

DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO

Os textos reunidos neste livro foram preparados por mestrandos e doutorandos do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, na disciplina ministrada no segundo semestre de 2012, sobre a utilização do direito privado pela Administração Pública. Os temas tratados são da maior atualidade, tendo em vista a tão falada privatização do direito público, traduzida na expressão “fuga para o direito privado”. O título do livro se justifica porque se refere ao direito privado tal como utilizado pela Administração Pública, ou seja, com derrogações pelo direito administrativo.

Os institutos tratados são bem variados, extraídos do direito civil e comercial, com análise das necessárias adaptações, quando aplicados à Administração Pública. Foram pesquisados no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, e desenvolvidos, dentre outros, temas sobre a *posição da Administração Pública no regime jurídico de direito privado, os contratos de direito privado celebrados pela Administração (dentre eles a locação de bens públicos), a prescrição contra a Fazenda Pública à luz do novo Código Civil, os problemas atinentes à formação dos cartéis nas licitações públicas, o regime jurídico aplicável na prestação de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito privado, o regime de competição na prestação de serviços públicos, as garantias prestadas nas parcerias público-privadas, a aplicação aos servidores públicos das normas do direito de greve próprias da iniciativa privada, o instituto da arbitragem na Administração Pública, os limites da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos, o regime jurídico dos aeroportos, as parcerias com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos.*

APLICAÇÃO

Leitura complementar para os cursos de graduação e pós-graduação, seja na área de direito administrativo, seja na de direito privado. Livro de referência para profissionais da área jurídica envolvidos com a Administração Pública.

atlas.com.br



9 788522 480630

DI PIETRO

DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO

5

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
ORGANIZADORA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
ALBERTO SHINJI HIGA
ALINE MARIA DIAS BASTOS
AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS
ANA RITA DE FIGUEIREDO NERY
ANDRÉA SILVA RASGA UEDA
BRUNO GREGO-SANTOS
BRUNO LUÍS AMORIM PINTO
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO
DENNY MARCELO ANTONIALI
DIEGO FRANZONI
EMANUEL PEDRO FERNANDES BATISTA

DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO

FABIO HENRIQUE DI LALLO DIAS
FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA
FLÁVIA MORAES BARROS MICHELE FABRE
JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE MARTINS
LÍVIA WANDERLEY DE BARROS MAIA VIEIRA
MARCELA DE LIMA ALTALE
MARINA FONTÃO ZAGO
OTÁVIO HENRIQUE SIMÃO E CUCINELLI
PATRÍCIA REGINA MENDES MATTOS CORRÊA GOMES
PAULA RACCANELLO STORTO
PEDRO DO CARMO BAUMGRATZ DE PAULA
RAFAEL DIAS CÔRTEZ
WASSILA CALEIRO ABBUD

atlas

19

Fundações Governamentais na Dicotomia Direito Público e Direito Privado

Marina Fontão Zago¹

1 Introdução

Tal como ocorre com diversos outros temas estudados no âmbito do direito administrativo – como contratos, bens, prestação de serviços, organização administrativa –, nas fundações governamentais (assim consideradas as fundações criadas por entes públicos) o embate entre direito público e direito privado apresenta-se com grande intensidade.

Essa dicotomia está presente desde a criação desses entes – momento em que nasce a discussão sobre a natureza pública ou privada das fundações governamentais – e permanece durante toda a sua vida, com questões relacionadas ao plexo de normas (se públicas, privadas ou ambas) a que devem obedecer.

Percebem-se muitos entraves no que concerne às fundações governamentais, gerados especialmente por uma legislação pouco esclarecedora, que enseja diversas discussões doutrinárias e que reflete na jurisprudência.

O presente artigo propõe-se a abordar as inúmeras dificuldades que esse instituto ainda apresenta, mostrando a atualidade do tema e a necessidade de seu estudo. De fato, no caso das fundações, a dicotomia público/privada está presente sob dois enfoques: (i) fundações privadas *versus* fundações governamentais e, (ii) no âmbito específico das fundações governamentais, as fundações de direito público *versus* as fundações de direito privado. Este artigo tem por objetivo analisar ambas as dicotomias, mas sempre focando nas características concernentes às fundações governamentais. Dessa forma, ele não tem a pretensão de expor todas as características das fundações governamentais, mas, sim,

¹ Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo – FGV (2011). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP (2007). Advogada em São Paulo, com experiência em Direito Administrativo.

apresentar as principais questões que desafiam e continuam gerando indefinições quanto ao seu regime jurídico.

Para isso, o artigo foi dividido nos seguintes itens: apresentação inicial das dificuldades do tema, a partir do enfoque terminológico (Tópico 2); análise das dificuldades decorrentes das duas normas basilares que regulam as fundações governamentais (Constituição Federal de 1988 e Decreto-lei nº 200/67), narrando o processo de alterações dessas normas e as imprecisões que decorrem desse processo, bem como as disposições sobre fundações constantes do Código Civil (Tópico 3); discussões sobre as principais questões atuais concernentes às fundações governamentais, a partir da dicotomia público/privado (Tópico 4); análise de duas propostas legislativas relevantes concernentes às fundações governamentais – o PLP nº 92 (que tem por fim regular o art. 37, XIX, da Constituição Federal) e o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública (Tópico 5). Percorrido esse caminho, serão tecidas as principais conclusões quanto ao tema das fundações governamentais, especialmente sob o enfoque da dicotomia público/privado (Tópico 6).

2 Nota prévia: dificuldades terminológicas

As fundações governamentais surgem para trazer maior autonomia a determinados serviços prestados pelo Estado, tornando-os mais ágeis, flexíveis e especializados.

A análise das fundações governamentais deve ser contextualizada no âmbito das inúmeras transformações pelas quais vem passando o Estado – e, por conseguinte, o direito administrativo.² É nesse contexto que se insere o tema da organização administrativa – originalmente calcada numa estrutura hierarquizada, mas que pouco a pouco passou a se descentralizar em entidades com personalidade jurídica própria e, pois, com autonomia para contrair deveres e deter direitos, ainda que sujeitas a uma supervisão ou tutela pela entidade criadora.

Eis então que as fundações, instituto típico do direito privado, passam a ser utilizadas pelo Estado como instrumento de descentralização administrativa, visando a maior independência, flexibilidade e especialidade técnica na atuação estatal. Miguel Seabra Fagundes narra como o Poder Público, num momento em que o direito administrativo era ainda incipiente, utilizou-se do direito civil – e, mais especificamente, do instituto de fundações lá previsto – para a criação das autarquias e, posteriormente, das fundações governamentais. De acordo com o autor, as fundações do Código Civil foram a origem das autarquias, que originalmente se constituíam sob a forma de direito privado. A forma privada visava ao alcance da autonomia, ainda que, em contrapartida, certos privilégios

² Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fundações públicas de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 247, jan./abr. 2008, p. 32.

fossem perdidos – “[e]ra o preço, em sacrífico, das vantagens ganhas com a autonomia”.³ Posteriormente, o Poder Público utilizou-se novamente das fundações do Código Civil:

E fundações se têm constituído, a serviço do Estado ou por ele estimuladas (Fundação Getúlio Vargas, Fundação Brasil Central, Fundação da Casa Popular etc.), já não pela insuficiência dos princípios do Direito Administrativo para a personalização de serviços, mas sim para a utilização do sistema de patrimônios personalizados do Direito Civil, quase na pureza da sua forma originária, porque assim conveniente a certos tipos de atividade estatal.⁴

Desde o início de seu uso, contudo, há dificuldades relacionadas à terminologia a ser adotada para as fundações governamentais. Primeiramente, tem-se o próprio termo a ser utilizado para designá-las. São vários: **fundação (apenas), entidade fundacional, fundação instituída pelo poder público, fundação instituída e mantida pelo poder público, fundação governamental, fundação supervisionada, fundação pública e administração fundacional.**

No mais, a expressão *fundação pública* pode trazer confusão com a natureza jurídica da entidade, remetendo à personalidade jurídica de direito público – correspondência que, conforme será visto, não necessariamente ocorrerá.

A discussão terminológica, por mais formal que possa parecer, não é vã. O uso de termos diversos pode dar ensejo a questionamentos sobre se determinado ente é ou não equivalente a outro que possua denominação um pouco diferente, especialmente quando um mesmo diploma legislativo traz expressões diversas.

Essa discussão, aliás, de fato ocorre tanto com o Decreto-lei nº 200/67, como com a própria Constituição Federal de 1988. A evolução desses diplomas no tema das fundações governamentais será vista no tópico seguinte. No entanto, apenas para exemplificar, a própria Constituição Federal usa diferentes termos para denominar as fundações governamentais: (i) fundação (art. 37, XVII e XIX; art. 39, § 7º; art. 40; art. 163, II); (ii) fundação pública (redação original do art. 39; art. 19 ADCT); (iii) fundação instituída e mantida pelo poder público (art. 71, I e II; art. 157, I); e (iv) administração fundacional (art. 22, XXVII; art. 37, XI). Embora não haja maiores dúvidas de que todas essas expressões referem-se às fundações governamentais, a cada termo diferenciado discute-se sobre a natureza jurídica e as características do ente abrangido por aquela menção específica.

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Fundação Getúlio Vargas, v. 78, out./dez. 1964, p. 7. Sobre o “empréstimo” das fundações do Código Civil pelo Poder Público, também se pronuncia Adilson Abreu Dallari: “Cabe apenas registrar que Código Civil cuida precipuamente de relações jurídicas entre particulares e, assim, nada estipulou no tocante a fundações instituídas pelo Poder Público. Entretanto, num passado recente, quando a Administração Pública, procurando atuar com maior agilidade e maior eficácia, foi buscar no Direito Privado algumas formas organizacionais, tomou de empréstimo, também, a figura da fundação” (DALLARI, Adilson Abreu. *Fundações privadas instituídas pelo Poder Público*. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 96, out./dez. 1990, p. 53).

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Fundação Getúlio Vargas, v. 78, out./dez. 1964, p. 8.

Assim, o termo *fundação* abrangeria o mesmo rol de entidades que a expressão *fundação instituída e mantida pelo poder público*? E tendo em vista a utilização apenas do termo *fundação*, a expressão *fundação pública* significaria, em contraposição, apenas as fundações governamentais de direito público? A referência à “administração fundacional”, em separado à “administração indireta”, significa que as fundações governamentais estariam sujeitas a regras diversas das aplicáveis às demais entidades da administração indireta?

Vê-se, assim, que as discussões quanto às fundações governamentais nascem já na própria terminologia usada para designá-las. No presente artigo, será utilizada a expressão *fundações governamentais* para as fundações instituídas por ente público (independentemente da personalidade jurídica adotada para o ente), em contraposição às fundações privadas, instituídas por pessoas jurídicas privadas. A opção por “fundação governamental” justifica-se pela ausência de referência, no nome, quanto à personalidade jurídica do ente. Dessa forma, quando se pretender mencionar a personalidade jurídica, isso será feito em seguida à expressão adotada – *fundação governamental pública e fundação governamental privada*.

3 Breve histórico legislativo: as origens das imprecisões

O histórico legislativo das fundações governamentais é bastante impreciso. Tal imprecisão refere-se tanto ao uso de expressões diversas para designar as fundações governamentais, conforme abordado acima, como também ao processo de alterações legislativas por vezes contraditórias e pouco compreensíveis.

Conforme será visto neste tópico, as principais normas que regulam as fundações governamentais foram modificadas várias vezes, de forma pouco clara e precisa. Algumas definições foram revogadas e depois reincluídas; outras excepcionaram para em seguida equiparar; outras incluíram para em seguida excluir. Afora o uso de termos diferentes, que levanta a discussão sobre se se trata ou não do mesmo ente.

Esses fatores, combinados, geram diversas discussões sobre a natureza jurídica, as características e o regime jurídico aplicável às fundações governamentais.

Não se pretende, aqui, fazer uma análise da história legislativa das fundações governamentais, no sentido de identificar as normas passadas que regularam a matéria. O que se busca é tecer um histórico das modificações implementadas nos dois principais diplomas normativos que atualmente regem as fundações governamentais: o *Decreto-lei nº 200/67* (DL 200) e a *Constituição Federal de 1988* (CF/88). Ademais, serão também abordadas, de forma sintética, as dificuldades ensejadas por algumas normas do *Código Civil* (Lei nº 10.406/02). Entende-se que as imprecisões desses diplomas alimentaram e continuam alimentando as divergências sobre o tema.

Essas normas – e suas alterações – serão apresentadas em ordem cronológica, que se entende que é a forma mais clara para demonstrar a evolução – e as dificuldades – do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 O Decreto-lei nº 200/67 e suas alterações

O DL 200 estabeleceu regras para a organização administrativa federal, prevendo cinco princípios fundamentais a serem observados nessa estruturação: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle da Administração (art. 6º).

No que tange à organização administrativa, o DL 200 trouxe normas para a Administração Direta e Indireta, prevendo características dos entes que compõem a Administração. Especificamente em relação às fundações governamentais, destaquem-se ainda três diplomas que alteraram a redação do DL 200: o Decreto-lei nº 900/69 (DL 900), o Decreto-lei nº 2.299/86 (DL 2.299) e a Lei nº 7.596/87.

Na *redação original* do DL 200, as fundações governamentais não foram expressamente previstas como entes da Administração Indireta, que, por sua vez, era composta por autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 4º, II).

Em seguida, no entanto, o DL 200 determina a equiparação, para os fins da norma, das “fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades” às empresas públicas. Destaque-se o termo utilizado pelo diploma, que apresenta dois critérios para a identificação da fundação: (i) a instituição por lei e (ii) a participação do ente público com recursos públicos na fundação.

Veja-se ainda que o DL não faz qualquer referência à personalidade jurídica da fundação. Ainda assim, houve entendimento no sentido de que a equiparação às empresas públicas (entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado) tornava clara a personalidade privada dessas fundações.

A opção do DL 200 em não incluir as fundações governamentais como Administração Indireta, mas em seguida equipará-las às empresas públicas (entidades pertencentes à Administração Indireta), causa, não sem motivos, confusões e dificuldades de interpretação. Inicia-se aí a discussão: tendo em vista a equiparação, pertenceriam ou não as fundações governamentais à Administração Indireta? Em caso negativo, qual seria a diferença entre as fundações governamentais e as demais entidades da Administração Indireta? Interpretação que ganhou força seria a de que a retirada das fundações governamentais da Administração Indireta teria por objetivo viabilizar a criação de uma Administração paralela, não sujeita aos controles públicos.⁵

⁵ O jurista Adilson Abreu Dallari tece fortes críticas à *redação original* do DL 200: para ele, a exclusão da Administração Indireta tinha por objetivo afastar a submissão dessas fundações aos mecanismos de controle e permitir a acumulação de cargos. Seriam, então, “fundações governamentais de fato, que procuram passar por fundações privadas particulares” (DALLARI, Adilson Abreu. *Fundações privadas instituídas pelo Poder Público*. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 96, out./dez. 1990, p. 59). Essa suspeita da possibilidade de criação de uma “Administração paralela” também é narrada por: SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto; PINTO, Henrique Motta. *Regime Jurídico das Fundações Governamentais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Direito Administrativo: Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 274.

Dois anos depois da promulgação do DL 200, a redação dos dispositivos referentes às fundações governamentais foi alterada pelo DL 900. O elenco das entidades pertencentes à Administração Indireta não foi alterado, mas o DL 900, no art. 8º, revogou a equiparação das fundações governamentais às empresas públicas. Além de revogar a equiparação, o DL 900 previu ainda, expressamente, que as “fundações instituídas em virtude de lei federal” não pertencem à Administração Indireta (art. 3º). Parece então que o objetivo do DL 900 foi deixar claro que essas fundações instituídas pelo Poder Público não se incluíam dentro da Administração Indireta.

No entanto, após dizer expressamente que as fundações não se incluíam na Administração Indireta, o DL 900 determinou sua equiparação para fins de supervisão ministerial, caso recebessem transferências orçamentárias da União (art. 3º). Ou seja: o DL 900 revogou a equiparação às empresas públicas, expressamente previu que não se incluíam na Administração Indireta, mas, em seguida, submeteu as fundações governamentais que recebessem recursos orçamentários ao controle típico das entidades da Administração Indireta.

Quase dez anos após sua promulgação, o DL 200, no que tange às fundações governamentais, foi novamente alterado pelo DL 2.299. Assim como o DL 900, o DL 2.299 manteve o elenco de entidades da Administração Indireta – autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, determinou que as *fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União* integram a Administração Indireta para fins de controle e plano de cargo e empregos (art. 4º, § 2º). Assim como fez o DL 900, o DL 2.299 excluiu as fundações da Administração Indireta para, em seguida, equipará-las a essas entidades para determinados fins (no caso, supervisão e plano de carreiras).

Cumpram-se as características mencionadas pelo DL 2.299 para a incidência do disposto por ele: são fundações (i) instituídas em razão de lei federal ou (ii) com recursos de que participe a União. Presente qualquer uma dessas características, estar-se-á diante de fundação governamental tratada pelo DL 2.299. Assim, por exemplo, ainda que a fundação não tenha sido instituída por lei federal, mas dependa, para sua manutenção, dos recursos orçamentários, então se trataria de fundação regulada pelo Decreto-lei – disposição diversa da contida no art. 3º do DL 900, que impunha a supervisão ministerial para as fundações que, cumulativamente, fossem criadas por lei e com participação de recursos públicos. Por sua vez, reitera-se que não há, nessas características, qualquer referência à personalidade jurídica dessas fundações.

Mencione-se ainda que o DL 2.299 trouxe as seguintes modificações: (i) revogou o dispositivo do DL nº 900 que previa a submissão à supervisão ministerial das fundações que recebem repasses orçamentários (art. 3º); e (ii) excluiu da previsão de submissão das fundações governamentais às normas da Administração Indireta, especificamente para fins de plano de cargos e empregos, as “fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais” (art. 4º, § 3º).

O DL 200 foi alterado, por fim, pela Lei nº 7.596/87, que trouxe sua *redação atual* e promoveu modificações importantes.

Inicialmente, a lei incluiu entre as entidades da Administração Indireta as “fundações públicas”, que então, pela primeira vez, passaram expressamente a fazer parte desse rol, ao lado das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tal como ocorria com as demais entidades elencadas como Administração Indireta, a lei inclui também a definição de fundação pública, nos seguintes termos:

Art. 5º, 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*.

Nessa definição, as seguintes características de fundação pública podem ser destacadas: (i) escolha da expressão *fundação pública*, que até então não havia sido utilizada; (ii) *personalidade jurídica de direito privado*, sendo que pela primeira vez fez-se referência à personalidade jurídica das fundações reguladas pelo DL 200 desde sua redação original; (iii) *sem fins lucrativos*, característica que também passou a ser apontada pela primeira vez; ressalte-se, aliás, que o DL 200, em sua redação original, equiparava as fundações às empresas públicas, entidades com fins lucrativos; (iv) existência de *autorização legislativa* para sua criação; (v) os *fins da fundação* não devem demandar sua execução por órgãos ou entidades de direito público – característica que complementa a personalidade jurídica de direito privado determinada pela lei; (vi) a fundação deve ter autonomia administrativa e patrimônio próprio – o que lhe garante maior agilidade e flexibilidade na execução de suas atividades; e (vii) seu funcionamento pode ser *custeado com recursos da União ou outras fontes*. Com relação a essa última característica, ressalte-se que, tendo em vista a existência de patrimônio próprio e a previsão de recursos de “outras fontes”, deve-se indagar se o custeio das atividades das fundações por meio de repasses não seria uma faculdade, e não uma característica obrigatória para o enquadramento da fundação.

A Lei nº 7.596/87 inclui, ainda, o art. 5º, § 3º, que determinou a necessidade de inscrição das fundações públicas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas para aquisição de personalidade jurídica – tal como ocorre com qualquer outra entidade de personalidade jurídica privada.

Entretanto, esse dispositivo expressamente previu a *não aplicação das disposições do Código Civil* concernentes às fundações privadas. Ao mesmo tempo em que a lei determinou a personalidade jurídica privada das fundações públicas, ela especificou que o Código Civil não incidiria sobre elas. Assim, o DL 200 não previu um rol de regras próprias aplicáveis às fundações governamentais, como também determinou que as regras específicas do Código Civil não incidiriam sobre elas. Diante dessas disposições, as fundações governamentais passaram a ser regidas especialmente por suas leis criadoras – que deveriam então estabelecer as regras que lhe seriam especificamente aplicáveis –, além de outras normas incidentes sobre a Administração Pública.

A Lei nº 7.596/87 contém também dois dispositivos novos que, embora não tenham alterado o DL 200, trataram de fundações governamentais e, por isso, devem ser aqui brevemente mencionados.

O primeiro é o art. 2º da Lei, que enquadra como fundações públicas as “fundações que passaram a integrar a Administração Federal Indireta, por força do disposto no § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, na redação dada pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86”. Conforme visto, o DL 2.299 trouxe regras aplicáveis às fundações instituídas por lei ou mantidas com recursos públicos. Presume-se que o objetivo da lei estava especialmente voltado para essas últimas entidades – ou seja, fundações que, independentemente de terem sido, ou não, instituídas por lei, eram mantidas com recursos públicos.

O segundo dispositivo é o art. 3º da lei, que trata das instituições de ensino superior estruturadas sob a forma de autarquia ou fundação pública. O artigo especifica normas para os cargos e empregos dessas entidades.⁶

A Tabela 1 – Evolução do DL 200 em relação às fundações governamentais compila esse percurso de modificações do DL 200, no que tange às fundações governamentais.

Tabela 1 – Evolução do DL 200 em relação às fundações governamentais.

DL 200/67 – redação original	DL 200/67 – redação dada pelo DL 900/69	DL 200/67 – redação dada pelo DL 2.299/86	DL 200/67 – redação dada pela Lei nº 7.596/87
Art. 4º, II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista.	Igual	Igual	Art. 4º, II – [...] d) fundações públicas.

⁶ Art. 3º As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia ou de fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente e para os servidores técnicos e administrativos, aprovado, em regulamento, pelo Poder Executivo, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor.

DL 200/67 – redação original	DL 200/67 – redação dada pelo DL 900/69	DL 200/67 – redação dada pelo DL 2.299/86	DL 200/67 – redação dada pela Lei nº 7.596/87
Art. 4º, § 2º Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União , quaisquer que sejam suas finalidades.	Revogado ⁷ (art. 8º)	Art. 4º, § 2º As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram também a Administração Federal indireta, para os efeitos de: a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira; b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. ⁸	Revogado
Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I – Autarquia [...] II – Empresa Pública [...] III – Sociedade de Economia Mista [...]	Igual	Igual	Art. 5º [...] IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado [...] e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.
–	–	–	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.

⁷ O DL nº 900 previu ainda o seguinte: “Art. 3º Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”. Essa disposição foi revogada pela Decreto-lei nº 2.299/86.

⁸ O art. 4º passou a prever, ainda, o § 3º, com a seguinte redação: “§ 3º Excetuam-se do disposto na alínea b do parágrafo anterior as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.”

3.2 A Constituição Federal de 1988 e a EC nº 19/98

Conforme apontado no tópico anterior, a CF/88 utilizou termos diferentes para se referir às fundações governamentais – discutindo-se se, a cada termo diverso adotado, estar-se-ia referindo-se a fundações governamentais com características diferentes.

De todo modo, cumpre aqui destacar que, no que tange às fundações governamentais, devem ser destacados dois momentos principais: a redação original da CF/88 e a Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998 (EC 19/98). No cotejo entre as redações desses dois momentos, há cinco dispositivos que se referem às fundações governamentais e que devem ser destacados: art. 22, XXVII; art. 37, *caput*; art. 37, XVII; art. 37, XIX; e art. 39, *caput*. Ressalte-se, contudo, que a CF/88 ainda menciona as fundações governamentais em diversos outros dispositivos que tratam especialmente de cargos, empregos, controle e orçamento.⁹

(i) O art. 22, XXVII, trata da competência legislativa privativa da União para instituir normas gerais sobre licitações e contratações públicas. Em sua redação original, o dispositivo determinava a aplicação dessas normas gerais à administração indireta, “incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Por um lado, não havia menção à personalidade jurídica dessas fundações. Por outro, o dispositivo mencionava duas características concomitantes desses entes: instituição e manutenção pelo Poder Público.

Na redação trazida pela EC nº 19/98, a norma passou a prever tratamento diferenciado para dois grupos diversos. De acordo com o dispositivo, a União deveria estabelecer normas gerais para (i) a administração direta, autárquica e fundacional, observado o art. 37, XXI, da CF/88, e para (ii) as empresas públicas e sociedades de economia mista, observado o art. 173, § 1º, III, da CF/88. Assim, devem ser estabelecidas normas gerais para licitações e contratações públicas, observadas, contudo, as peculiaridades de cada um desses “grupos”.

Na nova redação, há três pontos interessantes de serem observados. Primeiro, a escolha da expressão *administração fundacional*: ela fora utilizada na redação original do *caput* do art. 37 e, posteriormente, excluída pela EC nº 19/98; no entanto, a EC nº 19/98 utilizou essa mesma expressão no art. 22, XXVII. Segundo, a aproximação da administração fundacional com a administração direta e autarquias – em contraposição com as empresas estatais. Terceiro, observe-se que o dispositivo não fala em natureza jurídica da administração fundacional. Ainda assim, há quem diga que justamente essa aproximação com a administração direta e autarquias implicaria na personalidade jurídica pública da administração fundacional.

(ii) O *caput* do art. 37 delimita o âmbito de incidência das regras e dos princípios trazidos pelo próprio *caput* e pelos incisos do referido artigo. Em sua redação original, fazia-

⁹ Os dispositivos que fazem referência às fundações governamentais são os seguintes: art. 40; art. 71; art. 150, § 2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 163, II; art. 165, § 5º, I e III; art. 167, VIII; art. 169, § 1º; art. 202, §§ 3º e 4º. Também o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) refere-se às fundações governamentais, nos seguintes artigos: art. 8º, § 5º; art. 18; art. 19; art. 35, § 1º, V; art. 61; art. 64; art. 72, I.

-se referência à administração direta, à administração indireta e à administração fundacional. Essa apartação entre administração indireta e fundacional ensejava dúvida sobre se as fundações governamentais teriam um regime jurídico diverso das demais entidades da administração indireta. Essa questão – por que teria a norma constitucional tratado esses entes de forma apartada – gerou, de fato, muita discussão sobre o regime jurídico das fundações governamentais.

Talvez em razão das divergências geradas pela redação original, a EC nº 19/98 extinguiu essa apartação, referindo-se apenas à administração pública direta e administração indireta. Por consequência, no *caput* do art. 37 não há mais qualquer referência às fundações governamentais. Interessante notar que, conforme mencionado acima, enquanto a EC nº 19/98 excluiu a expressão *administração fundacional* do *caput* do art. 37, ela incluiu justamente essa expressão no art. 22, XXVII.

(iii) O art. 37, XVII, estende a vedação de acumulação de cargos e empregos contida no inciso anterior (inciso XVI)¹⁰ também para as entidades descentralizadas da Administração. No texto original, o dispositivo mencionava as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público. Ressalte-se que, quanto às fundações governamentais, a característica central para o dispositivo era a manutenção pelo Poder Público – não se referindo a sua instituição. Aqui, discussão cabível era a de que, sendo o mote do artigo constitucional a manutenção pelo Poder Público, se tal vedação aplica-se às fundações governamentais autônomas, que não dependiam de repasses públicos para sua manutenção.

Com a EC nº 19/98, a expressão *fundações mantidas pelo Poder Público* foi substituída pelo termo *fundações* – talvez para eliminar qualquer dúvida de que a vedação seria aplicável a qualquer fundação governamental, independentemente de ter personalidade jurídica pública ou privada ou de receber ou não repasses públicos.

(iv) Nesse sentido também caminhou a alteração promovida no art. 37, XIX, que trata da necessidade de lei para a instituição de entidades descentralizadas. Originalmente, a norma previa a obrigatoriedade de criação, por lei, de “empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”. Com base nessa redação, retomou-se a discussão sobre se o “público” possuía alguma relação com a personalidade jurídica de direito público. De fato, o dispositivo pode ser interpretado de três formas distintas: (i) o “público” refere-se à personalidade jurídica, sendo que a CF/88 apenas teria autorizado a criação, pelo Poder Público, de fundações governamentais de direito público; (ii) o “público” refere-se à personalidade jurídica, sendo que a CF/88 teria exigido a criação por lei somente para as fundações governamentais de direito público (e não para as de direito privado); (iii) o “público” não se refere à personalidade jurídica mas, tão somente,

¹⁰ Eis a redação atualmente vigente do inciso: “Art. 37, XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”

à sua criação por ente público (em contraposição à fundação privada), tal como ocorre com a empresa pública.

Nesse intenso embate, a EC nº 19/98 suprimiu o termo *público*, prevendo então a exigência de autorização legislativa para a criação de fundações. Ocorre que tal alteração não apagou as discussões existentes. Alguns aplicadores do Direito passaram a interpretar a exclusão da palavra *públicas* como uma vedação constitucional de instituição de fundações governamentais de direito público e, por conseguinte, a limitação da aplicação dos dispositivos constitucionais apenas às fundações governamentais de direito privado.¹¹ Em sentido diametralmente oposto, outros passaram a ler a nova redação como uma autorização para que o Estado constituísse suas fundações também sob a forma do direito privado – o que antes, com a adjetivação do “público”, estaria vedado.

(v) Por fim, mencione-se o *caput* do art. 39, que trata do regime único de carreiras para “os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. As discussões acima mencionadas quanto ao art. 37, XIX, também foram feitas aqui, diante da expressão escolhida pelo constituinte originário.

A EC nº 19/98 alterou a redação, excluindo as referências específicas aos entes e ao regime jurídico único.¹² Nesse ponto, ingressou-se com a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a EC nº 19/98, sob o argumento de vício formal, que foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar.¹³ Dessa forma, suspendeu-se a eficácia da redação conferida ao art. 39 pela EC nº 19/98, retornando-se a sua redação original.

A comparação entre o texto original e o texto alterado dos dispositivos constitucionais acima comentados encontra-se compilada na Tabela 2 – CF/88: redação original e redação pós EC nº 19/98.

¹¹ Nesse sentido, por exemplo, é o entendimento de Sergio de Andréa Ferreira: “Diante da eliminação do qualitativo ‘públicas’, para fundações, em alguns dispositivos constitucionais; e da manutenção da designação ‘administração fundacional’, em outros, pode concluir-se que esses preceitos, na nova versão constitucional, hão de ser interpretados como abrangentes, exclusivamente, das de direito privado, na linha, em face do exposto, da interpretação que a adjetivação conturbava, e que sua exclusão confirma” (FERREIRA, Sergio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo Modesto (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 82).

¹² A redação do *caput* do art. 39, com a redação conferida pela EC nº 19/98: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

¹³ ADI 2135 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Néri da Silveira, j. 2-8-2007.

Tabela 2 – CF/88: redação original e redação pós EC nº 19/98.

CF/88 – redação original	CF/88 pós EC nº 19/98
Art. 22, XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;	Art. 22, XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:	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:
Art. 37, XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público;	Art. 37, XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;
Art. 37, XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;	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;
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.	Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. ¹⁴

Fonte: Elaboração própria.¹⁴

3.3 O Código Civil

O estudo do novo Código Civil, no que tange às fundações governamentais, deve ser feito sob dois enfoques: saber (i) se ele limita a escolha da natureza jurídica desses entes e (ii) se suas disposições se aplicam às fundações governamentais de direito privado.

Quanto à análise sobre a natureza jurídica das fundações governamentais, por um lado o Código, em seu art. 41, não arrola expressamente as fundações dentre as pessoas jurídicas de direito público – elenco no qual se faz menção direta às autarquias. Ainda assim, o

¹⁴ Redação declarada inconstitucional em sede de medida cautelar pela ADI 2.135-MC.

Código Civil refere-se às “demais entidades de caráter público criadas por lei” (inciso V).¹⁵ Por outro, o art. 44, III, cita as fundações dentre as pessoas jurídicas de direito privado.

Diante dessas disposições, é possível indagar se o Código teria vetado a criação de fundações governamentais de direito público. Entende-se, contudo, que tal inferência não é possível, vez que o art. 41, V, faz menção às “demais entidades de caráter público criadas por lei”. É justamente esse o caso de lei que cria ou autoriza a criação da fundação governamental e determina sua natureza jurídica de direito público.

Quanto ao estudo sobre se as disposições do Código Civil se aplicam ou não às fundações governamentais privadas, a principal dificuldade está na precisa compreensão do parágrafo único, art. 41, do Código que estabelece o seguinte:

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.

Conforme se verifica a partir do texto citado, é difícil compreender, ao certo, o que significaria o trecho que diz “a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Especificamente em relação às fundações governamentais de direito privado, estariam elas abrangidas pelo dispositivo citado? Teriam elas “estrutura de direito privado”? Caso a resposta seja positiva, isso ensejaria a incidência das regras do Código Civil para essas fundações – o que contrariaria o previsto na atual redação do DL 200, que determina que não se aplicam as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações (conforme art. 5º, § 3º, DL 200). É importante frisar, contudo, a parte inicial do dispositivo citado – “salvo disposição em contrário” –, considerando esse trecho concomitantemente com a previsão contida no art. 5º, § 3º, DL 200.

4 Principais questões

Conforme visto, o caminho percorrido pelo ordenamento jurídico, no que tange às fundações governamentais, foi bastante tortuoso e continua gerando controvérsias. As imprecisões, as modificações, as inclusões e exclusões de termos, a escolha de um termo em detrimento doutro – o fato é que cada um desses movimentos legislativos é interpretado pela jurisprudência, doutrina e demais aplicadores do direito de formas diferentes, chegando-se a conclusões bastante distintas.

Nesse contexto, não são poucas as dificuldades que o tema das fundações governamentais enseja. No presente tópico, serão abordadas algumas dessas questões – sem qualquer pretensão, contudo, de tecer conclusões definitivas sobre o tema, mas sim com o objetivo de expor as dificuldades que devem ser enfrentadas por aqueles que se deparam com as fundações governamentais.

¹⁵ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

4.1 O público/privado na natureza jurídica

O primeiro ponto de dificuldade diz respeito à *natureza jurídica das fundações governamentais* – se de *direito público* ou *direito privado*.

Essa discussão, contudo, deve ser tecida diante de três ressalvas, que dizem respeito à evolução normativa das fundações. A primeira é a expressa previsão, atualmente vigente, do DL 200, que define as fundações governamentais como “pessoas de direito privado” – embora, até a alteração da Lei nº 7.596/87, não houvesse qualquer referência à natureza jurídica das fundações. Segunda, ainda a previsão do DL 200 de que as fundações governamentais têm por finalidade o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. Por fim, também é importante contextualizar a discussão diante das alterações promovidas na Constituição Federal pela EC nº 19/98, que caminham no sentido de excluir o termo *público* nas referências às fundações.

Há, em suma, três correntes quanto à natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. A primeira defende que as fundações governamentais têm, necessariamente, *natureza privada*. Para Hely Lopes Meirelles, a fundação governamental deveria ser sempre aquela prevista no Código Civil – e, portanto, de natureza privada.¹⁶

Noutra ponta, há a corrente que entende que a natureza das fundações governamentais há de ser *necessariamente pública*, tendo em vista as atribuições públicas que lhe são outorgadas.¹⁷

A terceira corrente entende que *ambas as personalidades jurídicas* podem ser adotadas pelas fundações governamentais. Cabe ao legislador, quando autoriza a criação da fundação, definir qual *regime jurídico mais se adequa aos fins* a serem buscados pela fundação, sendo que tal *previsão legislativa, por ser mais específica*, prevalece sobre a disposição do DL nº 200.¹⁸ Conforme afirma Maria Sylvia Di Pietro:

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 316-317. Ressalte-se, no entanto, que o jurista entende que, com a CF/88 (antes mesmo da EC nº 19/98), apenas passou-se a admitir a criação de fundação governamental pública, o que é criticado pelo autor. Já Sergio de André Ferreira entende que, tendo em vista a redação do DL 200, as fundações governamentais deverão, sempre, constituir-se sob a forma de direito privado (As fundações estatais e as fundações com participação estatal. MODESTO, Paulo Modesto (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 74).

¹⁷ Esse é o atual entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 184-187).

¹⁸ Esse é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 491); Odete Medauar (*O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 78); Carlos Ari Sunfeld, Rodrigo Pinto Campos e Henrique Motta Pinto (Regime Jurídico das Fundações Governamentais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Direito Administrativo: Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272); e Adilson Abreu Dallari (Fundações privadas instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito Público*, Revista dos Tribunais, nº 96, out./dez. 1990, p. 54). Era esse, também, o entendimento anterior de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 147).

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 derogações por normas de direito público. Em um ou 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.¹⁹

Nessa terceira corrente – isto é, no entendimento de que é possível a escolha entre uma ou outra personalidade jurídica –, outra discussão possível é *se haveria liberdade absoluta para escolha do regime jurídico*. Há parâmetros para a escolha entre regime público ou regime privado? A depender do tipo de atividade exercida, a fundação deve ser de direito público?

Exemplo dessas indagações dá-se quando a finalidade das fundações vincula-se com atividades que exigem o manejo do poder extroverso do Estado. Veja-se que, de acordo com o DL nº 200, a fundação governamental é a pessoa jurídica de direito privado que executa atividades que não necessitam da forma de direito público. Assim, nos casos em que tal forma faz-se imprescindível – como no caso de fundações que prestam atividades relacionadas ao poder de polícia –, ainda assim teria o legislador liberdade de escolha?

Diante dessas perguntas, em geral entende-se que há liberdade para o legislador escolher o regime – desde que, é claro, essa escolha esteja fundamentada na atividade a ser exercida pela fundação –, exceto nas situações em que a fundação exercerá poder de polícia ou manejará algum poder estatal extroverso, quando a forma de direito privado não seria possível.²⁰

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora reconheça a possibilidade de ambos os regimes jurídicos, determina que serão fundações *governamentais públicas todas aquelas* que (i) sejam instituídas por lei, (ii) mantidas com recursos públicos e que (iii) prestem serviços “essencialmente públicos” ou estatais.²¹ Veja-se que esta última característica – prestação de serviços públicos – é *muito mais ampla de que a característica do exercício de função pública*, mormente arrolada pela doutrina como único requisito que impõe o uso da forma de direito público. Assim, *o entendimento da jurisprudência tende a alargar a caracterização de fundações governamentais públicas, diminuindo o campo de atuação das fundações governamentais privadas*.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 491.

²⁰ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 499; e SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto; PINTO, Henrique Motta. Regime Jurídico das Fundações Governamentais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Direito Administrativo: Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 279.

²¹ Exemplificativamente: STF – RE 101126/RJ – Plenário – j. 24-10-1984; STF – ADI 191 – Plenário – j. 29-11-2007; STF – RE 127489 – Plenário – j. 25-11-1997; STJ – Resp 480632 – 2ª T. – j. 21-8-2003; STJ – Resp 207767 – 2ª T. – j. 20-11-2008; STJ – AGREsp 337475 – 5ª T. – j. 21-3-2002; STJ – REsp 92406 – 2ª T. – j. 1ª-6-1999; STJ – Resp 148521 – 2ª T. – j. 16-6-1998.

É interessante notar que no passado, quando o uso das fundações pelo Estado era ainda iniciante, a discussão então travada era se o Estado poderia criar *fundações públicas* – talvez tendo em vista que a origem desses entes estava no Código Civil. Tanto é assim que Celso Antônio Bandeira de Mello, quando, na década de 80, escreveu sua obra sobre a Administração Indireta, dedicou o primeiro item do tópico sobre as fundações governamentais para defender ser possível o uso da forma pública quando o Estado cria suas fundações.²² Atualmente, contudo, a discussão parece ter se invertido e estar mais centrada na possibilidade da existência de fundações governamentais privadas, regidas por um regime jurídico privado, ainda que mitigado por algumas normas de direito público. Por detrás dessa discussão está, quiçá, o receio de que a forma de direito privado permita a criação de uma “Administração paralela”, não submetida a controles públicos no exercício de suas atividades.

Outro ponto interessante relacionado à discussão sobre a natureza jurídica das fundações governamentais diz respeito à sua *equiparação com as autarquias, no caso* da adoção da forma de direito público: haveria diferença entre o regime jurídico das fundações governamentais de direito público e das autarquias? Em ambos os casos, trata-se de pessoas jurídicas pertencentes à Administração Pública (Administração Indireta), isto é, tanto as fundações governamentais de direito público como as autarquias são criadas pelo Poder Público, mas, embora adquiram personalidade jurídica própria, permanecem como entes da Administração. Os motivos e fins que embasam a criação desses entes são também semelhantes: busca de maior autonomia, flexibilidade e especialidade. E, característica mais importante: ambas possuem natureza jurídica de direito público.

Nesse contexto, alguns entendem que as fundações governamentais de direito público e as autarquias possuem o mesmo regime jurídico.²³ Outros, por sua vez, entendem que, uma vez que se trata de entes diferentes, seu regime jurídico não poderia ser idên-

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 157 ss.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ob. cit., p. 490 ss; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 317; FERREIRA, Sergio de Andréa. *As fundações estatais e as fundações com participação estatal*. In: MODESTO, Paulo Modesto (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 82; SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto; PINTO, Henrique Motta. *Regime Jurídico das Fundações Governamentais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Direito Administrativo: Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 273. Também foi essa a opção adotada pelo Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração, conforme será visto no item 5.2. Cite-se, por fim, trecho da ementa de acórdão do STJ, que também considera fundações governamentais públicas e autarquias como entes equivalentes: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNDAÇÃO PÚBLICA E LEGIÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. PROCURADORES DA LBA. APLICAÇÃO A ESTES DO DISPOSTO NO DECRETO-LEI 2.333/87 E DECRETO-LEI Nº 2.365/87, ALTERADO PELO DECRETO-LEI Nº 2.366/87. 1. As fundações públicas por possuírem capacidade exclusivamente administrativa, são autarquias, aplicando-se a elas todo o regime jurídico das autarquias. Doutrina e precedentes. 2. A natureza jurídica da Legião Brasileira de Assistência é de fundação pública que, em razão da definição antes apontada, classifica-se como espécie do gênero autarquia. Precedentes. [...]” (STJ – REsp 204822 – 6ª T. – j. 26-6-2007).

tico – do contrário, não teria a Constituição Federal se referido, separadamente, tanto às autarquias, quanto às fundações.²⁴

Destarte, a discussão sobre a natureza jurídica possível das fundações governamentais ainda não se assentou. Embora não seja dito expressamente, parece que o principal motivo da discussão seria a consequência da definição da personalidade, qual seja, o regime jurídico aplicável. O principal receio da aplicação do direito privado seria então a fuga integral do direito público – o que, conforme será visto no item 4.3, não ocorre.

4.2 O público/privado na caracterização das fundações governamentais: o caso das fundações de apoio

Questão bastante relevante – e que é pouco enfrentada pela doutrina – diz respeito aos critérios para identificar se uma fundação deve ser caracterizada como governamental ou como fundação privada. Essa discussão é em geral apenas travada, indiretamente, nas discussões referentes às fundações de apoio.

A dúvida se coloca pelo fato de que pode haver – como de fato há – fundações que, embora não tenham sido formalmente instituídas pelo Poder Público, (i) são mantidas com repasses de recursos públicos ou mesmo com contratações de prestação de serviços para o Poder Público, (ii) exercem atividades de relevante interesse público ou ainda (iii) possuem servidores públicos como instituidores ou dirigentes. Questiona-se, então, se essas entidades seriam fundações governamentais de direito privado – pertencentes, pois, à Administração Indireta e sujeitas, ainda que com mitigações, a um regime de direito público – ou se seriam fundações privadas, sujeitas a um regime exclusivamente privado – ainda que sobre os recursos públicos por elas geridos incidam mecanismos de controle estatal.

Doutro bordo, várias normas constitucionais, especialmente as referentes a controle e contabilidade, mencionam as fundações criadas e mantidas pelo Poder Público – surgindo daí a dúvida sobre se o critério de instituição seria ou não suficiente para a caracterização da fundação governamental. Exemplificativamente, quando a CF/88 regula o controle externo da Administração pelo Tribunal de Contas, ela refere-se às “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 71, II e III). Também quando menciona a extensão da imunidade tributária recíproca, fala em “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 150, § 2º). Nesses casos, a dúvida é se tais regras seriam aplicáveis apenas às fundações governamentais que satisfaçam um critério adicional além do requisito de instituição estatal: serem elas mantidas pelo Poder Público. De fato, esse questionamento surge especialmente pelo uso de termos diferenciados pela CF/88 que, conforme já apontado, gera dúvidas sobre a exata abrangência de um ou outro termo.

²⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Fundações públicas de direito privado*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 247, jan./abr. 2008, p. 35.

Diante disso, deve-se definir *quais critérios podem ser utilizados para estabelecer a fronteira entre o público e o privado*, isto é, para identificar quando se está diante de uma fundação governamental privada ou uma fundação privada (ainda que utilizadora de recursos públicos). Tanto (i) a instituição pelo Poder Público, (ii) a eleição dos dirigentes pelo Poder Público, (iii) o exercício de atividade pública ou (iv) a manutenção por meio de repasse de recursos são critérios indicados pela CF/88 ou mesmo pela jurisprudência para delimitar tal fronteira.

Exemplificativamente, Mário Engler Pinto Júnior entende que uma fundação apenas pode ser considerada como governamental se: (i) instituída pelo Poder Público, característica que “não se esgota no ato de criação da entidade, mas pressupõe que o poder público instituidor preserve a capacidade de influir decisivamente na condução das atividades fundacionais”;²⁵ e (ii) mantida pelo Poder Público, por meio de repasses governamentais, por meio de subvenção econômica. Se o ente perder uma dessas características, deixará de pertencer à Administração.

Já a jurisprudência citada no item anterior identifica a existência de fundação governamental (nos casos, fundação governamental de direito público) a partir de três critérios (instituição por lei, manutenção com recursos públicos e execução de serviços estatais). Um pouco nesse sentido também é o entendimento de Adilson Abreu Dallari, que estabelece passos para a identificação de uma fundação governamental: quem instituiu, quem efetivamente controla a fundação e se ela depende de recursos públicos para seu funcionamento.²⁶

Veja-se que é justamente essa discussão que é travada – ainda que de forma indireta – acerca das *fundações de apoio*. Esses entes são fundações privadas, instituídas por pessoas privadas e com recursos privados. No entanto, elas dependem, muitas vezes, de contratos de prestação de serviços celebrados com entes públicos. Assim, a existência dessas fundações é viabilizada por repasses de recursos públicos, ainda que decorrentes da prestação de serviços (isto é, não é simples subvenção, mas sim contraprestação por serviços prestados). Por vezes, o auxílio a outras entidades públicas é um dos principais fins da fundação. Ademais, elas se utilizam de bens e servidores – aliás, muitas vezes quem institui a fundação são servidores públicos, sendo que a fundação é criada para auxiliar o ente em que trabalham.

Criticando esses entes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que as fundações de apoio podem ser utilizadas para driblar as regras quanto à percepção de remuneração pelos servidores públicos, bem como normas de licitação e contratação. Para a jurista, a relação de dependência das fundações de apoio em relação ao ente público é tanta que “[é] difí-

²⁵ PINTO JÚNIOR, Mário Engler. A estrutura da administração pública indireta e o relacionamento do Estado com a companhia controlada. *Revista de Direito Público da Econômica – RDPE*, Belo Horizonte, nº 28, out./dez. 2009, p. 46.

²⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 96, out./dez. 1990, p. 59.

cil saber onde termina uma e começa outra”.²⁷ A autora questiona, ainda, a possibilidade de extinção desses entes, vez que sua manutenção não é possível com recursos próprios.

Abordando a natureza jurídica das fundações de apoio, Sergio de Andréa Ferreira compara-as a quaisquer outros entes que colaboram e prestam serviços ao Poder Público, tais como as concessionárias de serviços públicos. De acordo com o jurista, “o colaborador da administração pública não tem sua natureza atingida, modificada, por assumir essa posição jurídica; assim, um particular concessionário ou permissionário de serviço público mantém sua qualidade jurídica, seu *status* de particular, não obstante ocupar aquela posição”.²⁸

De fato, parece não haver fundamento para querer converter a natureza jurídica dessas fundações privadas em fundações governamentais. No entanto, deve-se assegurar que essas fundações (i) satisfaçam os requisitos estabelecidos pelo Código Civil para sua criação e permanência, notadamente a existência de *patrimônio suficiente* para garantir seu funcionamento; (ii) estejam submetidas aos *controles* devidos quando utilizam recursos públicos (repasse orçamentários ou mesmo bens e servidores públicos); (iii) não usufruam de quaisquer *privilégios* que não possam ser igualmente percebidos por outras fundações ou entidades privadas que possuam as mesmas características quanto aos fins e à capacitação. A partir da observância dessas regras basilares, são resguardados tanto a eficiência gerada pelo uso desses entes, como a isonomia e o bom uso dos recursos públicos – evitando-se, de outra ponta, que as fundações de apoio sejam utilizadas apenas para fugir dos mecanismos de controle trazidos pelo direito público.

4.3 O público/privado no regime jurídico das fundações governamentais: o “regime jurídico administrativo mínimo” e o “regime jurídico privado mínimo”

Conforme abordado, as fundações governamentais foram criadas como estruturas que permitissem maior autonomia e flexibilização de atuação. Trata-se de um histórico bastante semelhante ao das autarquias, que igualmente surgem com o objetivo de conferir maior flexibilidade e especialização por meio da criação de uma pessoa jurídica autônoma. No caso das autarquias, no entanto, verificou-se, com o tempo, que o regime jurídico incidente sobre elas em muito não se diferenciava daquele aplicável para toda a Administração Pública – o que se justificava especialmente pelo fato de as autarquias serem pessoas jurídicas de direito público.

Foi talvez para satisfazer a objetivos que não puderam ser alcançados com as autarquias que se passou a apostar nas fundações governamentais – especialmente naquelas

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 281.

²⁸ FERREIRA, Sergio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo Modesto (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 110.

constituídas sob a forma privada. Visava-se, com isso, finalmente alcançar a tão almejada flexibilidade e desburocratização da gestão pública.

No entanto, o receio da “fuga” desmensurada do regime público e da criação de uma “Administração paralela” – que, temia-se, não estaria vinculada aos princípios da Administração Pública e não seria submetida a controles que visassem a assegurar os interesses públicos – ensejou reações ao regime de maior flexibilidade para as fundações governamentais privadas. Disso decorreu um fenômeno da “autarquização” das fundações governamentais – processo bastante semelhante, aliás, ao que vem ocorrendo com as empresas estatais.²⁹

Nesse contexto, indaga-se qual o âmbito de liberdade que a lei de instituição da fundação governamental tem para regular o regime jurídico a ser aplicado a ela. Essa questão deve ser analisada sob dois enfoques. De um lado, se haveria um regime jurídico administrativo mínimo a ser observado pelo simples fato de a fundação governamental (ainda que privada) pertencer à Administração Indireta. Doutro, a necessidade de preservar um regime jurídico privado mínimo para as fundações governamentais privadas.

Quanto ao primeiro ponto, entende-se que as fundações governamentais, independentemente da personalidade que adotem, estariam submetidas a um regime jurídico administrativo mínimo pelo fato de pertencerem ao Estado. Dessa forma, o *pertencimento ao Estado* é característica relevante e que traz a incidência de regras diferenciadas, aplicáveis a qualquer ente governamental, independentemente de sua personalidade jurídica.³⁰

No caso das fundações governamentais, será então esse o regime público que necessariamente incidirá sobre elas – independentemente de possuírem personalidade jurídica pública ou privada. Mais especificamente, ainda que sejam fundações governamentais de direito privado, sobre elas incidirão feixes de direito público, que derogarão (parcialmente) as normas de direito privado. Assim, elas não se identificam integralmente com as fundações privadas, uma vez que as fundações governamentais não apenas pertencem ao Estado, como também são instrumentos de ação governamental.

²⁹ Para uma análise crítica do processo de “autarquização” das empresas estatais em decorrência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ver: PINTO, Henrique Motta. A autarquização das empresas estatais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um obstáculo para as reformas na administração pública. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 15, nº 57, 2010. Disponível em: <<http://www.eaesf.fgvsp.br/subportais/ceapg/Acervo%20Virtual/Cadernos/Cadernos/Cadernos%2057%20numerado.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

³⁰ É esse o entendimento de Carlos Ari Sunfeld, Rodrigo Pinto Campos e Henrique Motta Pinto: “A verdade, porém, é que, no Direito brasileiro contemporâneo, os controles realmente essenciais estão ligados, não à personalidade jurídica 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). 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*” (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto; PINTO, Henrique Motta. *Regime Jurídico das Fundações Governamentais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Direito Administrativo: Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272).

Dessa forma, incidem sobre fundações governamentais, em qualquer de suas espécies, as normas que se aplicam à Administração Pública (como um todo) e à Administração Indireta (especificamente), tais como regras referentes à licitação, contratação de pessoal, regime de previdência, tributário, contabilidade, privilégios processuais, submissão a controles (tutela administrativa ou supervisão ministerial, Tribunal de Contas e Ministério Público).

Nesse sentido, a lei criadora de uma fundação governamental privada não pode prever que a fundação não precisa licitar – uma vez que se trata de obrigação constitucional que incide sobre toda a Administração. Mas a obrigação de licitar pode ser modulada caso a caso pela lei instituidora da fundação, conforme as características e peculiaridades de seus fins.

O segundo ponto é referente especificamente às fundações governamentais privadas. Trata-se de determinar, no caso de escolha da natureza privada, quais são os *limites das derivações do direito privado pelo direito público*. A preocupação, aqui, é a de não tornar inócua a própria natureza privada, escolhida pelo instituidor como o regime jurídico mais apto a alcançar os objetivos da fundação.

Conforme visto, ainda que submetidas ao regime privado, parece haver certa tendência em afirmar que as fundações governamentais privadas devem observar todas as regras aplicáveis aos demais entes da Administração Indireta – sendo que, nesse regime público mínimo, em nada se diferenciam das fundações governamentais de direito público. Parece ser então consenso que as fundações governamentais privadas não se submetem inteiramente ou exclusivamente ao direito privado.

No entanto, as regras aplicáveis indistintamente a qualquer ente da Administração Pública são abundantes, uma vez que a CF/88 destinou regras detalhadas e pormenorizadas a serem observadas pela Administração Pública.³¹ Como garantir, então, o regime privado – ou melhor, os fins visados pela escolha desse regime?

Uma vez que a maioria das regras constitucionais atinge a todos os entes públicos, a solução encontrada por Alexandre Santos de Aragão para a gestão mais eficiente e flexível seria combinar personalidade de direito privado, autonomia financeira efetiva e contrato de gestão.³² A distinção entre fundação dependente e não dependente, bem como a celebração de contrato de gestão, foi, aliás, a solução adotada no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração para conferir maior liberdade à atuação das fundações governamentais, conforme será abordado no capítulo seguinte.

A construção dos limites de incidência de um e de outro regime é um dos maiores desafios no que toca às fundações governamentais. Trata-se de investigar e construir onde se encontra a fronteira entre o público e o privado – tanto na aplicação do direito público

³¹ As normas públicas que incidem sobre as fundações são de tal modo relevantes que Odete Medauar chega a afirmar que todas as fundações governamentais se submetem a um regime *precipualemente* público: “Desse modo, sua atuação é regida precipualemente pelo direito público, devendo observar os princípios arrolados no *caput* do art. 37 da CF e os preceitos contidos nos incisos desse artigo” (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81-82).

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Fundações públicas de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 247, jan./abr. 2008, p. 37.

nas fundações governamentais de direito privado, como na aplicação do direito privado em relação às fundações governamentais de direito público.

Esse desafio está essencialmente pautado pela preocupação, extremamente relevante, de evitar desvios no uso de recursos públicos. No entanto, é essencial que esse desafio seja enfrentado a partir de duas premissas. Primeira, a premissa de que essa fronteira não precisa ser igual para todas as fundações governamentais (e nem para as duas “espécies” de fundações governamentais). O estabelecimento de um “regime único” não necessariamente será a solução para os desafios enfrentados por esses entes. Segundo, a fixação desse limite deve garantir eficiência e flexibilidade às fundações governamentais e, especialmente no caso das fundações governamentais privadas, assegurar a incidência do regime jurídico privado, escolhido como aquele que melhor seria capaz de alcançar os fins da fundação.

5 As propostas de alterações legislativas

Nos tópicos anteriores, foi observado que as imprecisões do direito positivo vigente trazem (ou ao menos não extinguem) diversas questões jurídicas referentes às fundações governamentais.

Passa-se, nesse item, a olhar para o futuro desse instituto, a partir de duas importantes proposições de alterações legislativas referentes às fundações governamentais: o *PLP nº 92*, projeto de lei complementar que tem por objeto regulamentar o art. 37, XIX, da Constituição Federal, e o *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública*, que tem por objeto instituir normas gerais para a Administração Pública Direta e Indireta.

5.1 *PLP nº 92/2007*

O art. 37, XIX, da CF/88, ao disciplinar a instituição de entidades da Administração Indireta, determinou que, no caso das fundações, caberia à lei complementar definir as áreas de sua atuação.

Nessa esteira, o Poder Executivo Federal (por meio do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão) apresentou à Câmara dos Deputados, em 13-7-2007, Projeto de Lei Complementar para regulamentar o disposto no dispositivo constitucional (*PLP nº 92*).³³

A versão proposta pelo governo continha apenas dois artigos, sendo que o segundo tratava da vigência da lei.

³³ Para análise comparativa do texto original e dos substitutos propostas, ver tabela comparativa elaborada por Juliana Bonacorsi de Palma. *Fundações estatais de direito privado: viabilidade jurídica do PLP nº 92/2007*. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, p. 136-169, 2009.

O termo escolhido pelo projeto original foi “*fundação estatal*”, definida como ente integrante da Administração Indireta para o desempenho de atividades nas áreas delimitadas pelo projeto.³⁴

Ademais, o projeto expressamente prevê que a fundação poderá ter *personalidade jurídica pública ou privada*, conforme definido pela lei autorizadora. Entretanto, no caso da fundação estatal de direito privado, o projeto determina que esta 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 o exercício de atividades em áreas em que seja necessário o uso do poder de polícia.

O projeto de lei foi encaminhado para duas Comissões Permanentes (Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania), sendo designado para relator o Deputado Pedro Henry.

Em 1-11-2007, o relator emitiu *parecer pela aprovação*, por entender que as áreas definidas pelo PLP seriam adequadas e se encontrariam em conformidade com o que a doutrina diz sobre esses entes. Posteriormente, em 28-5-2008, o relator alterou o parecer, requerendo a *aprovação do projeto substitutivo*.

O objetivo do projeto substitutivo, bem mais extenso do que o original (11 artigos no total), seria trazer mais diretrizes a serem observadas pelas leis específicas instituidoras de fundações estatais.

Inicialmente, note-se que o substitutivo ora utilizava a expressão *fundação instituída pelo poder público* (art. 1º, § 1º), ora *fundação pública* (art. 1º, § 2º e outros³⁵) – ou seja, não definiu uma só expressão para essas entidades, não resolvendo, assim, o problema terminológico das fundações governamentais.

O substitutivo, assim como o projeto original, possibilitou a escolha de ambas as personalidades jurídicas para as fundações. No entanto, determinou que as fundações estatais de direito privado não poderiam ter por finalidade a execução de atividades exclusivas do Estado, assim entendidas como (i) o exercício do poder de autoridade do Estado ou (ii) atividades em que, pela relevância e interesse público, o Estado atue sem a presença complementar ou concomitante da iniciativa privada (art. 1º, § 3º). Note-se, então, que *essa segunda característica de “atividades exclusivas” é bastante fluida e pode ser bem expansiva, o que pode vir a limitar o campo das fundações estatais de direito privado*.

Quanto às áreas possíveis de atuação, o substitutivo acrescentou três áreas: ensino e pesquisa, formação profissional e cooperação técnica internacional.

³⁴ O art. 1º definiu as seguintes áreas de atuação: “I – saúde; II – assistência social; III – cultura; IV – desporto; V – ciência e tecnologia; VI – meio ambiente; VII – previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal; VIII – comunicação social; e IX – promoção do turismo nacional.”

³⁵ Nesse caso, em alguns artigos havia a expressão (claramente incompleta) de “*fundação pública com personalidade jurídica*” (arts. 5º a 8º). Em 10-6-2008, houve aprovação do Parecer com Complementação de Voto, corrigindo essas referências para “*fundação pública com personalidade jurídica de direito privado*”.

O substituto também expressou a imposição de concurso público, independentemente da personalidade jurídica (art. 3º, § 5º), definiu regras sobre contabilidade (art. 5º e 6º), possibilitou a cessão de servidores das fundações estatais para outros entes públicos (art. 10), bem como estabeleceu regras para a celebração de contratos com entes públicos e privados, de acordo com o campo de atuação da fundação (por exemplo, arts. 5º e 7º). Foi ainda prevista a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária ou financeira, por meio da celebração de contrato com o ente público supervisor (art. 4º).

Pouco tempo após a apresentação do substitutivo, foi apresentado, em 18-6-2008, voto em separado da Deputada Alice Portugal. Em seu voto, a deputada tece fortes críticas ao modelo de gestão por Organizações Sociais, instituído especialmente na área da saúde, sendo que essas entidades não se submetem a nenhum tipo de controle. De acordo com a deputada, o projeto de lei das fundações padeceria dos mesmos erros.

A deputada ressalta ainda que o projeto de lei extrapola o poder regulamentar determinado pela CF/88, por dois motivos. Um, porque o artigo constitucional refere-se à regulamentação das áreas de atuação, e nada mais. Dois, porque permitiria que uma fundação criada pelo Estado tivesse natureza jurídica privada – o que, no entender da deputada, seria algo inédito. Cite-se trecho de seu voto:

A proposta apresentada vai além, tratando de definir um novo tipo de entidade fundacional que, apesar de sua natureza pública, teria a prerrogativa inédita de assumir personalidade de direito privado. Mesmo sem discutir a possibilidade constitucional da existência de tal criação teratológica e biface, é evidente que a proposição extrapola do poder de regulamentar que lhe foi outorgado pelo dispositivo constitucional.

O novo substituto exclui também as áreas de ensino e saúde dentre as finalidades possíveis de atuação das fundações, porque a possibilidade de atuação nessas áreas “não encontra respaldo nas próprias justificativas apresentadas pelo Poder Executivo quando da apresentação do projeto de lei complementar”. Ressalte-se, contudo, que – coincidentemente ou não – são nessas duas áreas que a deputada tece duras críticas quanto à atuação das OSs.

Quanto às fundações estatais privadas, cumpre observar que, apesar da crítica mencionada acima, não foi pedida a exclusão da possibilidade de sua criação. A proposta da deputada apenas excetua a possibilidade de atuação dessas entidades das áreas de ensino e pesquisa e formação profissional (art. 2º, parágrafo único). Ademais, determina que as fundações estatais de direito privado serão regidas pelo Código Civil e pela legislação pertinente, ressalvado o disposto na lei (art. 1º, § 2º).

A proposta da deputada Alice Portugal não foi aprovada. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tanto o projeto original quanto o substitutivo foram aprovados sem qualquer condicionamento em 15-7-2008.

Incluído diversas vezes na pauta de votação do plenário, a apreciação do PLP nº 92 teve várias interrupções (tanto por travamento de pauta para votação de medida provisó-

ria, como por acordo de líderes para retirada de pauta), sendo que atualmente encontra-se fora de pauta.³⁶

5.2 Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública

O Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública, elaborado por uma comissão de juristas constituída pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, traz normas gerais para a Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração.³⁷

Especificamente em relação às fundações governamentais, destaque inicial é para a terminologia adotada: *fundações estatais*, de modo a ressaltar o ente criador mas, ao mesmo tempo, evitar qualquer confusão com sua personalidade jurídica.

O Anteprojeto define as fundações estatais como a “pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, instituída e mantida por entidade ou entidades estatais, em conjunto ou não com particulares” (art. 19, caput). Ressaltem-se os dois requisitos utilizados para caracterizar as fundações estatais: *instituição e manutenção* pelo Poder Público. Surge então a dúvida: o que pode ser considerado como “manutenção pelo Poder Público”? Especificamente: as fundações estatais não dependentes, nos termos do art. 22, § 3º, do Anteprojeto,³⁸ seriam ou não consideradas como fundações estatais, uma vez que não dependeriam de repasses para o custeio de pessoal, de capital ou geral?

Quanto à natureza jurídica, o Anteprojeto definiu que as fundações governamentais são *peças jurídicas de direito privado* (art. 19, caput). Eventuais “fundações de direito público” devem ser consideradas como autarquias, tendo em vista que terão o mesmo regime jurídico.

Quanto ao regime jurídico aplicável, o objetivo foi definir, com clareza, as regras aplicáveis, de modo a acabar com as dúvidas jurídicas referentes a esses entes. Conforme a Exposição de Motivos, tal definição se deu a partir de duas principais balizas: de um lado, assegurar a observância de um regime jurídico administrativo mínimo (tal como as empresas estatais); doutro, garantir a flexibilização da gestão dessas entidades. Com isso, busca-se recuperar a figura da fundação governamental privada, revertendo o processo de autarquização, mas, ao mesmo tempo, assegurar mecanismos de controles sobre tais atividades.

O Anteprojeto ressalta a submissão das entidades governamentais privadas – incluídas aí as fundações estatais – ao “regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito

³⁶ A última movimentação do processo ocorreu em 24-6-2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=3600>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

³⁷ Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/anteprojeto-de-lei-organica/Lei%20Organica%20%28Comissao%20de%20Juristas_a_01%20set%2009%29.pdf/view>. Acesso em: 25 nov. 2012.

³⁸ Art. 22, § 3º Entidade estatal dependente é a empresa estatal ou a fundação estatal que recebe diretamente do orçamento público recursos financeiros para pagamento das despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, salvo, no último caso, os provenientes de aumento de participação acionária em empresa estatal.

privado, inclusive quanto à remuneração do pessoal; quanto ao pagamento e execução de seus créditos e débitos; e, ainda, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 21, *caput*).

Além da **expressa determinação de aplicação do regime privado, o Anteprojeto, para assegurar a flexibilidade de gestão, prevê ainda dois principais mecanismos: (i) a celebração de contrato de autonomia para as fundações estatais dependentes, como forma de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira (art. 27 ss); (ii) normas próprias de contratação pelas fundações não dependentes ou que tenham celebrado contrato de autonomia, conforme regulamento aprovado por decreto.**

Como se verifica, o Anteprojeto, por um lado, busca estabelecer as definições essenciais (e que são as que, em geral, geram maior contradição) de forma precisa e, por outro, possibilita que a atuação de cada fundação seja flexibilizada por meio da celebração de contrato de autonomia, que leve em conta as peculiaridades de cada ente.

Em que pesem seus avanços, o andamento do Anteprojeto está paralisado, sendo que ele ainda não foi nem mesmo encaminhado pelo Poder Executivo para o Congresso Nacional.

6 Conclusões

O direito positivo ainda não trabalhou bem o tema das fundações governamentais. Conforme visto, as principais normas existentes sobre as fundações (DL nº 200, CF/88 e Código Civil) trazem imprecisões e dificuldades de interpretação quanto à natureza jurídica e ao regime jurídico aplicável a elas. O processo de alterações dessas normas tampouco trouxe maior clareza, dificultando ainda mais a compreensão quanto ao tema das fundações governamentais.

Isso enseja, por óbvio, consequências na interpretação e aplicação dessas normas às fundações governamentais. Doutrina e jurisprudência se esforçam para compreendê-las levando em conta seu contexto, o que, diante do processo legislativo confuso, enseja inúmeras divergências.

Gera-se, então, insegurança jurídica no uso dessas entidades – vez que, a depender do caso concreto, pode-se impor uma ou outra consequência, independentemente do que expressa a lei instituidora. Essas indefinições podem trazer ainda óbices ao alcance das finalidades visadas pelas fundações governamentais – e que justificam a criação de um ente autônomo, ora de direito público, ora de direito privado.

Principal exemplo dessas dificuldades está nas fundações governamentais de direito privado, cuja personalidade privada pode ser desconsiderada pela jurisprudência pelo fato de exercerem “atividade essencialmente pública” – como se a personalidade jurídica de direito público fosse essencial para a execução de atividades públicas relevantes, ou mesmo se o exercício dessas atividades implicasse numa necessária transmutação da personalidade jurídica de direito privado em direito público. Entende-se, contudo, que a

origem desse problema está nas indefinições do direito positivo, que não trata com precisão e clareza o regime jurídico que deve ser aplicado às fundações governamentais.

Destarte, o que se buscou demonstrar é tanto a existência de diversas questões jurídicas relevantes no tocante às fundações governamentais – o que já se percebeu há tempos – mas, especialmente, que *a causa dessas dificuldades está intrinsecamente relacionada com as imprecisões do direito positivo vigente*. É necessário conferir um tratamento normativo mais claro e preciso para as fundações governamentais, de modo a trazer maior segurança jurídica para a criação e o funcionamento dessas entidades e, especialmente, para viabilizar o alcance dos fins públicos relevantes que devem perseguir.

A perspectiva legislativa também não é muito favorável, não pelo mérito das propostas, mas especialmente pela ausência de expectativa de avanço desses projetos num curto prazo. O PLP nº 92 tem por ponto positivo expressar a possibilidade de escolha da natureza jurídica desses entes, definir suas áreas de atuação e prever expressamente a possibilidade de celebração do contrato de autonomia – embora não avance mais na delimitação do regime jurídico desses entes e nem resolva a questão terminológica. Já o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública traz significativo avanço, ao abordar de frente e com precisão a questão da natureza jurídica e regime jurídico aplicável às fundações governamentais. Ademais, apesar de trazer definições gerais quanto ao regime jurídico, o Anteprojeto permite flexibilizações a serem aplicadas a cada caso – viabilizando assim maior autonomia nos casos em que isso se mostre necessário e possível. No entanto, a definição de fundação como a entidade *instituída e mantida* por ente público, adotada pelo Anteprojeto, pode trazer dúvidas quanto à fronteira entre público e privado na identificação de fundação governamental em contraposição com fundação privada.

Em que se pese o mérito desses projetos, contudo, não há perspectivas de que sejam aprovados e transformados em lei – o processo legislativo do PLP nº 92 está paralisado desde 2009 e, tendo vista os andamentos passados, presume-se que não será retomado tão em breve. E o Anteprojeto, apresentado pela comissão de juristas em 16-7-2009, até hoje não foi encaminhado ao Congresso pelo Governo Federal.

Enquanto não houver um tratamento mais preciso e adequado das fundações governamentais pelo direito positivo, entende-se que as diversas questões jurídicas ensejadas na sua criação e no seu funcionamento continuarão existindo e desafiando a jurisprudência, a doutrina e os demais aplicadores do Direito.