Número 14 – junho/julho/agosto 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

AS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO E O DEBATE SOBRE A NOVA ESTRUTURA ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Prof. Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia e do Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Membro do Ministério Público da Bahia. Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Secretário Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Professor Visitante em diversas Universidades brasileiras. Editor do site www.direitodoestado.com.br

1. INTRODUÇÃO

A organização administrativa do Estado constitui o **capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional**. Essa afirmação polêmica tanto vale para o **direito administrativo como conjunto de regras e princípios normativos** (microcosmo normativo, linguagem-objeto ou linguagem prescritiva do direito) quanto para o **direito administrativo como disciplina prática ou hermenêutica** (metalinguagem da interpretação, linguagem descritiva ou, sob outro enfoque, linguagem criptonormativa da doutrina). É o que se tentará demonstrar a seguir, enfatizando a aplicação dessa premissa às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

1.1. INCONSISTÊNCIA NORMATIVA

As disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do Estado Brasileiro, em particular sobre a organização das entidades da administração indireta, caracterizam-se pelo **casuísmo** e pela **imprecisão conceitual.**

Há marcado **casuísmo**, no sentido técnico, a partir da própria normatividade constitucional. A Constituição Brasileira, por um lado, estabeleceu que "somente por **lei específica** poderá ser **criada** autarquia e **autorizada** a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação (...)" (Art. 37, XIX), estabelecendo ainda que "depende de autorização legislativa, **em cada caso**, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas"(...) ou a "participação de qualquer delas em empresa privada" (Art. 37, XX); por outro lado, a Constituição **aparentemente** não reclamou a existência de uma **lei orgânica geral da administração pública**, destinada a conceder sistematicidade, previsibilidade e clareza conceitual às diferentes formas organizacionais de expressão do Poder Público.

A ausência de uma norma geral em matéria de organização administrativa permitiu e permite que em cada lei ordinária se **redefina conceitualmente as entidades da administração indireta do Estado.** A **lei específica** que cria ou autoriza a criação de entidade pública pode estabelecer disciplina que vale **casuisticamente** para **aquela** entidade criada ou autorizada, mas não para as demais, em aspectos sensíveis, como o âmbito de autonomia da entidade, a composição dos seus quadros dirigentes e o controle ou supervisão de sua atuação pela Administração Direta. O risco constante de **fragmentação** e **fluidez dos arranjos organizacionais,** ao contrário de ser algo positivo, terminou por produzir **grave confusão** no próprio **legislador**, no **administrador**, na **jurisprudência** dos Tribunais e entre **juristas**, gerando **incerteza e ineficiência** no que se refere ao *modus operandi* específico de cada tipo de entidade, o seu regime jurídico predominante e a sua forma de relacionamento com os órgãos de controle interno e externo. Falta um **quadro normativo nítido** do regime jurídico das entidades públicas e sobram soluções originais, **desencontros conceituais** e **mal entendidos** em matéria essencial para o funcionamento regular e ágil da Administração Pública.

O **casuísmo** certamente gera imprecisão, mas também é **retroalimentado por vacilações conceituais e terminológicas da própria legislação,** lamentavelmente a partir da Lei Fundamental, mas com reforço especial na legislação ordinária, em particular no Decreto-Lei 200, de 25/2/1967, expedido com fundamento no Ato Institucional 4, de 1966, em plena ditadura, composto por nada menos de **215 artigos**. Não é preciso buscar muito: o inciso XX, do art. 37, da Constituição Federal, já referido, ainda em sua redação original, reclama autorização legislativa específica tanto para **criação de subsidiária** como para a **participação em empresa privada** de **qualquer** das entidades referidas no inciso IX da art.37, o que é tecnicamente uma impropriedade evidente, **pois não parece concebível que autarquias e fundações constituam**

subsidiárias ou participem do capital de empresas privadas! O Decreto-Lei 200/67, de sua parte, confunde com freqüência institutos díspares, como a descentralização e a desconcentração (v.g, art. 10), além de adotar conotações problemáticas para definir autarquia e fundação pública, entre outras graves inconsistências, assinaladas reiteradamente pela doutrina.

Essa conclusão vale também para o âmbito estadual e municipal que, embora detentores de autonomia para disciplinar a própria organização administrativa, habitualmente têm adotado em grande medida o modelo da legislação federal.

No texto constitucional vigente, já com sucessivas emendas, no caso específico das fundações, que nos interessa aqui mais de perto, a vacilação **conceitual e terminológica pode ser qualificada como dramática.** São adotadas nada menos do que **quatro formas de referência a fundações no texto constitucional:**

> *a) "fundação" (art. 37, XVII, XIX; 39, §7º; art. 40, caput; 163, II, 167, VIII; 202, §§3º e 4º, da CF e art. 8º e 61, do ADCT);*
> *b) "fundação pública" (art. 39, caput, original, repristinado por recente decisão do STF; art. 19, do ADCT);*
> *c) "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público"(art. 71, II e III; 150, §2º; 157, I; 158,. I; 165, §5º, II e III; 169, §1º, da CF e art. 18; 35, §1º, V, e 61 do ADCT);*
> *d) "fundações sob controle estatal"(art. 163, II, da CF e art. 8º, §5º, da ADCT).*

Em algumas dessas disposições, a "fundação" referida **emparelha perfeitamente com as autarquias e com a própria administração direta, pessoas de direito público, a revelar semelhança de disciplina jurídica**. É o caso, por exemplo, do **art. 19 do ADCT**, pois o dispositivo garante aos "servidores públicos civis" dessas pessoas administrativas o direito a **estabilidade extraordinária** se em exercício continuado há pelo menos **cinco anos** na data da promulgação da Constituição e, mediante **concurso de efetivação**, a própria **integração em cargo público**. É a hipótese também do **art. 40, caput**, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, que determina a aplicação do regime de **previdência específico dos titulares de cargos efetivos** para servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Pode-se referir também o disposto no **art. 169, §1º, da CF**, que **ressalva apenas as empresas estatais da exigência de autorização específica na lei**

de diretrizes orçamentárias para a **concessão de vantagens ou aumentos de remuneração de pessoal**. É a hipótese igualmente do **art. 39, caput**, da Constituição, na redação original, repristinada por recente decisão do STF, que reestabeleceu a obrigatoriedade do regime jurídico único para a administração direta, das autarquias e das **fundações públicas**.

Em outros dispositivos, a "**fundação" referida recebe tratamento equivalente ao concedido a empresas estatais**, **pessoas submetidas predominantemente a regime jurídico privado**, como no **art. 37, XIX e 167, VIII, da Constituição Federal.** Na primeira disposição, também já referida, na redação da Emenda Constitucional n. 19/98, reclama-se lei específica para **criar** autarquia e, de modo claramente distinto, reclama-se lei específica para **autorizar a criação** de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação. No art. 61 do ADCT, que cuida especialmente de dispor sobre o fomento de **entidades privadas de ensino**, inclui-se também referência a manutenção de recursos para fundações de ensino e pesquisa "cuja criação tenha sido autorizada por lei". No art. 167, VIII, proíbe-se a utilização, sem autorização legislativa específica, de **recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social** para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, **fundações** e fundos.

FRANCISCO GAETANI denomina essa fluidez e incerteza das **formas estruturais da organização** administrativa de "cacofonia organizacional". Nas suas palavras: "A administração pública brasileira é correntemente caracterizada por uma **cacofonia organizacional devido à co-existência de múltiplas formas jurídicas referentes a como se estruturam os variados tipos de atividade governamental**". Essa cacofonia, que também reconhecemos, não traria problemas, se o **quadro geral fosse nítido,** com cada forma estrutural bem definida, a ser utilizada e compreendida por todos, sem vacilações e mal entendidos. Não é o que ocorre.

No **segmento das fundações**, saliente-se novamente, a Constituição refere ora a "administração fundacional" como **segmento à parte da administração indireta** (art. 38, caput; 37, XI, da CF), ora encarta as **fundações no âmbito da administração indireta** (art. 37, caput, XVII e XIX). Desse modo reproduz, no plano constitucional, a vacilações do legislador ordinário.

Na EC 19/98, em norma específica, o legislador da reforma deixou assinalado que esse estado de coisas **reclamava revisão abrangente, global, sistemática, abrangente de todas as entidades da administração indireta**. No art. 26, da Emenda Constitucional n. 19, prescreveu-se:

> *Art. 26. No prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente realizadas.*

A disposição não foi regulamentada nem foi efetivamente aplicada, não tendo ocorrido a revisão dos estatutos nem um programa para análise da transformação da natureza jurídica de entidades em dissonância organizacional com as suas finalidades ou competências efetivamente realizadas. Essa revisão, imposta em norma constitucional de cumprimento obrigatório, no entanto, somente parece viável se existente um **quadro coerente e global sobre a tipologia das formas estruturais da organização administrativa**, referencial para as revisões reclamadas. É dizer: o art. 26 da Emenda Constitucional n. 19/98 pode ser considerado base para a **exigência não apenas para a revisão da forma jurídica das entidades da administração indireta**, mas **base de exigência para uma nova lei orgânica da administração pública**, apta a revogar o Decreto-Lei 200/67 e oferecer sistematicidade e alguma clareza conceitual a organização administrativa brasileira.

Essa inteligência encontra reforço também em outras alterações realizadas pela Emenda Constitucional n. 19/98 em sede de organização administrativa. Com eficácia imediata, o legislador da reforma de 1998 promoveu alteração no art. 37, XIX, da Constituição para diminuir, em parte, a imprecisão técnica do texto, mas foi além, revelando também a sua preocupação com a sistematização dos entes da administração indireta. Na versão original do art. 37, XIX, dizia-se: *"XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública".* A imprecisão era patente: as autarquias eram e são criadas por lei, que as constitui, sem reclamarem qualquer outro ato adicional de instituição; as empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações de direito privado, reversamente, sempre reclamaram, ao menos em nosso direito, atos constitutivos e registros adicionais para a efetiva instituição, consoante a legislação regente. Por outro lado, **as fundações de direito público, ou fundações públicas, na dicção constitucional, entendidas como simples autarquias ou fundações autárquicas, deveriam ser subsumidas no próprio conceito de autarquia e, portanto, não deveriam demandar uma dupla referência no interior de um mesmo dispositivo constitucional**. Com a Emenda 19/1998, o texto assumiu outra feição: "*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*".

A redação vigente ainda é imperfeita. Coerente com a idéia de uma melhor sistematização das entidades da administração indireta, a exigência de lei complementar para definição das áreas de atuação de certas entidades é louvável, especialmente se a medida contribuir para ordenar as entidades conforme "a finalidade e as competências efetivamente realizadas", nos termos do art. 26 da Emenda Constitucional n. 19/98. Mas a forma como essa exigência foi posta no texto, lamentavelmente, permite a **ambigüidade sobre a abrangência da lei complementar**, isto é, deixou incerto se devem ser definidas as áreas de atuação das fundações apenas ou, por igual, também a área de atuação das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Com efeito, o texto da norma divide em dois os modos de emprego da lei específica na criação de entidades da administração indireta. Se com a expressão "neste último caso" está a referir o segundo modo de emprego da lei, a simples autorização para a instituição das entidades, então a abrangência é ampla e alcança todas as formas de entidade referidas na segunda parte da norma. Se a expressão refere a última entidade mencionada na relação de entidades apresentada, circunscreve-se às fundações referidas na segunda parte do dispositivo. Considero esta última a melhor compreensão do texto, especialmente sob um **ângulo sistemático**, pois a própria Emenda Constitucional 19/98 estabelece no art. 173 da Constituição, §1º e seguintes, a exigência de **lei ordinária** para disciplinar o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens. Se esta última matéria é entregue à lei ordinária, reserva-se o objeto da lei complementar referida na parte final do art. 37, XIX, apenas a disciplinar o campo de atividades das fundações criadas por autorização legal, isto é, as fundações estatais de direito privado.

A Emenda Constitucional 19, além disso, suprimiu da cabeça do art. 37 a expressão "administração fundacional", mantendo apenas a referência a administração direta e indireta, esta última suficiente para abranger todas as entidades personalizadas criadas pelo Estado. Mas, paradoxalmente, introduziu a expressão referida na cabeça do art. 38. Na EC 41/2003, a mesma expressão ressurge no sempre instável inciso XI do art. 37.

1.2. INCONSISTÊNCIA DA DOUTRINA

A doutrina brasileira tradicionalmente dispensou uma atenção secundária ao tema da organização administrativa. Por razões pragmáticas, diante da vertente autoritária de nossa administração pública, dominante na história do país, a doutrina concentrou atenção no estudo das "formas de expressão" da função administrativa (por exemplo, no regime do ato administrativo, do contrato administrativo, do regulamento) e nas garantias dos administrados (princípios jurídicos condicionantes da administração, processo administrativo e o controle administrativo), com o objetivo de precisar os limites e condicionamentos do agir da Administração. A estruturação do aparato administrativo, a organização

da administração no seu sentido subjetivo ou orgânico, recebeu muito menor atenção. Contamos ainda assim com estudos valiosos na matéria, verdadeiramente magistrais, especialmente sobre o regime das autarquias (v.g., a clássica tese de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a Natureza e o Regime Jurídico das Autarquias, publicada em 1968), mas são estudos em pequeno número, o que apenas confirma a tendência geral.

Esse fato explica em parte o grande desencontro de classificações e de conceitos entre os estudiosos da matéria.

Podemos exemplificar essa inconsistência da doutrina, por igual, com o conceito de **fundação**.

Todos concordam que **fundação** é categoria jurídica aplicada tanto no direito civil quanto no direito administrativo. Em qualquer os ramos, fundação é **patrimônio (conjunto de bens) personalizado, afetado a uma finalidade específica e não lucrativa definida pela vontade do instituidor, submetido a controle e fiscalização pelo Poder Público.**

No atual Código Civil, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de 1916, essa finalidade do instituidor vem demarcada, pois somente poderá constituir-se fundação para "fins religiosos, morais, culturais ou de assistência".

Mas cessam neste ponto as concordâncias.

Podemos classificar as orientações doutrinárias em matéria de fundações em três:

> a) Para a primeira, **monista,** toda fundação instituída e mantida pelo Poder Público é fundação de direito público, é autarquia ou fundação autárquica, apenas com a peculiaridade da criação ser realizada ou autorizada por lei e área delimitada por lei complementar (Celso Antônio Bandeira de Mello após a Constituição Federal de 1988, Lucas Rocha Furtado, Lúcia Valle Figueiredo);
>
> b) Para a segunda, **monista também**, tradicional e quase desaparecida após 1984, com a decisão no STF no RE 101.126-RJ, Rel. Moreira Alves, é impróprio falar-se em fundação de direito público, pois toda fundação é forma civil, isto é, de direito privado (Manoel Franco Sobrino, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles antes da Constituição de 1988);
>
> c) Para a terceira, **dualista**, o texto constitucional vigente refere a dois tipos de fundação, como explicitou a nova redação do art. 37, XIX, sendo possível falar-se tanto em **fundações de direito público**, autênticas autarquias, como em **fundações de direito privado**, desde que a denominação tenha coerência com a finalidade e as competências efetivamente realizadas. (Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diogenes Gasparini, Alice Gonzalez Borges)

Adoto, desde há muito, a **concepção dualista**.

As fundações são de direito público se manejam prerrogativas de direito público, **se titularizam poderes de autoridade, independentemente da atividade que desempenham**, pois semelhante autorização legal é incompatível com a aplicação geral do regime das entidades de direito privado. Neste caso, devem receber tratamento equivalente ao das **autarquias**, em sintonia com diversas disposições constitucionais, antes referidas (Art. 39, caput; 40, caput; 169, §1º.; 19, ADCT). Se são **autarquias fundacionais, por oposição às autarquias corporativas,** são disciplinadas integralmente por normas de direito público, em especial:

a) seus bens são inalienáveis (art. 67, CC), insuscetíveis de usucapião (art. Art. 200 do Decreto-Lei 9.700/19460), imprescritíveis e impenhoráveis;
b) o pagamento de dívidas decorrentes de condenações judiciais se faz mediante precatório (art. 100, CF);
c) a cobrança de seus créditos se faz por executivos fiscais;
d) gozam do foro privilegiado do juízo federal (art. 109, CF);
e) criação e extinção por lei (art. 37, XIX, CF);
f) capacidade de auto-administração; especialização dos fins ou atividades;
g) sujeição a controle ou tutela pela administração direta nos mesmos termos das demais autarquias, salvo regime especial (v.g., autarquias executivas).

Se a **fundação estatal é de direito privado**, predominam no seu funcionamento normas de direito privado, em sintonia também com diversas normas constitucionais antes referidas (art. 37, XIX; 167, VIII; 61, ADCT), porém **com diversas derrogações de direito público**, especialmente:

a) não aplicação das regras do direito civil sobre as áreas em que as fundações privadas podem atuar (CC, art. 62, parágrafo único) em face da existência de previsão constitucional específica (CF, art. 37, XIX);
b) extinção somente autorizada por lei, o que excepciona a regra do art. 69 do Código Civil;
c) aplicação aos seus servidores de diversas regras gerais dos servidores públicos, inclusive efetivos, como o teto constitucional de remuneração, analogia também empregada para fins criminais (art. 327, CP) e para fins de improbidade administrativa (Lei 8.429/92);
d) sujeição dos seus dirigentes ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas, no que dizem respeito a essas funções (art. 1, § 1, Lei 4.717/65);
e) cumprimento, em matéria de finanças públicas, das exigências dos art. 52, VII, 169, 165, §5 e 9, da CF;

São obviamente comuns aos dois tipos de fundações:

a) imunidade tributária do art. 150, § 2; da CF;
b) vedação de acumulação de cargos ou de empregos públicos (CF, art. 37, XVII);
c) obrigatoriedade da licitação (art. Art. 22, XXVII); concurso público (art. 37, II);
d) controle pelo Tribunal de Contas (art. 71, II e IV);
e) controle do Ministério Público em termos gerais (ações civis públicas, ações de improbidade etc), entre outros aspectos, que não cabe aqui detalhar.

2. PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR N. 92/2007

Na tentativa de dar cumprimento ao disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, e com o objetivo de renovar a aplicação da forma "fundação" no âmbito da Administração Pública, o atual governo apresentou no último mês de junho o projeto de Lei Complementar n. 92/2007, cuja transcrição integral se impõe:

Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

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.

§ 1º.Para os efeitos desta Lei Complementar, compreendem-se na área da saúde também os hospitais universitários federais.

§ 2º. ***O encaminhamento de projeto de lei para autorizar a instituição de hospital universitário federal sob a forma de fundação de direito privado será precedido de manifestação pelo respectivo conselho universitário.***

Art. 2º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.

*Na exposição de motivos (EM nº 00111/2006/MP, datada de 04 de junho de 2007), assinada pelo Ministro Paulo Bernardo, Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, é afirmado que "***o Projeto prevê que somente poderá ser instituída para desempenho de atividades estatais que não sejam exclusivas de Estado, de forma a vedar a criação de entidade de direito privado para exercício de atividades em áreas em que seja necessário o uso do poder de polícia***".*

O texto do projeto é contido e merece elogios por isso. Além disso, é positivo o fato de explicitar em norma entendimento de que persistem no sistema jurídico nacional as duas alternativas de configuração das fundações no âmbito da Administração Pública, a **fundação estatal de direito público** e a **fundação estatal de direito privado**.

No entanto, no interior do Governo, duas orientações se apresentam neste momento: alguns acreditam que projeto deve ser ampliado, para detalhar melhor o modo de funcionamento e estruturação das fundações estatais de direito privado (sinal disso é a previsão, aparentemente fora dos esquadros constitucionais,

de norma de natureza processual no art. 1º., §2º, do Projeto de Lei Complementar); outros, consideram que o projeto deve permanecer geral, cuidar exclusivamente de definir áreas de atuação das fundações estatais de direito privado, ser aprovado, e nas leis especiais de autorização de criação ou transformação das autarquias existentes para fundações de direito privado deve ser especificada a forma de funcionamento e estruturação das fundações de direito privado criados pelo Estado, inclusive mediante detalhamento de normas processuais. As duas orientações preocupam. A primeira, pois colocará o projeto em **situação de fragilidade jurídica, dado que a inclusão de temas organizatórios e processuais na lei complementar requerida pelo art. 37, XIX, parece exceder o âmbito previsto neste comando para a lei complementar, que unicamente está autorizada a definir as áreas de atuação das fundações estatais de direito privado.** A segunda orientação igualmente preocupa, pois pode ensejar uma grande variedade de soluções de organização e funcionamento das fundações a serem criadas ou transformadas, a tornar mais fragmentário e fluido ainda **a tipologia dos entes da administração indireta, na ausência de uma norma geral de enquadramento das entidades públicas.**

A segunda preocupação não é excessiva. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem mantido uma jurisprudência **dúbia** em relação às entidades da administração pública indireta, de direito privado.

Por um lado, podem ser referidos diversos pronunciamentos da Corte admitindo a **possibilidade de convivência no atual sistema constitucional de fundações estatais de direito privado e fundações estatais de direito público**.

Recolho, em particular, uma decisão em que o tema foi o centro do debate. Tratava-se do mandado de segurança n. 24.427-5, Distrito Federal, em que se debatia validade de ato emitido pelo TCU, que determinara ao Banco do Brasil que providenciasse junto ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para formalizar a criação da Fundação Banco do Brasil, dado que a instituição da entidade, ocorrida em 1986, não decorrera de lei autorizativa. O Supremo, por unanimidade de votos, considerou que a decisão do TCU era inexeqüível, pois determinava providência que somente poderia ser tomada pelo Presidente da República, mas, além disso, afirmou claramente trata-se de entidade privada, que não exerce função peculiar e exclusiva da administração pública, chegando a afirmar, para mim em evidente excesso, que impossível qualificá-la como "entidade da administração indireta". Leia-se com atenção a correspondente ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. 3. A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do decreto-lei n. 900/69. 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexeqüível. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida. (STF, MS 24427, Data de Julgamento: 30/08/2006, Relator: EROS GRAU, DJ 24/11/2006 PP/00064).

O tema voltou à baila na ADI 2794-DF, julgada pelo Supremo Tribunal em 14/12/2006, relatada pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicada no DJ 30/03/2007. Vale dizer, a segunda decisão relevante foi proferida quase quatro meses após a decisão no mandado de segurança n. 24.427-5, Distrito Federal.

Tratava-se de um debate sobre a demarcação de atribuições de segmento do Ministério Público federal e do Distrito Federal na tutela das fundações. Questionava-se o §1º do art. 66 do Código Civil, na parte que encarregava o **Ministério Público Federal** de velar pelas fundações, *"se funcionarem no Distrito Federal".*

O Tribunal considerou a disposição inconstitucional, por haver adotado, no dizer da corte, um critério que pecava, a um só tempo, "por escassez e por excesso". Transcrevo, nesta parte, a ementa:

> *"Por escassez, de um lado, na medida em que há fundações de direito público, instituídas pela União - e, portanto, integrantes da Administração Pública Federal e sujeitas, porque autarquias fundacionais, à jurisdição da Justiça Federal ordinária, mas que não tem sede no Distrito Federal.*
>
> *5. Por excesso, na medida em que, por outro lado, a circunstância de serem sediadas ou funcionarem no Distrito Federal evidentemente não é bastante nem para incorporá-las à Administração Pública da União - sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal -, nem para submetê-las à Justiça Federal."*

Por isso, concluía:

> *"Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil, sem prejuízo, da atribuição ao Ministério Público Federal da veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios."*

A decisão da corte merece diversas ressalvas:

a) É correto dizer que não cabe ao Ministério Público federal velar por fundações privadas ou fundações privadas instituídas pelo Poder Público simplesmente por terem sede no Distrito Federal.

Porém, é preciso reparar que:

b) As fundações estatais de direito privado também compõem a administração pública indireta. Por isso, podem ser aplicadas a elas disposições constitucionais diversas, tais como a (1) exigência de concurso público para os seus servidores; (b) a aplicação do teto de remuneração; (c) a exigência de licitação; (d) a proibição de acumulação de seus servidores; (e) o controle do Tribunal de Contas, entre outras disposições gerais, aplicáveis aos diversos organismos criados ou mantidos pelo Poder Público.

c) As fundações estatais de direito público são autarquias, sujeitas a controle interno e externo, criadas diretamente por lei. Logo, dispensável, a "veladura"do Ministério Público, pensada desde sempre para as fundações de direito privado, criadas por particulares, com o objetivo de fiscalizar a fidelidade dessas entidades a vontade indisponível do instituidor.

A confusão na jurisprudência, já se vê, não é pequena em relação às fundações.

Por outro lado, o Supremo Tribunal tem manifestado uma tendência à **aplicação integral do regime de direito público a entidades privadas que realizam serviço público, sem isolar a atividade de prestação de serviço público e outras atividades da entidade, inclusive o regime de seu funcionamento interno.**

Em caso famoso, o Supremo Tribunal determinou a equiparação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos **à Fazenda Pública**, inclusive para assegurar a observância do regime de precatório e o regime da impenhorabilidade e imprescritibilidade de bens. O argumento foi o exercício, pela ECT, de serviço público. (STF, RE 229.696/DF).

Em que medida pode-se aplicar o regime da Fazenda Pública a entidades instituídas sob regime de direito privado por realizarem serviço público? As prerrogativas reconhecidas devem dizer respeito a todos os campos de atividade das entidades, a um segmento destes ou, além disso, a todo funcionamento da entidade? Se as entidades realizam atividades mistas, complexas, em parte realização de serviço público, em parte atividade eminentemente privada, também devem ser enquadradas de modo simples no regime das autarquias?

São muitas perguntas, maiores perguntas, que espero sejam respondidas por uma nova Lei Orgânica da Administração Pública ou pelo trabalho e pesquisa dos senhores, procuradores de todo o Brasil, presentes a este importante evento científico.

Afinal, como dizia Guimarães Rosa, em Grande Sertão Veredas: "**Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só a fazer outras maiores perguntas".**

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MODESTO, Paulo. AS FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO E O DEBATE SOBRE A NOVA ESTRUTURA ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Texto base da conferência realizada pelo autor no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 09 de outubro de 2007, em Arraial da Ajuda, Porto Seguro, Bahia. Parte da exposição foi também utilizada na conferência proferida pelo autor no VI Fórum Brasileiro sobre a Reforma do Estado, na cidade do Rio de Janeiro, em 1 de outubro de 2007.