

Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob regime de direito privado*

Public foundations of private law: a brief essay about the exercise of administrative function under private law

*Federico Nunes de Matos***

RESUMO

O presente artigo analisa o emprego das fundações públicas de direito privado enquanto instrumentos de descentralização administrativa, tendo como pano de fundo a dicotomia direito público e direito privado e a utilização de figuras jurídicas originárias do regime jurídico de direito privado pela administração pública. O trabalho inicialmente explora a

* Artigo recebido em 19 de dezembro de 2014 e aprovado em 4 de maio de 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58742>

** Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: federiconmatos@yahoo.com.br.
Mestre e doutorando em direito administrativo pela UFMG. Professor adjunto do Departamento de Direito da UFOP.

distinção entre direito público e direito privado, assim como as principais concepções teóricas que buscaram estabelecer critério capaz de explicar tal separação. Num segundo momento, o trabalho trata das principais polêmicas existentes em torno do regime jurídico das fundações públicas de direito privado, assim como da sua evolução no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Dicotomia direito público e privado — exercício de atividade administrativa sob regime de direito privado — organização administrativa brasileira — administração indireta — fundações públicas de direito privado

ABSTRACT

This article examines the use of public foundations of private law as instruments of administrative decentralization, with the backdrop of the dichotomy public and private law by the public administration and the use of legal forms originating from the legal system of private law by Government. The work, initially, explores the difference between public and private law, as well as the main theoretical concepts that seek to establish criteria capable of explaining such separation. Secondly, the work discusses the main controversies surrounding the legal status of public foundations of private law, as well as its evolution in Brazilian law.

KEYWORDS

Dichotomy public and private law — administrative activity under regime of private law — Brazilian administrative organization — indirect administration — public foundations of private law

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo o estudo das fundações públicas de direito privado, como modalidade de descentralização administrativa. Embora tais entidades sejam há muito conhecidas do direito administrativo brasileiro, sua admissibilidade e seu regime jurídico são cercados por grandes polêmicas. O pano de fundo de boa parte dessas controvérsias envolve a própria possibilidade de utilização, pela administração pública, de instrumentos jurídicos originários do direito privado. O presente estudo pretende

investigar os limites impostos pela ordem jurídica brasileira para a utilização da fundação de direito privado pelo poder público.

Por isso, antes de analisar as diversas questões controvertidas envolvendo as fundações públicas de direito privado e seu regime jurídico, serão examinados a própria divisão do direito em público e privado e os principais critérios desenhados, ao longo da evolução da ciência do direito, para explicar tal distinção. Almejando melhor compreensão da utilização de institutos do direito privado pela administração pública, será analisada a teoria da atribuição (*Zuordnungstheorie*), desenvolvida em meados do século XX por Hans Julius Wolff, que constitui o referencial teórico do presente ensaio. Em sequência, será analisada, no contexto do estado social de direito, a atuação da administração pública sob formas de direito privado, no intuito de compreender o contexto jurídico que levou o Estado a instituir entidades fundacionais com personalidade jurídica de direito privado.

2. Dicotomia direito público e direito privado

A divisão do direito em público e privado tem se revelado um dos temas mais controversos da dogmática jurídica. As dificuldades envolvendo o tema têm despertado sérias resistências ao seu estudo.¹ É usual os tratadistas afirmarem que inexistente distinção entre o direito público e o direito privado ou de que tal separação é desprovida de validade ou de utilidade.

Diversas concepções teóricas buscaram estabelecer critério capaz de explicar a separação do direito em público e privado. A seguir, serão explorados os três critérios que mais se destacaram neste campo: a teoria dos interesses, a teoria da subordinação e a teoria do sujeito da relação jurídica. Ao final, será analisada a teoria da atribuição (ou teoria modificada do sujeito), concepção teórica originária do direito alemão que, embora pouco difundida no direito brasileiro, se mostra a mais adequada a explicar o fenômeno da atuação da administração pública sob regime de direito privado.

¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 15. Em sentido próximo, Florivaldo Dutra de Araújo observa que alguns autores "(...) se abstêm de discutir os fundamentos da distinção, dando-a como simplesmente pressuposta" (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, Tese (doutorado em direito administrativo) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998).

2.1 Teoria dos interesses

A teoria dos interesses ou teoria da utilidade, geralmente associada ao direito romano,² estabelece um dos mais conhecidos critérios de distinção entre o direito público e o direito privado. Diversos autores³ atribuem a origem desse critério ao célebre fragmento do Digesto, geralmente atribuído a Ulpiano, em que se afirma que: “No estudo do direito, dois são os aspectos: o público e o privado. O direito público diz respeito às coisas do Estado romano; o privado, à utilidade dos particulares”. Segundo tal concepção teórica, o direito público é aquele que tutela os interesses públicos, enquanto o direito privado refere-se aos interesses dos particulares.

A distinção entre o direito público e o direito privado baseada na teoria dos interesses foi passível de diversas objeções.⁴ A crítica à teoria dos interesses pode ser feita tanto do ângulo daqueles que entendem que as normas jurídicas sempre visam à tutela do interesse geral quanto do ângulo daqueles que entendem que o direito é criado para a proteção dos interesses individuais. Parcela substancial da doutrina entende que, em diversos casos, o interesse público e o privado se confundem, sendo difícil determinar se o interesse protegido pela norma jurídica é do Estado ou dos particulares.⁵

Visando superar tais críticas, alguns passaram a sustentar a existência não de interesse exclusivo, mas de interesse predominantemente público ou privado.⁶ Assim, será de direito público a norma que tutele o interesse

² Neste sentido, cf.; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 53. ed. México: Porrúa, 2002. p. 131-132; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 155; LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 99; MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 456.

³ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 304; García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 131-132; Gusmão, *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 155; Montoro, *Introdução à ciência do direito*, op. cit., p. 455.

⁴ Para panorama das críticas feitas à teoria do interesse, cf. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 132-133.

⁵ García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 132; MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995. p. 179; André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, op. cit., 2008, p. 456; POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

⁶ Tal reformulação da teoria do interesse, denominada de teoria do interesse preponderante, é atribuída aos antigos canonistas e, modernamente, a Savigny (cf. André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, op. cit., p. 456).

preponderantemente do Estado, ainda que salvasse também o interesse particular. Por outro lado, será de direito privado a norma que tutele preponderantemente o interesse privado, ainda que vise também o interesse estatal.

A reformulação da teoria do interesse pouco contribuiu para afastar as suas objeções, já que, em muitos casos, continua difícil ser identificado o interesse preponderantemente tutelado por determinada norma jurídica.⁷

2.2 Teoria do sujeito da relação jurídica

A teoria do sujeito da relação jurídica sustenta que a distinção entre direito público e direito privado está baseada nos sujeitos que compõem as relações jurídicas. Assim, o direito público disciplina relações jurídicas constituídas por pelo menos uma entidade pública. Já o direito privado regula relações jurídicas compostas unicamente por particulares.

Tal concepção teórica mostra-se insuficiente, na medida em que é incapaz de explicar “relações jurídicas nas quais, apesar da presença do Estado, seus traços e sua regulamentação não se distinguem daqueles relativos à mesma espécie de relações jurídicas em que comparecem apenas particulares”.⁸ Em outras palavras, a teoria do sujeito nega a possibilidade de o Estado e demais entidades públicas terem suas relações jurídicas disciplinadas pelo direito privado.

Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, alguns autores, visando afastar as críticas à teoria do sujeito, passam a sustentar que “só seriam de direito público aquelas relações jurídicas em que o Estado e entidades análogas comparecem com o *jus imperii*”.⁹ No entanto, conforme observa o citado autor, o fator distintivo preponderante deslocou-se do sujeito da relação jurídica para o *jus imperii*,¹⁰ igualando-se, portanto, à teoria da subordinação, que será analisada em seguida.

⁷ Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 93.

⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

2.3 Teoria da subordinação

A teoria da subordinação sustenta que a distinção entre direito público e direito privado não se funda na índole dos interesses protegidos, mas na natureza das relações que as normas jurídicas estabelecem.¹¹ Para tal concepção teórica, determinadas relações jurídicas são disciplinadas pelo direito público e outras pelo direito privado. Nas relações de direito público, os sujeitos se apresentariam de forma assimétrica, existindo uma pessoa dominante e outra dominada. Em outras palavras, as relações jurídicas disciplinadas pelo direito público são de subordinação. Já nas relações de direito privado, os sujeitos são colocados num plano de igualdade, em vínculo de coordenação.

A teoria da subordinação está intimamente associada ao estado liberal de direito, conforme observa Florivaldo Dutra de Araújo:

A teoria da subordinação guarda ligação direta com as concepções jurídicas próprias do liberalismo, dominante na Europa a partir do século XIX. Ela corresponde à ideia de que o Estado deveria restringir-se às atividades de defesa externa e policiamento interno. Estas seriam as manifestações típicas e próprias da soberania estatal, cujo exercício dever-se-ia dirigir, em última instância, à criação do ambiente propício em que poderia cada indivíduo desenvolver os seus negócios, no âmbito da chamada autonomia privada.¹²

A teoria da subordinação será questionada com o advento do estado social de direito e a expansão do leque de atribuições estatais. O estado social passa a desempenhar maior número de serviços públicos e a intervir com maior efetividade na esfera econômica, fomentando determinados setores produtivos ou assumindo ele próprio a realização de atividades econômicas. Para o desempenho de suas novas atribuições, a administração pública passa a atuar em relações de coordenação com os particulares, substituindo a sua posição de supremacia por postura de paridade em face dos administrados.

¹¹ García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 134.

¹² Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 93. Neste mesmo sentido, cf. MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Tradução coordenada por Gabriel Doménech Pascual. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 50-51.

Por outro lado, a teoria da subordinação também pode ser criticada pelo fato de existirem também no âmbito do direito privado situações em que se pode falar em relação jurídica de subordinação, “nas quais uma vontade pode vincular juridicamente a vontade de outrem”,¹³ como nos casos do poder familiar e do poder diretivo do empregador.

2.4 Teoria da atribuição

A teoria da atribuição (*Zuordnungstheorie*), também denominada de teoria modificada do sujeito (*modifiziert Subjektstheorie*) ou teoria do direito especial (*Sonderrechtstheorie*), foi formulada em seu perfil original em 1951, por Hans Julius Wolff.¹⁴

A teoria da atribuição sustenta que a distinção entre o direito público e o direito privado encontra-se baseada em diferenciação entre as normas que constituem o ordenamento jurídico.¹⁵ Para Hans J. Wolff, a distinção resulta de uma “diferença dos sujeitos de imputação (*Zuordnungssubjekte*)”,¹⁶ ou seja, daqueles sujeitos aos quais a norma jurídica atribui direitos e deveres. Em outras palavras, para separar o direito público do direito privado, “deve-se analisar a norma e verificar a quem ela se dirige para imputar deveres ou poderes, obrigações ou faculdades jurídicas que possam vir a se formar sob o pálio da norma”.¹⁷

Segundo a teoria da atribuição, integram o direito público as normas que atribuem direitos ou deveres ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Por outro lado, fazem parte do direito privado as normas que imputam direitos e deveres a qualquer sujeito de direitos, inclusive ao próprio Estado.¹⁸ Com base na teoria da atribuição, pode-se afirmar que o direito público se caracteriza como o direito especial do Estado, ao passo que o direito privado se constitui num direito geral, comum a todos os sujeitos de direito.¹⁹

¹³ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1, p. 266.

¹⁴ Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 100.

¹⁵ Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, *Direito administrativo*, op. cit., p. 267.

¹⁶ *Ibid.*, p. 268.

¹⁷ Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 101.

¹⁸ Neste sentido, explica Florivaldo Dutra de Araújo: “(...) tanto os particulares quanto o Estado, diretamente ou por interposta pessoa, podem apresentar-se numa relação jurídica regida por normas de direito privado, visto ser este ‘um direito geral, que potencialmente faculta ou obriga a todas as pessoas’” (*Ibid.*, p. 101).

¹⁹ Neste sentido, as lições Eberhard Schmidt-Assmann, baseadas na teoria da atribuição: “(...) el Derecho privado es el Derecho general del tráfico jurídico, mientras que el Derecho público es

Hartmut Maurer destaca que a teoria da atribuição formulada originalmente por Hans J. Wolff sofreu, posteriormente, certa modificação por parte da doutrina.²⁰ Segundo Maurer, a doutrina subsequente passou a incluir no campo do direito público as normas que tenham como destinatários sujeitos revestidos de autoridade estatal²¹ (pessoas investidas de prerrogativas públicas) — como um concessionário de serviço público.

Apesar de eventuais críticas, a teoria da atribuição foi bem-sucedida na explicação da separação entre direito público e direito privado, “por não se fundar seu critério em aspectos sociais que possam ter informado a regra jurídica, tais como o interesse em jogo nas relações jurídicas, ou em consequências que possam advir da norma, como a qualidade ou posição do sujeito na relação jurídica”.²² Conforme observa Florivaldo Dutra de Araújo:

Deve ser frisado que Wolff construiu novo marco teórico, ao deslocar das relações jurídicas para as normas que as regem o referencial da dicotomia direito público/privado. Sob este novo ponto de vista, já não mais importam os sujeitos das relações jurídicas, mas os sujeitos a quem, potencialmente, se dirige a norma. Daí sua doutrina ter sido designada teoria modificada do sujeito.²³

No direito alemão, a teoria da atribuição é a que mais vem ganhando adeptos, embora a teoria da subordinação, outrora dominante, continue tendo defensores.²⁴ Florivaldo Dutra de Araújo observa que as concepções teóricas de alguns autores sobre o enquadramento do direito administrativo enquanto ramo do direito público, como Jean Rivero²⁵ e Eduardo García de

un Derecho especial de los titulares del poder público” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 295).

²⁰ Hartmut Maurer, *Derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 51.

²¹ *Ibid.*, p. 51.

²² Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 102.

²³ *Ibid.*, 101-102.

²⁴ Hartmut Maurer, *Derecho administrativo alemán*, op. cit., p. 52.

²⁵ Para Jean Rivero: “A quase totalidade das normas de direito administrativo pode reconduzir-se a uma ou a outra destas derrogações do direito privado — derrogações para mais e derrogações para menos (...)” (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981).

Enterría e Tomás-Ramón Fernández,²⁶ “encaixam-se perfeitamente na teoria da atribuição, embora os autores a ela não se reportem”.²⁷

Entre as concepções teóricas que buscaram explicar a separação entre o direito público e o privado, a teoria da atribuição é a que fornece o critério mais adequado para explicar a atuação administrativa sob regime de direito privado, ao admitir que a administração pública possa ser submetida às mesmas normas que disciplinam o comportamento dos demais sujeitos de direito, sem que isso represente o afastamento da sua finalidade precípua — a consecução do interesse público.

3. Atuação da administração sob regime de direito privado e o estado social de direito

Sempre existiu possibilidade de aplicação do direito privado pela administração pública. No estado liberal de direito, tal aplicação era tida como residual ou supletiva,²⁸ dada a própria necessidade de se afirmar a autonomia do direito administrativo. Nesse sentido, as lições de Bernardo Strobel Guimarães:

Ou seja, mesmo na vigência do paradigma liberal, em que era mais necessário afirmar que o Direito Administrativo não se compatibilizava com o Direito Privado, as regras privadas deste ramo eram aplicadas com vistas a reger certas atuações da Administração Pública.

²⁶ Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madri: Civitas, 2000. v. I, p. 51).

²⁷ Florivaldo Dutra de Araújo, *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, op. cit., p. 102.

²⁸ Tal visão pode ser ilustrada pelas lições de André Hauriou (1945, p. 460): “Para definir o processo mediante o qual se operam esses empréstimos do direito comum, contentamo-nos geralmente em lembrar que o direito privado deve ser considerado como supletivo em relação às normas administrativas. Não só, porém, nesse sentido de que, em caso de silêncio das regras administrativas, se aplicam literalmente as leis ou códigos de direito privado, mas também no sentido de que o juiz administrativo, quando os problemas que se lhe apresentam não encontrem absolutamente solução nos textos administrativos, pode e deve aplicar as regras gerais que as leis civis contêm” (HAURIOU, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 465-473, 1945).

Aqui, todavia, é preciso sublinhar um dado importante. Na raiz da concepção exposta acima de que o Direito Privado seria residual está uma visão tipicamente Liberal de mundo. A partir desse referencial, havia uma nítida cisão entre os interesses públicos e privado. Daí porque ser, em tese, interdito ao Direito Administrativo tal como concebido na origem gerir interesses de ordem econômica, que em tese pertenciam ao universo privado das relações jurídicas. Nada mais natural, portanto, em ver a utilização de vias privadas pela Administração como fenômeno residual.²⁹

No entanto, com a transição do estado liberal de direito para o estado social de direito e a consequente ampliação do rol de atividades estatais, sobretudo nos domínios social e econômico, a administração pública foi levada a recorrer com maior frequência e intensidade aos meios fornecidos pelo direito privado. Conforme observa Vasco Pereira da Silva, a utilização de meios privados pela administração se deu tanto no âmbito da organização administrativa quanto na atividade desenvolvida pelas autoridades administrativas.³⁰ No plano da organização administrativa, o citado autor observa que:

(...) surgem e multiplicam-se os fenómenos de Administração Pública sob formas privadas (v. g. sociedades de capitais públicos, sociedades mistas). Realidades que são a consequência direta do aumento das tarefas públicas do Estado prestador, que tanto implicou o crescimento do aparelho administrativo, como obrigou à necessidade de encontrar formas de organização mais adequadas à satisfação dos novos fins públicos de carácter económico e social.³¹

Neste contexto, insere-se o objeto central deste estudo: as fundações públicas de direito privado. As fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado constituem exemplo típico da utilização de instrumentos jurídicos privados para a consecução das novas tarefas que a administração

²⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Tese (doutorado em direito do estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 50-51.

³⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 103-104.

³¹ *Ibid.*, p. 104.

é chamada a exercer a partir das demandas sociais e econômicas decorrentes do estado social de direito.

4. Fundação pública de direito privado

Considerando que a organização administrativa é o capítulo mais inconsistente do direito administrativo brasileiro,³² as fundações instituídas e mantidas pelo poder público constituem exemplo emblemático de tal inconsistência. Provavelmente, nenhuma entidade da organização administrativa brasileira suscitou tantas polêmicas no plano doutrinário e jurisprudencial quanto as fundações públicas,³³ em especial as constituídas sob forma de direito privado.

No entanto, antes de adentrar nas polêmicas envolvendo as fundações públicas disciplinadas pelo regime de direito privado, faz-se necessário o enquadramento das fundações no quadro da teoria geral do direito.

4.1 Substrato estrutural das pessoas jurídicas

Denomina-se de substrato estrutural da pessoa jurídica a disposição das partes constitutivas de sua estrutura interna.³⁴ Em outras palavras, “é a arquetônica ou arcabouço interno da pessoa jurídica”.³⁵

Ao analisar o substrato estrutural da pessoa jurídica, é irrelevante analisar a finalidade perseguida pela mesma,³⁶ ou seja, se a entidade exerce atividade de saúde, ensino, assistência, previdência, industrial ou comercial.

³² Neste sentido, cf. MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 out. 2011. Segundo Paulo Modesto: “As disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do Estado Brasileiro, em particular sobre organização das entidades da administração indireta, caracterizam-se pelo casuísmo e pela imprecisão conceitual” (Paulo Modesto, *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública*, op. cit., p. 1).

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 122.

³⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 19. Explica José Cretella Júnior que “Substrato (de sub, debaixo e estrato, camada) significa ‘camada interna’; estrutural significa ‘relativo à estrutura’, ‘relativo à anatomia’” (Ibid., p. 19).

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

As pessoas jurídicas, consideradas em relação a sua estrutura, seja no direito privado ou no direito público, dividem-se em duas espécies: a) corporações (*universitates personarum*) e b) fundações (*universitates rerum*).³⁷ Nesse sentido, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Embora toda e qualquer pessoa, perante o Direito, seja tão só um centro subjetivo de direitos e obrigações, é possível discernir, nas pessoas morais, substratos diferentes. As distintas bases elementares que as compõem são classificáveis em duas espécies. Reduzidas à expressão mais simples todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, convergem apenas para dois polos: corporativo e fundacional.³⁸

As corporações caracterizam-se como conjunto, personalizado, de pessoas vinculado a determinada finalidade. A noção de patrimônio não é estranha às corporações. No entanto, nas corporações, o patrimônio constitui apenas em instrumento para que a entidade possa alcançar sua finalidade.

Já as fundações constituem-se de patrimônio personalizado dirigido a determinado fim. Isso não significa que nas fundações não figurem pessoas, cuja existência é necessária para o próprio funcionamento da entidade. No entanto, as pessoas que fazem parte da fundação, seja como administradores ou como destinatários de suas atividades, não são partes constitutivas do “substrato do ser”³⁹. Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nas fundações, quer seus administradores quer os beneficiários da obra a que tendem, por isso mesmo que não são membros, permanecem à margem de sua estrutura, externos à pessoa. São terceiros em relação a ela: agentes que servem-na ou destinatários de sua atividade. Daí a distinta função dos indivíduos em um e outro tipo de pessoa: nas corporações são elementares, nas fundações instrumentais.⁴⁰

Em suma, pode-se afirmar que algumas pessoas jurídicas são compostas por membros que formam a entidade: são as corporações. Outras pessoas

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 363; Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 21.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, op. cit., p. 363.

³⁹ José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 21.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, op. cit., p. 365.

jurídicas não possuem membros, sendo, portanto, constituídas de patrimônio personificado e afetado a determinada finalidade: são as fundações. Tal distinção das pessoas jurídicas segundo seu substrato estrutural é comum ao direito público e ao direito privado, tratando-se, portanto, de diferenciação própria da teoria geral do direito.⁴¹

4.2 Definição de fundação

Fundação constitui categoria jurídica comum tanto ao direito público quanto ao direito privado⁴². Para José Cretella Júnior, a fundação, como categoria jurídica comum ao direito público e ao direito privado, pode ser definida como (a) patrimônio (b) personalizado (c) afetado ou dirigido a um fim.⁴³

O primeiro elemento do conceito é o patrimônio, que constitui o “complexo das atividades econômicas”⁴⁴ (bens e direitos) que pertence a determinado sujeito de direito. O segundo elemento é a personalidade que permite ao sujeito de direito ser titular de direitos e obrigações na ordem jurídica. O terceiro e último elemento consiste na vinculação da entidade a determinada finalidade a ser perseguida.

4.3 A coexistência de fundações públicas de direito público e fundações públicas de direito privado na organização administrativa brasileira

Existe no direito brasileiro dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica das fundações públicas, formando-se duas correntes distintas. A primeira

⁴¹ Neste sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Trata-se, portanto, de análise inserida no âmbito da teoria geral do Direito, situado no patamar da Ciência Jurídica, precisamente área comum ao direito público e privado. Noção tão singela e intuitiva como esta algumas vezes escapou a certos mestres, seja por falta de aprofundamento da matéria, seja pelo empenho em afirmar a independência do direito público” (Ibid., p. 367)

⁴² Segundo José Cretella Júnior: “Não cabe, é claro, a nenhum ramo particular do direito, quer público, quer privado, reivindicar para o seu campo a prioridade do instituto da fundação e, muito menos, estruturar-lhe o conceito, que deve ser amplo, de modo a pairar bem acima de qualquer implicação individualizada de um determinado sistema de direito positivo” (José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 11).

⁴³ Ibid., p. 21.

⁴⁴ Ibid., p. 22.

corrente, fundada num certo “preconceito civilístico”,⁴⁵ defende que todas as fundações instituídas pelo poder público apresentam personalidade jurídica de direito privado, sendo, portanto, disciplinadas pelo Código Civil.⁴⁶ Nesse sentido, vale conferir as lições de Hely Lopes Meirelles:

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituído fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo — educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. — com a personificação de bens públicos, e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir, erroneamente, personalidade pública a essas entidades.

O equívoco é manifesto. As fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas, como se vem afirmando. São e continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações (Código Civil, arts. 16, I e 24 a 30), mas destinadas a realizar atividades de interesse público, sob o amparo e controle permanente do Estado.⁴⁷

A segunda corrente sustenta ser possível a instituição pelo poder público tanto de fundação de direito público quanto fundação pública de direito privado, constituindo a primeira em modalidade do gênero autarquia.⁴⁸ José Cretella Júnior, em estudo aprofundado sobre o tema, destaca que o conceito de fundação não é próprio do direito privado, sendo comum ao direito público.⁴⁹ O mencionado autor destaca que a noção de fundação

⁴⁵ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁶ Neste sentido, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 339-345; FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *As fundações e o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 100, p. 1-31, abr./jun. 1970; FAGUNDES, Miguel Seabra. Da contribuição do código civil para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 1-25, out./dez. 1964; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. II, p. 139.

⁴⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 339-340.

⁴⁸ Neste sentido, cf. José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 51-66; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 149; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Fundações públicas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 101, p. 173-182, jan./mar. 1989; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328-329.

⁴⁹ José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 11-14.

foi desenvolvida inicialmente pelo direito privado dada a sua precedência histórica em relação ao direito público, mas o instituto é comum a ambos os campos da ciência jurídica.⁵⁰

José Cretella Júnior, após análise jurídico-comparada, conclui que a fundação de direito público tem raízes no direito estrangeiro, especialmente no direito italiano, precedendo à própria noção de autarquia.⁵¹ Segundo o autor, a noção de autarquia, criada pelo direito administrativo italiano e, posteriormente, incorporada ao direito brasileiro, pressupõe a existência da figura da fundação de direito público. Ao citar diversos autores italianos da primeira metade do século XX, José Cretella Júnior demonstra que a doutrina italiana classificava os entes de direito público (entidades autárquicas não territoriais) em: a) corporações ou associações; e b) fundações ou instituições.⁵² Em outros termos, o autor demonstra que no direito italiano, assim como no direito brasileiro, a fundação de direito público é espécie de entidade autárquica.

O Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades posicionou-se no sentido da possibilidade de instituição pelo poder público de fundação pública de direito público, bem como de fundação pública de direito privado, afirmando constituir a primeira em espécie de autarquia.⁵³ Neste sentido, vale transcrever trecho da ementa do Recurso Extraordinário nº 101.126-2/RJ, rel. min. Moreira Alves:

(...) — Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado.

⁵⁰ Ibid., p. 10-11 e p. 64-66. Segundo o José Cretella Júnior: “Se a fundação privada preexiste, no tempo, a anterioridade é apenas cronológica. Trata-se de irmão mais velho, que nasceu primeiro. Não é, porém, de modo algum relação de entidade-matriz para entidade-filial. Nem muito menos pode ocorrer a petrificação de entidade que nasceu antes, exaurindo-se em instituto ímpar e estanque no direito privado, sem possibilidade de reportar mais tarde no direito público” (Ibid., p. 10).

⁵¹ Ibid., p. 37.

⁵² José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 37-44. No mesmo sentido, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, op. cit., p. 363-372.

⁵³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 101.126-2/RJ. Relator ministro Moreira Alves, julgado em 24/10/1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=193482>>. Acesso em: 16 dez. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 219.900-1/RS. Relator ministra Ellen Gracie, julgado em 4/6/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331649>>. Acesso em: 16 dez. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.427-5/DF. Relator ministro Eros Grau, julgado em 30/8/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392178>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

- As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público.
- Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2º do artigo 99 da Constituição Federal. (...) ⁵⁴

Embora não integre o escopo do presente estudo aprofundar essa discussão, tendo em vista que se pretende estudar as fundações públicas disciplinadas pelo direito privado, faz-se necessário destacar que a fundação não constitui instituto exclusivo do direito privado. No Brasil, a descentralização administrativa pode ocorrer tanto pela instituição de fundação pública de direito público (entidade de natureza autárquica) quanto pela instituição de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado.

4.4 A fundação pública de direito privado como instrumento de descentralização administrativa: breve análise histórica

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969 não trataram expressamente das fundações públicas, levando parcela da doutrina a concluir que o texto constitucional não considerou tais entidades integrantes da administração pública indireta. ⁵⁵

No âmbito da legislação ordinária federal, o Decreto-lei nº 200/1967, em sua redação original, não incluiu as fundações públicas no rol das entidades da administração indireta (art. 4º, inciso II). No entanto, o seu art. 4º, §2º, equiparava às empresas públicas, para os efeitos daquele diploma normativo, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos a União tenha participação, quaisquer que sejam suas finalidades. Segundo Sérgio de Andréa Ferreira, o citado dispositivo legal “evidenciava a colocação de tais

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 101.126-2/RJ. Relator ministro Moreira Alves, julgado em 24/10/1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=193482>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

⁵⁵ Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a Constituição Federal de 1967 não considerava as fundações como entidades da administração indireta, sob o argumento de que o artigo 99, §2º “estendeu a proibição de acumular cargos, empregos ou funções às empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias; silenciou quanto às fundações” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Do direito privado na administração pública*, op. cit, p. 122).

instituições, como já era aceito anteriormente, entre as entidades paraestatais — isto é, de direito privado — da administração indireta, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista”.⁵⁶

José Cretella Júnior ressalva que as “fundações constituídas pelo poder público”, mencionadas pelo §2º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 “(...) nada têm a ver com as fundações de direito público”.⁵⁷ O citado autor argumenta que, ao equiparar as fundações constituídas pelo poder público às empresas públicas, o §2º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 deixou claro que a sua natureza é “(...) típica de direito privado, não se identificando com uma das espécies de autarquia, a fundação de direito público, que é tipicamente de direito público”.⁵⁸ Em outras palavras, a entidade mencionada pelo §2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 é a fundação pública de direito privado.⁵⁹

Em 1969, §2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 foi expressamente revogado pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 900, de 25 de fevereiro. Já o art. 3º do Decreto-Lei nº 900/1969 expressamente excluiu as fundações públicas de direito privado da administração pública indireta; no entanto, submeteu-as à supervisão ministerial, quando recebessem subvenções ou transferências orçamentárias federais.⁶⁰

Para Adilson de Abreu Dallari, o citado comando normativo tinha o propósito claro de afastar as fundações públicas de certos ônus e sujeições a que estavam submetidas as entidades da administração indireta. Explica o autor:

A modificação feita pode ser facilmente explicada. Na redação original, a “equiparação” às empresas públicas poderia ensejar problemas de acumulação de cargos e de controle pelo Tribunal de Contas. Ao afirmar

⁵⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Atualidade das fundações constituídas pelo poder público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

⁵⁷ José Cretella Júnior, *Fundações de direito público*, op. cit., p. 66.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a opção legislativa de conferir roupagem de direito privado às fundações públicas visava evitar que tais entidades apresentassem o mesmo déficit de eficiência que os órgãos da administração direta, debilidade que era creditada, equivocadamente, ao regime jurídico administrativo (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, op. cit., p. 161-162).

⁶⁰ Dispõe o art. 3º do Decreto-lei nº 900/1969: “Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações constituídas 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”.

que fundações não integram a Administração Indireta, tais problemas foram resolvidos, de maneira bastante simples, quase mágica.

As fundações ficavam sob controle apenas do Poder Executivo (supervisão ministerial) não obstante fosse uma forma de gestão de bens e serviços públicos. Pedindo-se especial vênica para uso de uma expressão popular, pode-se dizer que, em síntese, a horta ficou à guarda do cabrito.⁶¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o art. 3º do Decreto-Lei nº 900, destaca a sua incongruência, nos seguintes termos:

Ora, curiosamente os controles previstos no mencionado art. 26 são justamente os aplicáveis às entidades da administração federal indireta. Este fato ressalta ainda mais o absurdo de o art. 3º do decreto-lei n. 200 declarar, contraditoriamente, que tais fundações não são administração indireta e, ao mesmo tempo, colocá-las sob regime praticamente igual aos das entidades de direito privado que o são.⁶²

Sérgio de Andréa Ferreira entende que a exclusão feita pelo citado dispositivo normativo transformou as fundações privadas instituídas pelo poder público em “entes de cooperação”.⁶³ Para o citado autor, trata-se de “processo de descentralização por cooperação — que se distingue da descentralização institucional, responsável pelo surgimento dos organismos personalizados da administração descentralizada”.⁶⁴

No entanto, o Decreto-Lei nº 900/1969, demonstrando certa preocupação com a criação desmesurada de tais entidades, estabeleceu alguns parâmetros para a sua instituição.⁶⁵ Dispõe o art. 2º do mencionado diploma normativo:

Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

⁶¹ DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 110, p. 199-210, abr./jun. 1991. p. 202-203.

⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, op. cit., p. 170.

⁶³ Sérgio de Andréa Ferreira, *Atualidade das fundações instituídas pelo poder público*, op. cit., p. 1.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Neste sentido, vale cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, op. cit., p. 162.

- a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação;
- b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total;
- c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;
- d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (artigos 24 e seguintes do Código Civil).

Apesar dos retrocessos proporcionados pelo Decreto-Lei nº 900/1969, a Lei nº 6.223/1975, que trata da fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, determinou que suas normas fossem aplicáveis, no que coubesse, às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.

Em 1986, o Decreto-Lei nº 2.299, de 21 de novembro, conferiu nova redação ao art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, incluindo novamente o §2º, que integrou as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos a União participe, às entidades da administração indireta, para os seguintes efeitos:

- 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 1970.⁶⁶

Sérgio de Andréa Ferreira observa que a integração das fundações de direito privado à administração indireta determinada pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986 “(...) era ainda mais restrita do que ocorria no regime do Decreto-Lei nº 200/67, pois feita apenas para certos efeitos, aliás expressamente estabelecidos”.⁶⁷

⁶⁶ O §3º do art. 4º, também incluído pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, excluía das disposições da alínea b as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

⁶⁷ Sérgio de Andréa Ferreira, *Atualidade das fundações instituídas pelo poder público*, op. cit., p. 2. Observa o citado autor que: “Não se chegou, portanto, à plena identificação das fundações com as entidades paraestatais. Como se lê nas disposições transcritas, a equiparação às pessoas

Em 1987, a Lei nº 7.596 alterou novamente a redação art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, integrando de forma plena as fundações públicas entre as entidades da administração indireta. Também foi incluído o inciso IV ao art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, definindo a fundação pública como:

(...) 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.

Tal definição deixou claro que as fundações públicas incluídas no inciso II do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967 têm natureza jurídica de direito privado. Sérgio de Andréa Ferreira, com base na definição do art. 5º, inciso IV do Decreto-Lei nº 200/1967, adverte para o eventual equívoco que a designação “fundações públicas” pode suscitar:

A denominação fundações públicas não é errônea, desde que tomemos o adjetivo públicas no mesmo sentido em que figura na designação empresas públicas, isto é, indicativa de que são criaturas do poder público e que não integram a administração pública.

Não significa, em absoluto, que se cuide de pessoas jurídicas de direito público (errada é, como já salientado, a referência a fundações de direito público, se não se trata de autarquia): pelo contrário, na conceituação de fundações públicas, constantes, agora, de um inciso IV aduzido ao art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, são elas consagradas expressamente, conforme sempre sustentamos como entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado.⁶⁸

paraestatais era, apenas, para fins financeiros e de classificação de empregos e funções. Anote-se que, no tocante ao aspecto de gestão e controle financeiro, a situação das fundações, na realidade, em nada se modificou, uma vez que, conforme apontamos em trabalhos anteriores, já estavam submetidas à supervisão ministerial, à fiscalização do Tribunal de Contas e como empresas estatais, em sentido largo, como eram consideradas (art. 2º, II, do Decreto-lei nº 84.128, de 29 de outubro de 1979), já estavam sujeitas a controle de recursos e dispêndios” (Ibid., p. 2-3).

⁶⁸ Ibid., p. 4.

A natureza privada das fundações públicas também é reforçada pela definição do inciso IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 que, ao definir as finalidades de tais entidades, estabelece que essas devem se dedicar ao “desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público”.

Podem ser extraídas da definição de fundação pública, prevista no inciso IV do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, as seguintes características:

- a) necessidade de autorização legislativa para criação de fundação, tendo em vista a imprescindibilidade da chancela do poder legislativo para legitimar a transferência de bens públicos para a constituição da entidade;
- b) caráter não lucrativo da entidade, devendo os seus excedentes operacionais ser reinvestidos na consecução dos seus fins;
- c) autonomia administrativa, nos mesmos termos das demais entidades da administração indireta;
- d) patrimônio próprio, o que é inerente a qualquer espécie de pessoa jurídica;
- e) gestão do patrimônio pelos respectivos órgãos de direção, isto é, pelos administradores;
- f) funcionamento custeados por recursos da União e de outras fontes.

A Lei nº 7.596/1987 incluiu no §3º do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967 disposição normativa que enseja grande inquietação na doutrina. Dispõe o mencionado parágrafo: “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”.

A primeira parte do citado dispositivo não demanda maiores problemas interpretativos, pois, assim como as demais pessoas jurídicas de direito privado, o início da personalidade jurídica da fundação pública se dará com o registro público do seu ato constitutivo, assim como ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, a segunda parte do §3º parece estar em contradição com a própria definição estabelecida pelo inciso IV do mesmo artigo, pois, ao mesmo tempo que estabelece que a fundação pública é entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, a exclui das disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Sérgio de Andréa Ferreira, ao comentar o §3º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, conclui que:

Essa regra é realista.

Em verdade, como já defendemos em trabalhos anteriores, a fundação de direito privado instituída pelo poder público — hoje fundação pública — é privada, mas não é particular. E as normas do Código Civil dizem respeito a essas: as fundações públicas são de direito civil, na medida em que são de direito privado, mas não as fundações do Código Civil, tendo, pois, um regime próprio de ius privatum. (grifo nosso)⁶⁹

Ao afirmar, com base na parte final do o §3º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, que as fundações públicas são disciplinadas por regime jurídico próprio, distinto do regime aplicável às demais fundações instituídas pela iniciativa dos particulares, o citado autor estaria afirmando que tais entidades não seriam disciplinadas pelo direito privado, mas por um direito especial aplicável apenas às entidades fundacionais constituídas pelo poder público. Em outras palavras, com base na distinção entre direito público e direito privado fornecida pela teoria da atribuição (ou teoria modificada do sujeito), analisada no item 2.4 deste trabalho, a afirmação de Sérgio de Andréa Ferreira levaria à conclusão de que as fundações públicas seriam, na verdade, regidas pelo direito público, entendido este como o direito especial do Estado.

Não parece ser a citada interpretação do §3º do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 a mais coerente. O citado dispositivo parece afastar a incidência de certas disposições do Código Civil incompatíveis com o regime jurídico das entidades da administração indireta, ainda que revestidas de forma de direito privado. Entre as disposições do Código Civil que seriam afastadas pelo art. 5º, §3º, do Decreto-Lei nº 200/1967, por serem incompatíveis com o regime jurídico aplicável às entidades da administração indireta, podem ser mencionadas: a) a tutela do Ministério Público sobre tais entidades (art. 26 do Código Civil de 1916 e art. 66 do Código Civil de 2002);⁷⁰ b) possibilidade de os bens a ela destinados serem convertidos em títulos da dívida pública, quando insuficientes para a constituição da entidade (art. 25 do Código Civil de 1916); c) possibilidade de ter os bens a ela destinados incorporados

⁶⁹ Sérgio de Andréa Ferreira, *Atualidade das fundações instituídas pelo poder público*, op. cit., p. 5-6. Em sentido aproximado, cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Do direito privado na administração pública*, op. cit, p. 123.

⁷⁰ Neste sentido, cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Do direito privado na administração pública*, op. cit, p. 129.

ao patrimônio de outra fundação, quando insuficientes à sua criação (art. 63 do Código Civil de 2002); d) a limitação dos fins para os quais podem ser constituídas as fundações (art. 62, parágrafo único do Código Civil de 2002); e) a possibilidade de os bens da fundação serem destinados a outra fundação com fins iguais ou assemelhados, em caso de extinção (art. 30 do Código Civil de 1916 e art. 69 do Código Civil de 2002); entre outras. As disposições do Código Civil relativas às fundações são inaplicáveis às fundações públicas, ainda que revestidas de personalidade jurídica de direito privado, pois ao contrário das fundações privadas, que uma vez constituídas se desvinculam da vontade do seu criador, as fundações públicas continuam vinculadas ao ente público que a instituiu, integrando a sua administração indireta.

4.5 A fundação pública de direito privado na Constituição Federal de 1988 e na Emenda Constitucional nº 19/1998

Ao contrário de sua antecessora, que não tratava expressamente das fundações públicas, a Constituição Federal de 1988 tratou das fundações públicas em diversos dispositivos, no entanto, com grande vacilação conceitual e terminológica.⁷¹ Conforme observa Paulo Modesto, o texto constitucional adota pelo menos quatro formas de referência às fundações: a) “fundação” (art. 37, XVII e XIX; 39, §7º; 40, *caput*; 163, II; 167, VIII; 202, §§3º e 4º da CF; e art. 8º, §5º do ADCT); b) “fundação pública” (art. 39, *caput* da CF, com redação anterior à EC nº 19/1998; e art. 19 do ADCT); c) “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 22, XXVII, com redação anterior à EC nº 19/1998; 71, II e III; 150, §2º; 157, I; 158, I; 165, §5º, III; 169, §1º da CF; art. 18; 35, §1º; e 61 do ADCT); e d) “fundações sob controle estatal” (art. 163, II da CF; e art. 8º, § 5º do ADCT).⁷²

A Constituição Federal de 1988 em alguns dispositivos parece se referir à “administração fundacional” como segmento distinto da administração indireta, como ocorre nos arts. 38, *caput* e 37, XI. No entanto, outros dispositivos constitucionais parecem nitidamente incluir as fundações na administração

⁷¹ Paulo Modesto, *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública*, op. cit., p. 3.

⁷² Ibid. Neste mesmo sentido, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Fundações estatais de direito privado: viabilidade jurídica do PLP n. 92/2007. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 136-169, mar./jul. 2009.

indireta, como sucede com o art. 37, *caput*, após o avento da EC nº 19/1998,⁷³ assim como os incisos XVII e XIX.

Diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 alinham o regime jurídico das fundações públicas com o das autarquias e com o da própria administração direta, conferindo a tais entidades, pelo menos aparentemente, perfil jurídico de direito público, embora nenhum dispositivo constitucional trate expressamente da sua natureza jurídica. Podemos citar como exemplos desses dispositivos: a) o art. 39, *caput* da CF que, em sua redação original, estabelecia a obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas; b) o art. 40, *caput* da CF, com redação conferida pela EC nº 41/2003, que determina a instituição de regime de previdência específico para os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações; c) art. 169, §1º da CF, que exclui apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista da exigência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias para a concessão de vantagens ou aumento da remuneração do seu pessoal; d) art. 19, *caput* do ADCT, que confere estabilidade aos servidores públicos civis da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que tenham sido admitidos sem concurso público. Aparentemente os citados dispositivos constitucionais não foram direcionados às fundações públicas de direito privado, mas às fundações públicas de direito público — as denominadas fundações autárquicas.

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, buscou afastar algumas imprecisões e incongruências do texto constitucional relacionadas às fundações públicas. A EC nº 19/1998 excluiu do art. 37, *caput* da Constituição, a referência a “administração fundacional”, passando a constar apenas “administração pública direta e indireta”.

No entanto, a mais significativa alteração procedida pela EC nº 19/1998 no texto constitucional relacionada com as fundações públicas se deu no

⁷³ Antes do advento da EC nº 19/1998, o art. 37, *caput* da Constituição Federal, referia-se a “administração pública direta, indireta e fundacional”. Apesar da imprecisão terminológica, já que a “administração fundacional” está expressamente inclusa na noção ampla de “administração indireta”, desde a Lei nº 7.596/1987, o constituinte buscou afastar qualquer tentativa do legislador ordinário de afastar as fundações públicas dos princípios e regras constitucionais atinentes à administração pública, como correu no passado com o Decreto-Lei nº 900/1969.

inciso XIX do art. 37. A redação original do referido inciso dispunha que “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”. Era clara a imprecisão técnica do dispositivo, na medida em que a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública de direito privado sempre demandou, no direito brasileiro, o registro dos seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial, conforme o caso.

Com o advento da EC nº 19/1998, o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal passou a conter o seguinte comando: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Pode-se extrair do referido preceito que as fundações públicas de direito privado, assim como as empresas públicas e sociedades de economia mista, por constituírem pessoas de direito privado, deveriam ter sua criação apenas autorizada por lei, já as fundações públicas de direito público, por constituírem espécie do gênero autarquia, devem ser subsumidas no próprio conceito de autarquia e, portanto, não demandariam dupla referência na citada norma.⁷⁴

O inciso XIX do art. 37 passa a exigir a edição de lei complementar para a definição das áreas de atuação das fundações públicas, embora até a presente data tal dispositivo constitucional ainda careça de regulamentação.⁷⁵ Analisaremos a seguir o projeto de lei complementar apresentado pelo Poder Executivo Federal para disciplinar o citado comando constitucional.

⁷⁴ Neste sentido, cf. Paulo Modesto, *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública*, op. cit., p. 5. Em sentido contrário, Diogenes Gasparini sustenta que a fundação de direito público deverá ser inscrita no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da mesma forma que a fundação de direito privado (Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, op. cit., p. 330).

⁷⁵ Conforme observa Paulo Modesto, a expressão “neste último caso” empregada pelo art. 37, XIX da Constituição Federal, após o advento da EC nº 19/1998, suscita dúvidas, podendo ser interpretado de duas maneiras: a) cabe à lei complementar definir apenas as áreas de atuação das fundações; ou b) cabe à lei complementar também definir as áreas de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista (Paulo Modesto, *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública*, op. cit., p. 6). Vale destacar que Paulo Modesto opta pela primeira interpretação (Ibid., p. 6). Em sentido contrário, cf. PEREIRA, Lucieni. Fundações estatais na organização do estado brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 98-135, mar./jul. 2009.

4.6 As fundações públicas no PLP nº 92, de 2007

Em 13 de julho de 2007, buscando implementar a parte final do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei complementar — PLP nº 92/2007, visando estabelecer as áreas de atuação das fundações públicas. Dispõe o art. 1º, *caput* do PLP nº 92/2007:

Art. 1º Poderá, mediante lei específica, ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

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;

VIII — comunicação social; e

IX — promoção do turismo nacional.

Embora o texto do anteprojeto utilize no art. 1º, *caput* e §1º apenas o vocábulo “fundação”, o ministro de Planejamento, Orçamento e Gestão qualifica tais entidades de “fundações estatais” nos itens 2, 3 e 4 da exposição de motivos (EM nº 00111/2007/MP), afastando-se da expressão “fundação pública”, que há muito tempo se encontra consolidada no plano doutrinário e jurisprudencial.⁷⁶

⁷⁶ No entanto, conforme observa Sérgio de Andréa Ferreira, “a expressão ‘fundação estatal’ aparece, tão somente, na Exposição de Motivos” (FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As fundações estatais e as fundações com participação estatal*. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 84).

O art. 1º do PLP nº 92/2007, ao definir indistintamente as áreas de atuação das fundações com personalidade jurídica de direito público e das fundações com personalidade jurídica de direito privado, incorre em equívoco. As fundações com personalidade jurídica de direito público, conforme já tratado anteriormente, são espécie do gênero autarquia.⁷⁷ Considerando que as fundações com personalidade de direito público estão englobadas pelo vocábulo “autarquia” empregado pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, a lei complementar deveria se ater a definir as áreas de atuação das fundações com personalidade jurídica de direito privado.

O art. 1º, *caput* do PLP nº 92/2007, estabelece que as fundações com personalidade jurídica de direito privado devem ser instituídas para o desempenho de atividade que não seja “exclusiva de estado”, expressão que sempre suscitou polêmicas nos planos doutrinário e jurisprudencial. No item 4 da Exposição de Motivos (EM nº 00111/2007/MP), o ministro de Planejamento, Orçamento e Gestão esclarece que a intenção do referido comando normativo é de “(...) 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 PLP nº 92/2007 tem sido criticado por criar a possibilidade de instituição de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado,⁷⁸ como se inexistisse tal possibilidade no direito brasileiro. O PLP nº 92/2007, caso aprovado, não criaria a possibilidade de instituição de fundação pública de direito privado, já que há muito tempo o direito administrativo brasileiro admite tal alternativa de descentralização administrativa; no entanto, restringiria o emprego de tais entidades de direito privado às áreas nele contempladas.

O PLP nº 92/2007 também foi criticado por sua concisão, já que contém apenas dois artigos, o segundo tratando da vigência da norma.⁷⁹ No entanto, não poderia ser diferente, tendo em vista que o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal atribuiu à lei complementar o papel de apenas definir as

⁷⁷ Em certa medida, o art. 1º, *caput*, ao dispor que mediante lei específica poderá “ser instituída ou autorizada a instituição de fundação”, reconhece a natureza de autarquia à fundação com personalidade jurídica de direito público, já que à luz do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal as únicas entidades da administração indireta instituídas diretamente por lei são as autarquias.

⁷⁸ Neste sentido, cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, mar./jul. 2009.

⁷⁹ Neste sentido, cf. *ibid.*, p. 74; ZAGO, Maria Fontão. Fundações governamentais na dicotomia direito público e direito privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 328-329.

áreas de atuação das fundações públicas de direito privado, não sendo da sua alçada a definição dos seus contornos jurídicos.⁸⁰

Na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o relator do projeto, deputado Pedro Henry, emitiu parecer, em 1º de novembro de 2007, favorável à aprovação do mesmo. No entanto, em 28 de maio de 2008, o relator alterou seu parecer, requerendo a aprovação de projeto substitutivo, tendo em vista a necessidade de se estabelecerem “diretrizes de orientação que devem nortear as leis especiais instituidoras de fundações estatais”.

O substitutivo padece da mesma vacilação terminológica verificada no texto constitucional, empregando simultaneamente as expressões: a) “fundação” (arts. 1º, *caput*; 2º, §2º; e 9º); b) “fundação instituída pelo poder público” (art. 1º, §1º); c) “fundação pública” (art. 1º, §2º; 2º, *caput*; 3º, *caput* e parágrafos; 4º; 5º, 7º, 8º; e 10).⁸¹ Interessante notar que o deputado Pedro Henry, no relatório que apresenta o substitutivo, prefere empregar a expressão “fundação estatal”.

No substitutivo foram incluídas três outras áreas de atuação para as fundações: “ensino e pesquisa”, “formação profissional” e “cooperação técnica internacional”. Também foram acrescidas ao substitutivo diversas disposições normativas que nitidamente exorbitam o campo da lei complementar prevista pelo art. 37, XIX da Constituição Federal ou desnecessárias, na medida que apenas explicitam comandos constitucionais aplicáveis a tais entidades: a) sujeição à legislação federal sobre licitações e contratos administrativos (art. 3º, §4º); b) admissão de pessoal mediante concurso público (art. 3º, §5º); c) possibilidade de celebração de contrato de gestão; d) submissão a normas de direito financeiro (arts. 5º e 6º); e) possibilidade de cessão de pessoal das fundações para outros entes públicos (art. 10); entre outras.

Em 18 de junho de 2008, a deputada Alice Portugal apresentou voto em separado no qual critica o modelo de gestão da área de saúde fundado na “(...) transferência de recursos públicos para entidades de direito privado encarregadas de gerir o sistema”, tais como as organizações sociais (OS), as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip) e as fundações de apoio. Segundo a parlamentar, o projeto de lei complementar, que foi pensado inicialmente para corrigir o citado modelo de gestão, incorre nos

⁸⁰ Neste sentido, cf. Paulo Modesto, *As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública*, op. cit., p. 11.

⁸¹ Em sentido próximo, cf. Juliana Bonacorsi de Palma, *Fundações estatais de direito privado*, op. cit., p. 141-142.

“(...) mesmos vícios e equívocos que marcaram a criação das Oscips, das OS e das fundações de apoio”.

A deputada Alice Portugal propõe substitutivo no qual, apesar de suas críticas, mantém a possibilidade de instituição de fundação com personalidade jurídica de direito privado, mas exclui a atuação de tais entidades nas áreas de “ensino e pesquisa” e “formação profissional”. No entanto, a proposta da parlamentar manteve a possibilidade de as fundações com personalidade jurídica de direito privado atuarem na área de “saúde” (art. 2º, parágrafo único), seara em que a parlamentar concentrou a maior parte de suas críticas e objeções ao substitutivo do relator. A maior inovação apresentada pelo substitutivo da deputada Alice Portugal encontra-se em seu art. 11, que revoga, a partir do terceiro ano civil subsequente ao ano de sua publicação, a Lei nº 8.958/1994, que trata das fundações de apoio das instituições federais de ensino e de pesquisa científica e tecnológica, e da Lei nº 9.790/1999, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

A proposta da deputada Alice Portugal não foi aprovada pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, que aprovou o substitutivo do relator. Em 2 de agosto de 2008, a Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania aprovou, por unanimidade, o parecer pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do substitutivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Em julho e agosto de 2013, o PLP nº 92 foi incluído em diversas oportunidades na pauta do plenário, no entanto, sem apreciação, em função do cancelamento da ordem do dia. Atualmente, o PLP nº 92 encontra-se fora da pauta.

4.7 As fundações públicas no anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal e entes de colaboração

Em 2007, o ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão instituiu comissão de especialistas em direito administrativo, por meio da Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, com o objetivo de elaborar anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal e entes de colaboração. Em 16 de junho de 2009, a comissão de juristas entregou ao ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao secretário de Gestão o anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal e entes de colaboração. O anteprojeto visa

estabelecer “normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades de paraestatais e as de colaboração”.

No anteprojeto, permanecem coexistindo as fundações públicas de direito público e as fundações públicas de direito privado, no entanto, com nova terminologia. O parágrafo único do art. 11 do anteprojeto, em consonância com o entendimento já hegemônico na doutrina, reconhece a natureza autárquica das fundações públicas de direito público, nos seguintes termos:

Considera-se autarquia, para todos os fins, a entidade estatal que a lei tenha denominado fundação ou fundação pública e cujas competências sejam de natureza incompatível com a personalidade de direito privado, não se sujeitando às normas da legislação civil e processual civil relativas a fundações nem às normas desta Lei relativas a fundações estatais.

Já as fundações públicas de direito privado passam a ser denominadas de “fundações estatais”, sendo definidas pelo art. 19, *caput* do anteprojeto como: “(...) a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, instituída e mantida por entidade ou entidades estatais, em conjunto ou não com particulares, com autorização legal específica, qualquer que seja sua denominação”.

O anteprojeto, seguindo tendência, há longo tempo sustentada pela doutrina, de aproximar o regime jurídico das fundações públicas de direito privado com o das empresas estatais, trata de ambas no Capítulo III do Título II denominado “Das entidades estatais de direito privado”, no qual trata, na seção I, das empresas estatais, e, na seção II, das fundações estatais. Na seção III do Capítulo II denominada “Do regime jurídico das entidades estatais de direito privado”, são estabelecidas disposições normativas comuns às empresas estatais e às fundações estatais.

O art. 19, §1º do anteprojeto, dispõe que a área de atuação da fundação estatal “observará o disposto na lei complementar a que se refere o inciso XIX do artigo 37 da Constituição”. Ao contrário do PLP nº 92/2007, o anteprojeto da comissão de juristas parte da interpretação de que a lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37 do texto constitucional se restringe a delimitar as áreas de atuação das fundações com personalidade jurídica de direito privado.

O regime jurídico das denominadas fundações estatais do anteprojeto da comissão de juristas, em grande medida, mantém os traços essenciais do Decreto-Lei nº 200/1967:

- a) entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado (art. 19, *caput*);
- b) necessidade de autorização legislativa para criação da fundação (art. 19, *caput*);
- c) entidade sem fins lucrativos (art. 19, *caput*);⁸²
- d) condução da entidade pelos respectivos órgãos deliberativos e de gestão, nos termos do seu estatuto (art. 19, §6º);
- e) possibilidade de recebimento de recursos financeiros para pagamento das despesas com pessoal ou de custos em geral (art. 19, §5º).

No entanto, o anteprojeto traz algumas inovações em relação do Decreto-Lei nº 200/1967, que merecem ser pontuadas:

- a) desnecessidade de designação de patrimônio inicial para constituição da fundação estatal (art. 19, §2º);
- b) possibilidade de desvinculação da entidade da administração indireta, mediante autorização legislativa (art. 19, §9º);
- c) admissibilidade de instituição de fundação estatal por mais de uma pessoa político-administrativa, podendo integrar simultaneamente a administração indireta dos seus instituidores (art. 20).⁸³

O art. 23, *caput* do anteprojeto, estabelece que “o pessoal da entidade estatal de direito privado submete-se à legislação trabalhista”. Com isso, o pessoal das fundações estatais será disciplinado pelo regime do direito do trabalho, nos mesmos termos e com as mesmas exceções já reconhecidas aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. Embora não fizesse o menor sentido submeter o pessoal de entidade de direito privado ao regime estatutário, tal norma demonstra que a comissão de

⁸² O artigo 19, §7º do anteprojeto, ressalva expressamente que: “A obtenção de recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos”.

⁸³ Tal dispositivo do anteprojeto se coaduna perfeitamente com as disposições da Lei nº 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais sobre a contratação de consórcios públicos. O art. 1º, §1º da Lei nº 11.107/2005, admite a possibilidade de constituição de pessoa jurídica de direito privado pelos entes da federação consorciados. Embora o artigo 6º, §1º da Lei nº 11.107/2005, estabeleça que apenas o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integrará a administração indireta de todos os entes da federação consorciados, parcela da doutrina entende que tal dispositivo também alcança os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado (cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 177; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 466; Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, op. cit., p. 349).

especialistas optou pela interpretação segundo a qual o comando do art. 39, *caput* da Constituição Federal, com a redação anterior à EC nº 19/1998,⁸⁴ não alcança as fundações pública de direito privado.

Apesar da mudança terminológica, que pode ensejar certas confusões iniciais, o anteprojeto da comissão de especialistas traz importantes inovações em relação ao tema. A aprovação do anteprojeto contribuiria muito para a resolução de diversas controvérsias relacionadas ao regime jurídico das fundações públicas de direito privado. No entanto, o anteprojeto, ainda, se encontra no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, não tendo sido encaminhado para a apreciação do Congresso Nacional.⁸⁵

5. Conclusão

As fundações públicas de direito privado apresentam grande potencial no direito administrativo brasileiro, ao conjugarem a flexibilidade do direito privado com os ônus e sujeições próprios das entidades da administração pública indireta. As fundações públicas de direito privado, para além das áreas para as quais foram tradicionalmente constituídas, como saúde, assistência social, educação, pesquisa científica, são de grande utilidade na instrumentalização de institutos administrativos introduzidos, nos últimos anos, na legislação brasileira, como os consócios públicos com personalidade jurídica de direito privado (art. 1º, §1º da Lei nº 11.107/2005), os fundos garantidores das parcerias público-privadas (art. 8º, V da Lei nº 11.079/2004) e os fundos de previdência complementar dos servidores públicos (art. 40, §14 da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 20/1998).⁸⁶

As discussões em torno das fundações públicas de direito privado são cercadas de preconceitos e associações equivocadas. Por um lado, tais

⁸⁴ A redação original do art. 39, *caput* da Constituição Federal, que trata do regime jurídico único de pessoal da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, voltou a vigorar, a partir de agosto 2007, com o deferimento parcial, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida liminar na ADIn nº 2.135-4, que suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do art. 39, *caput*, com redação determinada pela EC nº 19/1998.

⁸⁵ Maria Fontão Zago, *Fundações governamentais na dicotomia direito público e direito privado*, p. 332.

⁸⁶ A Lei nº 12.618/2012, que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, autorizou a União a criar as entidades incumbidas de administrar e executar os planos de benefícios previdenciários, sob a forma de “fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado” (art. 4º, §1º).

fundações públicas são associadas aos processos de fugas aos ônus e sujeições próprios do direito público perpetrados no regime constitucional anterior — como ocorreu na vigência do Decreto-Lei nº 900/1969. Por outro lado, tais entidades são associadas às entidades paraestatais criadas no âmbito da reforma administrativa do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, como as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse Público (Lei nº 9.790/1999). Nenhuma dessas associações se sustenta juridicamente, já que a Constituição Federal de 1988 reduziu, em relação às suas antecessoras, a possibilidade de as entidades da administração pública indireta, ainda que sujeitas a regime de direito privado, escaparem dos ônus e sujeições decorrentes dos princípios que regem a atividade administrativa, tais como: a) concurso público para provimento do seu pessoal; b) contratações precedidas de procedimento licitatório; c) vedação a cumulação de cargos e empregos públicos; d) submissão aos sistemas de controle interno e externo; e) limitação de despesa com pessoal; entre outros. Ao integrarem, constitucionalmente, a administração indireta, as fundações públicas de direito privado não possuem o mesmo potencial de “fuga para o direito privado”⁸⁷ que as entidades paraestatais, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, as fundações de apoio e os serviços sociais autônomos.

Se no passado as fundações públicas de direito privado foram utilizadas como instrumento para contornar os ônus e sujeições próprios do direito administrativo, na atualidade, tal possibilidade foi neutralizada pela Constituição Federal de 1988. Podemos dizer que o atual regime constitucional “domesticou” as fundações públicas de direito privado, mantendo a flexibilidade própria das entidades privadas, mas com os ônus e controles constitucionais próprios das entidades da administração indireta.

⁸⁷ A expressão “fuga para o direito privado”, cunhada originalmente por Fritz Fleiner, é empregada para caracterizar “(...) situações nas quais a Administração Pública adota as formas de organização e/ou as formas de atuação jurídico-privadas, para com isso se furta ao regime público a que normalmente está sujeita” (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública. reimp. Coimbra: Almedina, 1999. p. 17).

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, Tese (doutorado em direito administrativo) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. II.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 110, p. 199-210, abr./jun. 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Fundações estatais: proposta polêmica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 71-80, mar./jul. 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Do direito privado na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. Fundações públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 101, p. 173-182, jan./mar. 1989.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da contribuição do código civil para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 1-25, out./dez. 1964.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 69-113.

_____. Atualidade das fundações instituídas pelo poder público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 169, p. 01-11, jul./set. 1987.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. As fundações e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 100, p. 1-31, abr./jun. 1970.

_____. Regime jurídico das empresas públicas no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 14-39, abr./jun. 1970.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madri: Civitas, 2000. v. I.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 53. ed. México: Editorial Porrúa, 2002.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *O exercício da função administrativa e o direito privado*. Tese (doutorado em direito do estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HAURIUO, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 465-473, 1945.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. Tradução coordenada por Gabriel Doménech Pascual. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2008. Disponível em: < www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 16 out. 2011.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Fundações estatais de direito privado: viabilidade jurídica do PLP n. 92/2007. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 136-169, mar./jul. 2009.

PEREIRA, Lucieni. Fundações estatais na organização do estado brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 98-135, mar./jul. 2009.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madri: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.

ZAGO, Maria Fontão. Fundações governamentais na dicotomia direito público e direito privado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 306-333.