seu art. 5º, IV, uma espécie própria de fundação – a fundação governamental privada – com algumas peculiaridades em relação às fundações comuns, constituídas por particulares e regidas inteiramente pelo direito privado. Por isso é que as fundações governamentais privadas sujeitam-se a um regime jurídico especial, no qual o Código Civil não desponta como a única fonte normativa. Como já visto neste artigo, tais entidades são regidas por normas advindas de outras fontes, em especial a Constituição Federal, o Decreto-Lei n. 200, de 1967, e a lei instituidora, que traçam o *regime administrativo mínimo*.

As normas do Código Civil atinentes às fundações em geral somente serão aplicáveis às fundações governamentais privadas quando compatíveis com as peculiaridades dessa espécie própria de fundação. O objetivo da ressalva contida no art. 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, foi apenas o de afastar o Ministério Público do papel de curador das fundações governamentais privadas. Dizia o art. 26 do Código Civil de 1916, e o faz o art. 66 do atual que:

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

No âmbito das fundações instituídas por particulares e integralmente submetidas aos ditames do Código Civil, a atuação do Ministério Público como curador é fundamental, implementando mecanismos de controle e fiscalização do patrimônio dessas entidades. Todavia, para as fundações governamentais, existe outro sistema de controle e fiscalização.

Quanto à fiscalização, a par da atuação do Tribunal de Contas, que tem base constitucional (arts. 70 e 71), o art. 19 do Decreto-Lei n. 200, de 1967, instituiu a figura da “supervisão ministerial”,

que assegura a existência de um controle administrativo dos atos das entidades fundacionais. Confira-se:

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

A supervisão ministerial também visa a assegurar a realização, por parte das entidades estatais, dos objetivos fixados nos respectivos atos de constituição, como se vê do art. 26, I, do mesmo diploma. Portanto, aí já está encartada a tarefa que, no mundo das relações puramente privadas, caberia ao Ministério Público. Diferentemente das fundações instituídas por particulares, que adquirem vida própria e se desgarram de seu instituidor – justificando, em razão disso, a fiscalização do Ministério Público –, as fundações governamentais, por estarem atreladas ao Poder Público, sujeitam-se sempre ao poder de tutela da Administração, tornando dispensável outro sistema de controle⁵⁴. É possível, porém, à lei autorizadora da instituição de nova fundação determinar, por conveniência apurada politicamente, que a supervisão ministerial de que trata o Decreto-Lei n. 200, de 1967, conviva com o exercício do poder curador do Ministério Público, pois não há incompatibilidade substancial entre os dois controles, os quais podem conviver.

⁵⁴ Essa posição se coaduna com a de Maria Sílvia Zanella Di Pietro, para quem “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 a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade’ (art. 26 do Decreto-lei n. 200/67)” (*Direito administrativo*, cit., p. 431).

O art. 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, ao dizer inaplicáveis as disposições do Código Civil sobre fundações que não dissessem respeito à sua constituição, de modo algum afastou as fundações governamentais privadas do regime geral do direito privado, tampouco do regime privado de fundações.

O que o Código Civil contém sobre fundações é, em essência, uma regra sobre constituição (os fins, a organização e a extinção serão disciplinados no estatuto, feito segundo a vontade do instituidor e inscrito no Registro Civil) e a designação do Ministério Público como *curador*. Segundo o Decreto-Lei n. 200, de 1967, as fundações governamentais submetem-se sim ao regime civilista de constituição (o ente será regido por seu estatuto, feito pela Administração Pública instituidora e inscrito no Registro Civil), embora não ao de curadoria. Portanto, ao contrário do que pode parecer a uma vista apressada – por fascinada demais com o estilo do texto – o art. 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, não afastou as fundações governamentais privadas do Código Civil, pois afirmou expressamente a aplicabilidade justamente daquilo que nele há de importante: a atribuição, ao instituidor, de um *amplíssimo poder de conformação da entidade*.

Atente-se, ademais, que a exclusão, feita pelo citado art. 5º, § 3º, é de “disposições do Código Civil concernentes às fundações”, não das disposições que, no direito privado – e especialmente no Código Civil –, estruturam a totalidade do regime privado. Portanto, as fundações governamentais privadas estão sujeitas, sim, às regras civis sobre obrigações, responsabilidade, propriedade etc. O que não se lhes aplica são certas disposições (as do art. 66, como vimos) da parte do Código que cuida especificamente de fundações.

Tudo o que se acaba de expor era válido quando da vigência do antigo Código Civil. A questão remanescente é a de saber se, com o art. 41, parágrafo único, do novo Código, algo teria mudado quanto a isso. Segundo esse preceito, as pessoas governamentais a que se tenha dado estrutura de direito privado “regem-se, no que

couber, quanto a seu funcionamento, pelas normas deste Código”. A diretriz dessa norma é semelhante à do art. 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, pela qual fundações governamentais privadas submetem-se às normas do Código quanto à constituição de fundações e também ao regime geral do direito privado (obrigações, responsabilidade, propriedade etc.).

A exclusão feita pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, no sentido da inaplicabilidade, às fundações governamentais, da curadoria do Ministério Público não foi superada pelo art. 41, parágrafo único, do novo Código Civil, pois este é uma *disposição geral* (sobre pessoas governamentais privadas), editada a par da *disposição especial* antes existente (sobre fundação governamental privada), que não foi revogada expressamente e, por isso, permanece em vigor, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC): “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Ademais, o próprio art. 41, parágrafo único, do Código é expresso em afirmar sua incidência sobre os entes governamentais privados apenas “no que couber”. Portanto, esse artigo de modo algum quis afastar as (poucas) ressalvas, existentes no direito anterior, quanto à aplicabilidade desse Código aos entes mencionados.

3.4.1.6 Conclusões

Realizadas todas as considerações acerca do regime jurídico das fundações governamentais no decorrer do presente artigo, as seguintes conclusões passam a ser explicitadas:

1. Fundação governamental é gênero do qual são espécies a fundação governamental pública e a fundação governamental privada. Ambos os institutos são admitidos pelo Direito brasileiro.

2. Para reconhecimento da natureza jurídica da fundação governamental, deve-se primeiramente verificar o regime jurídico conferido à fundação pela lei instituidora e constatar, supletivamen-

te, o possível exercício do poder de autoridade, caso em que será qualificada como fundação governamental pública.

3. O regime administrativo mínimo, a que se submetem todas as fundações governamentais pelo simples fato de integrarem o aparato administrativo do Estado, compõe-se de normas constitucionais que disciplinam as fundações governamentais, princípios e regras de garantia do administrado em face do Poder Público e demais preceitos oriundos da pessoa que instituiu a fundação.

4. Dessa forma, estão as fundações governamentais obrigadas a efetivar procedimentos licitatórios e concursos públicos para composição do quadro de servidores públicos, sujeitando-se à fiscalização do Tribunal de Contas e sendo extintas apenas por lei.

3.5 Entidade pública não estatal na fiscalização profissional: caso do Conselho Federal de Medicina

296

3.5.1 Uma breve noção de regime jurídico

Para o jurista, o sistema jurídico é seu instrumento de trabalho. Sua maior atribuição consiste em analisar o todo normativo e, diante das mais variadas situações, determinar quais normas irão regulá-las e quais não lhes serão aplicáveis. A notória dicotomia público-privado apresenta-se como uma primeira classificação em auxílio do profissional do Direito no árduo trabalho de composição do estatuto jurídico do caso concreto.

Diversos critérios para delimitação da linha tênue que distingue o direito público do direito privado construídos através dos séculos podem ser levantados. O critério do sujeito, ou orgânico, por exemplo, leva em consideração a figura subjetiva das relações jurídicas. Assim, o direito público tutela os fatos em que se apresenta o Estado, ao passo que o direito privado rege a esfera particular. Já o critério do interesse qualifica como públicas as normas que versam sobre o interesse público, e privadas aquelas que tutelam

o interesse privado. Outro critério ainda qualifica o objeto como público quando sujeito às regras de direito público que, em conjunto harmônico, formam o regime jurídico de direito público, e como privado quando regulados pelo regime de direito privado. Trata-se do critério formalista.

Ainda que destituída da segurança necessária à precisa classificação jurídica – haja vista a falha originária de critérios “quase matemáticos” em abarcar todas as hipóteses fáticas –, não se pode negar a larga utilização da dicotomia público – privado. No campo do direito administrativo, por exemplo, é incontestável a diferenciação entre bens *públicos* e bens *privados*; fundações governamentais de *direito público* e fundações governamentais de *direito privado*; interesse *público* e interesse *privado*; obrigação de *direito público* e obrigação de *direito privado* etc.

A) O caso

Com o escopo de melhor analisar a projeção e utilidade da classificação binária público – privado, será tomado como paradigma o caso do Conselho Federal de Medicina (CFM).

O CFM foi criado pela Lei n. 3.268/57 e regulamentado pelo Decreto n. 44.045/58. A lei instituidora do CFM fez menção expressa à natureza do ente em seu art. 1º, de seguinte redação: “Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-Lei n. 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira”.

Sem prejuízo dessa previsão legal, o Conselho em questão congrega notas características do regime de direito privado, uma vez que os recursos da entidade são provenientes das contribuições pagas pela categoria, não lhe sendo destinados recursos orçamentários, seus dirigentes não são nomeados pelo Chefe do Executivo e inexistente necessidade de previsão expressa em lei para criação dos

297