

A FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO
E TECNOLÓGICO EM SAÚDE – FIOTEC honra-nos com a
apresentação da seguinte

CONSULTA

1. *Nos termos do art. 37, XIX, da CF, o Poder Executivo Federal poderá, mediante lei autorizativa, instituir fundação regida pelo direito privado?*

2. *Na ausência da lei complementar mencionada no inciso XIX do art. 37 da CF, **in fine**, o disposto no art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/67, com suas alterações, terá força de lei complementar, prevalecendo o entendimento de que as fundações governamentais, sob o regime do direito privado, poderão atuar em todos os campos que não exijam pessoa jurídica de direito público, respeitado o disposto no art. 62 do Código Civil?*

3. A expressão “assistência” do parágrafo único do art. 62 do Código Civil deve ser entendida *lato sensu*, compreendendo todos os campos sociais, como saúde, educação, e não apenas a “assistência social” *stricto sensu*, conforme o art. 203 da CF?

4. A lei autorizativa poderá garantir à fundação governamental o regime do direito privado não apenas quanto à sua instituição, conforme previsto no art. 5º, § 3º do Decreto-lei 200/67, mas também quanto ao seu funcionamento, de acordo com o disposto no art. 41, parágrafo único do Código Civil?

5. Quais os limites do regime privatista em relação ao regime publicista para essa fundação? Poderá realizar licitação para contratação de bens, serviços e obras, apenas nas modalidades de pregão e consulta, seguindo a esteira do disposto na Lei n.º 9.472/97, art. 54, bem como adotar regras de contabilidade que não as da Lei n.º 4.320/64? A política salarial para seus empregados (regime CLT) poderá ser própria, afastada da Administração Pública Federal?

6. *As receitas da fundação poderão advir de recursos próprios e recursos repassados mediante contrato de gestão firmado com o Ministério supervisor, não se lhe garantindo recursos orçamentários?*

À consulta respondemos com base no parecer que segue, elaborado com a colaboração dos Drs. Rodrigo Pinto de Campos e Henrique Motta Pinto.

PARECER

1. INTRODUÇÃO

As dúvidas apresentadas na consulta referem-se ao 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 parecer 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 parecer está organizado em quatro tópicos. No primeiro, estuda-se a natureza e 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.º 200/1967. 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.

2. FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS: NATUREZA E REGIME JURÍDICOS

2.1. 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 civil¹; *b)* fundações governamentais, sem exceção, têm natureza autárquica, sendo então pessoas de direito público, não podendo subordinar-se às normas civilistas sobre fundações²; *c)* o Direito brasileiro admite a existência de fundações governamentais com personalidade pública ou privada³.

¹ Essa posição era defendida, por exemplo, pelo Prof. 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. 14ª edição. São Paulo: RT, 1989, p. 332)

² Parece ser esse o entendimento atual de Celso Antonio 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. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170-171)

³ 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

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. Realmente, adotando-se como critério de classificação o modo de ser de sua estrutura, as pessoas jurídicas em geral (aí incluídas tanto as públicas como as privadas) podem ser separadas em dois grandes grupos, o das corporações e o das fundações. São corporações as pessoas jurídicas instituídas a partir de um agregado de *peessoas*, unidas para a consecução de um dado fim. Já as fundações nascem com base na vinculação de um *patrimônio* à realização de certa finalidade. No primeiro caso (o das corporações), os homens são considerados membros, ainda que indiretos, da pessoa jurídica, parte integrante dela, enquanto no segundo (o das fundações), aparecem como meros gestores da pessoa moral criada. Em suma, a **distinção entre fundação e corporação** se processa a partir da **identificação do papel que as pessoas físicas, de direito, cumprem dentro da instituição**, algo totalmente diverso de saber se a entidade – corporativa ou fundacional – sujeita-se ao direito público ou ao direito privado.

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.”

De outro lado, 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 alguns⁴, 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.

nega a empresa?

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, p.ex.; 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

⁴ Como Celso Antônio Bandeira de Mello, antes citado.

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, Fundação Casa de Ruy Barbosa e Fundação Joaquim Nabuco), da educação (Fundação Faculdade Federal de Ciências Médicas de Porto Alegre), da saúde (Fundação do Remédio Popular - FURP), da assistência social (Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso - FUNAP), da pesquisa (Fundação Instituto de

Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA) 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.*

Apesar da simplicidade dessas idéias, o tema das fundações governamentais acabou envolvido em uma alguma confusão nas últimas décadas, por conta de questões mais terminológicas que substanciais, derivadas do decreto-lei n.º 200, de 1967 (a Lei da Reforma Administrativa do regime militar), na sua versão original e na que lhe foi dada pela lei n.º 7.596, de 1987.

O decreto-lei n.º 200, de 1967, na redação primitiva de seu art. 4.º, 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, p.ex.). 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 Assembleia Nacional Constituinte, os arts. 4.º e 5.º do decreto-lei n.º 200, de

1967, foram alterados pela lei n.º 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.º 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. 4.º, 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. 5.º, 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, ao invés 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 a ver com o Estado (a fundação do setor privado). Só que a expressão havia ficado muito ligada ao debate doutrinário dos anos

trocar o
nome

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 inc. XI do art. 37, p.ex.). A razão disso era – e é – bastante clara: contornar o argumento, oriundo da redação primitiva do decreto-lei 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.

como juízo de
termo constitucional.

Ademais, empregou-se, no texto original da Constituição de 1988 – depois alterado, quanto a isso, pela Emenda da Reforma Administrativa, n.º 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 a 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-se em fundação, está-se aludindo apenas às fundações autárquicas, de direito público (ex.: arts. 37, XI; 38, *caput*; 39, § 7.º; 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, §§ 3.º e 4.º; e ADCT, arts. 8.º, § 5.º). Em certas

Será?

hipóteses, as normas se aplicam apenas às fundações governamentais (públicas ou privadas, não importa) *cujo funcionamento seja custeado diretamente pelo orçamento público* (art. 165, § 5.º, I e III).

Importante destacar algo que acaba de ser dito: a Constituição – à semelhança do decreto lei n.º 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.º 19/1998, é o seguinte:

Art. 37, XIX, CF/1988 – 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 confusão⁵.
Previa-se nele a criação, por lei, apenas de autarquias, empresas públicas,

⁵ 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.”

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.º 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 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”, essas 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.º 219.900-RS, publicado no Diário da Justiça em 28/09/2001, 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 sub-gênero 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.’”

Finalmente, cumpre fazer breve menção ao fato de que o Código Civil vigente, ao definir as pessoas jurídicas de direito público e de direito

ob C. Civil

privado, em nada contribuiu para o esclarecimento da questão. De um lado, porque omitiu do rol do art. 41 (que trata das pessoas jurídicas de direito público interno), as fundações governamentais públicas; de outro, porque incluiu, entre as pessoas jurídicas de direito privado, as “fundações” (art. 44, III), sem qualquer distinção. Evidentemente, diante do que já se demonstrou – inclusive com base na Constituição – não tem sentido querer extrair, da literalidade do inciso III do art. 44, a idéia de que será privada toda e qualquer fundação instituída pelo Poder Público. Com efeito, cabe ao legislador de cada ente federativo, quando da instituição de fundação governamental, definir se tal entidade seguirá regime jurídico de direito público ou de direito privado.⁶

2.2. REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS

⁶ Essa posição também é defendida pelo juspublicista fluminense Alexandre Santos de ARAGÃO. Confira-se: “Podemos ver que o novo Código Civil não resolveu a confusão existente em relação à natureza jurídica das fundações públicas, acabando, outrossim, por aumentá-la ainda mais: diante da omissão em incluir fundações públicas no rol das pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41) e da inclusão das fundações em geral no elenco das pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44), há o entendimento segundo o qual, finalmente, foi definida a questão em favor da tese da personalidade jurídica de Direito Privado de todas as fundações da União, dos Estados e dos Municípios; enquanto outros, entre os quais nos incluímos, acham que continua existindo o mencionado poder de escolha do Legislador na definição da natureza jurídica das Fundações Públicas. Com efeito o próprio Código Civil menciona a existência de “demais entidades de caráter público criadas por lei” (art. 41, V) e a possibilidade de se dar estrutura de Direito Privado a pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41, Parágrafo único). Motivos práticos também militam em favor desta tese, uma vez que a outra posição faria com que todas as fundações de Direito Público, de todas as esferas da Federação, deveriam sofrer profundas alterações em seus regimes jurídicos, inclusive em suas respectivas leis instituidoras, que constituem emanações da autonomia administrativa federativa constitucionalmente assegurada.” (*As Fundações Públicas e o Novo Código Civil*, In *Revista de Direito Administrativo*, n.º 231 – jan./mar. 2003, p. 326)

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.

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 isto, 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, este 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.

Isto 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 desta pessoa serão importantes para a realização de interesses públicos – e, em seguida, desinteressar-se totalmente de seu funcionamento.

Ad. Publicis
Indiv. e

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 isto 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, XVIII, com as exceções previstas no art. 37, XVI).

Não se vislumbra qualquer óbice à instituição, pelo Poder Executivo Federal, 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. 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, qual 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.º 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.

Áreas de atuação

Passados mais de oito anos da EC n.º 19/1998, a lei complementar relativa às áreas de atuação das fundações governamentais ainda não foi

editada. Em virtude disso, alguém poderia supor que, desde a entrada em vigor da sobredita emenda, estaria vedada a instituição de qualquer fundação pelo Poder Público, dado o vácuo legislativo existente. Conseqüentemente, se fundações governamentais tivessem sido criadas nesse período, seriam ilegítimas.

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

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

Federal no sentido de que a lei ordinária preexistente é recepcionada como lei complementar, se tal *status* normativo somente tenha sido demandado pela ordem constitucional que lhe seja posterior.

No ordenamento brasileiro, o exemplo mais conhecido é o do Código Tributário Nacional, consubstanciado na lei federal n.º 5.172, de 1966. Ele tinha *status* de lei ordinária quando de sua criação e foi recepcionado como lei complementar pela Carta de 1988, que, em seu art. 146, exigiu o tratamento do assunto por essa fórmula legislativa⁷.

No caso das fundações governamentais, ocorre situação análoga à do Código Tributário Nacional, pois também já existia norma tratando de suas áreas de atuação, no citado art. 5º, IV, do decreto-lei n.º 200, de 1967, em sua redação vigente:

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

(...)

⁷ De fato, tal dispositivo remete à lei complementar a mesma matéria já tratada no CTN. Dentre as diversas previsões nele contidas, é possível citar, como, por exemplo, o inciso III, alíneas “a” e “b”, segundo os quais cabe à lei complementar “III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.”

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. (grifamos)

O dispositivo 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-EC n.º 19, de 1998, com o *status* de lei complementar.

Somente as atividades cuja execução esteja cometida *exclusivamente* a entidades de direito público estão excluídas dos possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas. No caso que motivou a consulta, o objetivo é a instituição de fundação voltada à prestação de serviços de saúde, os quais, frise-se, não são privativos de órgãos ou entidades de direito público, podendo ser igualmente cometidos a particulares. A fundação que se pretende criar, portanto, subordina-se perfeitamente à exigência legal acerca das possíveis áreas de atuação de tais entidades.

Resta-nos, ainda, fazer uma incursão no Código Civil, a fim de dirimir uma última dúvida acerca da possibilidade de instituição de fundação governamental privada voltada à prestação de serviço de saúde.

A lei federal n.º 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 qualquer 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 isto,

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 uma 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”⁸. No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz, ao ressaltar que, segundo os Enunciados n.ºs 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”⁹.

⁸ *Apud* LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

⁹ *In* *Código Civil Anotado*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

O parágrafo único do art. 62 do Código Civil, ao falar em “assistência”, não quis se referir exclusivamente à “assistência social” prevista no art. 203 da Constituição Federal¹⁰. Ao contrário, utilizou-se de um conceito jurídico indeterminado para albergar toda e qualquer atividade assistencial – categoria em que se enquadra indiscutivelmente 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 se referir 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.

¹⁰ Art. 203, 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.

4. 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.º 200, de 1967 (dispositivo incluído pela lei n.º 7.596, de 1987), e a outra, no art. 41, parágrafo único, do Código Civil. Observe-se o teor de cada uma delas:

DL n.º 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.*

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.*

O decreto-lei n.º 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 no presente parecer, tais entidades são regidas por normas advindas de outras fontes, em especial a Constituição Federal, o decreto-lei n.º 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 desta espécie própria de fundação. O objetivo da ressalva contida no art. 5º, § 3º do decreto-lei n.º 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.

Sobre o
MP

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 federais, existe um 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.º 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 artigo 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 controle.¹¹ É possível, porém, à lei federal autorizadora da instituição de nova fundação, determinar, por conveniência apurada politicamente, que a supervisão ministerial de que trata o decreto-lei n.º 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.

O art. 5.º, § 3.º do decreto-lei n.º 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.

¹¹ Essa posição se coaduna com a de Maria Sylvia 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.º 200/67).” (Direito Administrativo. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 431)

O que o Código Civil contém sobre fundações é, em essência, uma regra geral 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.º 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. 5.º, § 3.º do decreto-lei n.º 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. 5.º, § 3.º, 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. 5.º, § 3.º do decreto-lei n.º 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.º 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):

LICC

Art. 2º, § 2º. 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.

5. LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, CONTABILIDADE E POSSÍVEIS FONTES DE RECURSOS DAS FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS PRIVADAS

Embora se tenha demonstrado, no tópico anterior, que as fundações governamentais privadas submetem-se também a certas exigências de caráter publicístico contidas na Constituição, no decreto-lei n.º 200, de 1967 e em sua lei autorizativa (*regime administrativo mínimo*), sua constituição dá-se de acordo com o Código Civil. Editada a lei específica que autoriza a

instituição da entidade fundacional, sua estruturação orgânica caberá ao estatuto, que servirá como “lei interna” da fundação.

Todavia, como já salientado, a fundação governamental privada deve 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 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.º 8.429, de 1992).

Todavia, a organização do quadro de pessoal da entidade 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 art. 61, § 1.º, 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.

sobre
cargos

há apenas um controle de despesas
no âmbito do controle de despesas

peb
M. P. S.

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

Exemplo disso é o da licitação. Desde que respeitadas 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.

Essa solução, lastreada na competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação (CF, art. 22, XXVII), foi utilizada, primeiramente, na Lei n.º 9.472, de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Aquele diploma, em seu Título VI, cuidou das contratações da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), introduzindo as modalidades licitatórias da *consulta* e do *pregão*, sobre as quais não versava a Lei n.º 8.666, de 1993.

licitação

Observe-se o teor do art. 54, que, embora tenha sido alvo de impugnação na ADI n.º 1.668, teve sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Posteriormente, a Lei Federal n.º 9.986/2000 ampliou a possibilidade de uso do pregão e da consulta a todas as Agências Reguladoras, em seu art. 37:

Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.

Como último exemplo de norma federal peculiar no tocante ao processo de licitação, encontra-se o art. 67 da Lei n.º 9.478/1997 (Lei do Petróleo). Confira-se:

Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Seguindo esses exemplos, uma nova fundação governamental privada federal poderá ser autorizada, pela lei, a adotar regras próprias para as suas licitações, como a do pregão e a da consulta. É preciso, contudo, fazer esclarecimentos acerca do uso de cada uma das modalidades.

Para o uso do *pregão* pela nova fundação, não haverá necessidade de definição de novas regras na lei instituidora no tocante à aquisição de *bens e serviços comuns*¹², vez que a Lei n.º 10.520/2002 já cuida da matéria. Esta lei se aplica integralmente às fundações governamentais de direito privado. Todavia, para a celebração de contratos de obras e serviços de engenharia por intermédio de pregão – tema ainda polêmico na atualidade – será útil

¹² Segundo o art. 1º, Parágrafo único da Lei n.º 10.520/2002, “consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

uma autorização legal expressa. Ao contrário do imaginado por alguns, a legislação federal geral vigente não proibiu a realização de pregão para esse fim, apenas silenciou a respeito da matéria. Mas, para evitar debates, nada impede que a lei de regência específica da fundação contenha dispositivo autorizando a entidade a contratar obras e serviços de engenharia por pregão.

O procedimento licitatório de consulta, igualmente, apenas poderá ser utilizado se houver previsão expressa na lei autorizativa da instituição da fundação, à moda do que foi feito nos exemplos acima transcritos para a ANATEL e demais agências reguladoras. Essa previsão, contudo, não pode resumir-se a um dispositivo genérico, que simplesmente faça menção à possibilidade de aplicação da *consulta* às licitações da fundação, sem detalhar as suas características. Caso não se tome esse cuidado, deixando à Administração a prerrogativa de disciplinar o procedimento por via regulamentar, há risco de que a situação seja criticada como de delegação indevida do poder de legislar. Por outro lado, se a lei fizer referência à *consulta* apenas genericamente, a norma corre o risco de não ter maior efeito prático, como vem acontecendo no caso das agências reguladoras, que não se sentem estimuladas a usar esse procedimento inovador, por sentirem falta do

20 que é
1007

maior conforto que seria dado por um tratamento legislativo mais extenso da matéria.

Registre-se que eventuais normas inovadoras sobre licitação, especiais para a nova entidade, terão de ser criadas por lei, não bastando mero regulamento à lei n.º 8.666/1993, editado com base em seu art. 119, pois ele sempre estaria jungido às modalidades licitatórias já existentes nessas leis.

contabilidade

Em relação às regras de contabilidade a que deve se submeter a fundação, 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 frequentemente 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.

é o caso das empresas dependentes

As fundações governamentais privadas, de outro turno, apesar de sujeitas aos princípios gerais da Administração, se equiparam, em regime jurídico, às empresas estatais, que, conquanto integrantes da Administração Indireta, não têm seu orçamento – e, portanto, sua contabilidade – obrigatoriamente subordinados aos mesmos ditames previstos para os entes públicos. A diretriz aplicável, criada com a lei 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, Estados, Distrito Federal e 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, § 5.º, II).

ver cl o Dest

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.º 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.º 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.º 101, de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 1.º, § 3.º, I, b c/c art. 2.º, II). 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 § 9.º do mesmo artigo. Observados esses limites, a lei

instituidora da fundação 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”.

fontes de receitas

Dentre as possíveis fontes de receitas da fundação, podem ser citadas,

de início, a cobrança pela prestação dos seus serviços e a aplicação de

recursos próprios. Uma terceira opção a se 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.

É o parecer.

São Paulo, 13 de setembro de 2006.



CARLOS ARI SUNDFELD

Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas
e Coordenador de sua Especialização em Direito Administrativo
Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público