

Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

I - CONSULTA

A **FUNDAÇÃO DO ABC - FUABC**, entidade civil sem fins econômicos, voltada à assistência social, saúde e educação, honra-nos com consulta a respeito de questões de direito administrativo, especialmente sobre o regime jurídico ao qual se encontra submetida e quais suas respectivas implicações.

A Consulente nos encaminhou, para tanto, cópia de seus Estatutos - o vigente à época de sua constituição e o em vigor -, de seu Regimento Interno, de pareceres e decisões exarados pelo Tribunal de Contas de Estado de São Paulo, bem como consulta formulando os seguintes quesitos:



1. Qual a natureza jurídica da Fundação do ABC?

2. Quais são as principais implicações decorrentes do regime jurídico a que deva se submeter, especialmente no que concerne às suas contratações, recursos humanos e mecanismos de fomento, diretos e indiretos?

Em face, pois, do que se fez chegar às nossas mãos, oferecemos o seguinte Parecer.

II – PARECER

(i) Histórico da Fundação

Analisando os documentos que foram submetidos à nossa apreciação, constatamos que a Fundação do ABC foi instituída, em maio de 1967, pelos Municípios de Santo André (Leis ns. 2.695, de 24.5.1967 e 2.741, de 10.7.1967), de São Bernardo do Campo (Lei n. 1.546, de 6.9.1967) e de São Caetano do Sul (Lei n. 1.584, de 4.7.1967)¹, tendo sido

¹ As leis mencionadas sofreram algumas modificações pelas leis ns. 2.905, de 1º de março de 1968; 3.732, de 12.11.1971; 3.741, de 25.11.1971; 4.014, de 9.4.1973 e 5.725 de 16.7.1980, do Município de Santo André; Leis ns. 1.630, de 11.6.1968; 1.907, de 6.5.1971; 2.031, de 6.4.1973; 2.186, de 30.6.1975, e 2.415, de 31.7.1980, do Município de São Bernardo do Campo; e leis ns. 1.661, de 9.2.1968; 1.900, de 23.6.1971; 2.024, de 11.4.1973; 2.247, de 9.5.1975 e 2.623, de 11.7.1980, do Município de São Caetano do Sul.



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

denominada "Fundação Universitária do ABC", cuja finalidade era a de "criar, organizar, instalar e manter estabelecimentos de ensino superior e de pesquisas".

Inicialmente, a Fundação do ABC constituiu a Faculdade de medicina do ABC (FMABC), em 07/03/1968, e, posteriormente, outras entidades por ela mantidas, como o Hospital de Ensino, em 20/03/1973, o Centro Saúde Escola de Capuava, em 15/05/1990, o Hospital Municipal Universitário de São Bernardo do Campo, em 13/11/1998, e o Hospital Estadual Mário Covas.

Não obstante a Fundação do ABC tenha sido constituída com recursos exclusivamente públicos, pertencentes aos Municípios que a instituíram, nos termos do artigo 6º de seu Estatuto de origem, constou no artigo 3º do referido diploma que sua natureza jurídica era de direito privado.

Consta de seu estatuto de origem diversos artigos que demonstram a relação da Fundação com os Municípios que a instituíram. Vejamos alguns exemplos: obrigatoriedade de subvenções pelos Municípios (alínea "a" do artigo 5º); previsão de reversão dos bens aos Municípios, em havendo extinção da Fundação (§2º do artigo 5º); submissão da remuneração do Presidente da entidade ao teto remuneratório de Secretário Municipal da Prefeitura de Santo André (artigo 12);



o Conselho de Curadores, órgão com funções deliberativas e normativas, era composto por representantes indicados pelos Municípios (artigo 14 e ss.); admissão de pessoal mediante realização de concurso público (artigo 13, inciso VIII c.c. art. 21, inciso IX); composição da Comissão Fiscal por representantes do órgão fazendário de cada Prefeitura; os valores pertencentes à Fundação deveriam ser depositados em estabelecimentos oficiais de crédito (artigo 28); dever de encaminhar aos Municípios relatório pormenorizado acerca das contas apresentadas (artigo 30).

No ano de 2004, sobreveio novo Estatuto da Fundação, o qual modificou algumas normas previstas no anterior, dentre elas a que dispunha sobre a finalidade da Fundação, a qual foi significativamente ampliada (artigo 3º).

Atualmente, a Consulente mantém 15 (quinze) outras entidades: a Faculdade de Medicina do ABC, mantida estatutariamente, e outras 14 (quatorze), estas últimas qualificadas como Organizações Sociais de Saúde². São elas: (i) Pronto Atendimento – UPA Peruíbe, em Peruíbe; (ii) Hospital de Ensino, em São Bernardo do Campo; (iii) Central de Convênios, em Santo André; (iv) Hospital Municipal Universitário de SBC, em São Bernardo do Campo; (v) Hospital Estadual Mário Covas – OS - E, em Santo André; (vi) Hospital da Mulher Mãe José dos S. Stein – OS-M, em Santo André; (vii) Hospital Municipal Irmã Dulce –

² Dados referentes ao exercício de 2012.



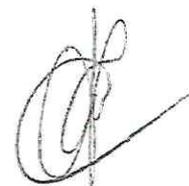
Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

OS/M, em Praia Grande; (viii) Ambulatório de Especialidades Médicas – AME - OS/M, em Praia Grande; (ix) Hospital Bertiooga OS/M, em Bertiooga; (x) PS Central Vereador José Tudo Azul Ginez Ramble, em São Bernardo do Campo; (xi) Hospital de Clínicas Dr. Radamés Nardini, em Mauá; (xii) Hospital de Emergências Albert Sabin, em São Caetano do Sul; (xiii) Ambulatório de Especialidades Médicas – AME - OS/M, em Santo André; (xiv) Ambulatório de Especialidades Médicas – AME - OS/M, em Mauá.

Importante anotar que, de acordo com os documentos que nos foram submetidos à apreciação, as contas da Fundação do ABC são analisadas separadamente pelo Tribunal de Contas do Estado.

Isso porque a Fundação do ABC, embora tenha sido qualificada como Organização Social, também é considerada uma Fundação de Apoio, pois vinculada estatutariamente à Faculdade de Medicina do ABC, por ela mantida. Desse modo, as suas contas, enquanto Fundação de Apoio na Gerência da Faculdade de Medicina do ABC são apreciadas por uma unidade do Tribunal de Contas. As demais mantidas são fiscalizadas por outra unidade, no caso, a responsável pela inspeção das Entidades do Terceiro Setor.



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Conforme informado pela Consulente, esta controla todas as entidades mantidas, embora cada uma possua diretoria própria para administrá-las, gerindo suas respectivas atividades operacionais.

No que diz respeito às contratações, a Fundação informa que estas são feitas de acordo com o seu Regulamento Interno de Compras, o qual exige cotações de três preços para aquisições de bens ou serviços, mas dispensa a publicação de edital e do extrato de contrato em veículo de comunicação de grande circulação.

Quanto ao regime de admissão de pessoal na Fundação do ABC, excetuando-se as contratações de professores, as dos demais profissionais não são precedidas de concurso público, mas sim baseadas no regulamento próprio de pessoal. Referida situação acarretou apontamento do Tribunal de Contas ao ensejo de fiscalização a fim de que as admissões de pessoal para as funções administrativas e burocráticas que se integram a atividade-meio da Fundação ABC sejam precedidas de concurso público.

A Consulente informa, ainda, que é detentora de certificações de utilidade pública, concedidas pela União, pelo Estado e pelos Municípios e que se submete aos seguintes órgãos de fiscalização: Ministério Público do Estado de



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;
Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo; e auditoria
externa.

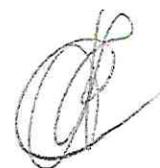
Este foi, em síntese, o cenário fático
submetido à nossa apreciação, o que nos permite desenvolver
as considerações que seguem.

(II) **Considerações acerca da natureza jurídica da Fundação
do ABC**

O Estado brasileiro está constituído, nos
termos da Constituição da República promulgada em 05 de
outubro de 1988, como sendo um Estado de direito
democrático.

Quanto à **forma de Estado**, somos uma
federação, que reúne pessoas jurídicas de direito público com
capacidade política, isto é, competências legislativas próprias,
que exercitam autonomia política, administrativa e financeira.

Quanto à **forma de Governo**, somos uma
República, que se caracteriza pela eletividade dos governantes,
temporiedade dos mandatos e possibilidade de



Márcio Cammarosano

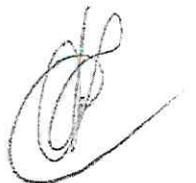
Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

responsabilização daqueles, nos termos da ordem jurídica em vigor. E a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal (Constituição da República, art. 1º, "caput").

Quanto ao sistema de governo, adotamos o presidencialismo, pois no Presidente da República estão reunidas as figuras de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Nos Estados da Federação, no Distrito Federal e nos Municípios, os Chefes do Executivo são os Governadores e os Prefeitos.

Adotamos, nuclearmente, a técnica da tripartição das funções estatais, atribuídas ao Legislativo, Executivo e Judiciário, com um sistema de freios e contrapesos, assim como atribuições de funções típicas e atípicas, com vistas à independência e harmonia entre os poderes.

No que concerne à organização da Administração Pública, cuidou a Constituição da República de estabelecer princípios e regras que compõem um sistema jurídico-normativo do mais elevado nível hierárquico, consistindo no regime jurídico constitucional-administrativo compreensivo de entidades da administração direta e indireta, ao qual devem obediência tanto o Legislativo quanto o Executivo, por ele velando, se provocado for, o Poder Judiciário.



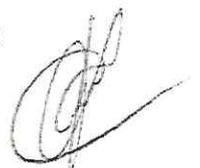
Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A Constituição de 1988 não economizou prescrições quanto à organização básica e atuação da Administração Pública, o que tem ensejado, e com acerto, a afirmação de que ela também está constitucionalizada, não obstante caiba à legislação infraconstitucional consubstanciar o adensamento normativo da organização administrativa e da disciplina do seu funcionamento por intermédio de todas as pessoas jurídicas e órgãos que a compõem.

Destarte, toda e qualquer consideração quanto ao regime jurídico a que se submetem as entidades que compõem a administração pública, bem como as que, embora não governamentais, atuem como parceiras dela, no sentido mais amplo dessa expressão, hão de ter por norte o que a Constituição da República prescreve. E a interpretação das prescrições infraconstitucionais pertinentes a essas mesmas entidades – como de resto todas as prescrições jurídico-normativas – devem ser levadas a efeito à luz dos princípios e regras insculpidos na nossa Lei Maior.

Assim é que desvendar o regime jurídico a que está submetida a Consulente, Fundação do ABC, instituída que foi pelos Municípios de Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul, para ser, originariamente, instrumento de sua atuação nas áreas assinaladas nas leis que autorizaram sua criação e nos termos de seus atos constitutivos, reclama considerar, inicialmente, preceitos constitucionais



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

pertinentes à administração indireta e, mais especificamente, dentre estas, as fundações.

Começemos por esboçar uma classificação geral das entidades que compõem a Administração Pública, seja ela Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Compõem a administração direta, em sentido amplo, os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e, nos Municípios, os órgãos do Poder Executivo e Legislativo, já que estes não dispõem de Poder Judiciário próprio.

Essas pessoas jurídicas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – são pessoas jurídicas de direito público no sentido estrito do termo, pois submetidas a regime jurídico de direito público, e com *status* constitucional. Essas pessoas jurídicas compõem, nuclearmente, o Estado brasileiro, como entidades estatais da administração direta, centralizada. Suas competências e autonomia estão constitucionalmente estabelecidas.

Desconsiderando aqui, porque não importa à finalidade deste parecer, a não coincidência absoluta apontada por alguns quanto aos conceitos de administração



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

centralizada e administração direta, vejamos quais as espécies de entidades que compõem, hoje, a denominada administração indireta.

Ao dispor a respeito da Administração Pública, direta e indireta, a Constituição da República prescreve que "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" (artigo 37, inciso XIX). Prescreve também que "depende de autorização, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, inciso XX)".

Importa ressaltar, desde logo, que as entidades referidas especialmente no inciso XIX do art. 37 não são as únicas espécies de pessoas jurídicas que compõem a administração indireta. Há também a possibilidade de criação de consórcios públicos, nos termos da lei 11.107, de 06 de abril de 2005, como pessoas jurídicas também governamentais, que podem revestir-se de personalidade de direito público - sendo verdadeiras autarquias - ou de direito privado.



Com efeito, nos termos da referida lei os consórcios públicos constituem associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (art. 1º, §1º e art. 6º).

É de se ressaltar também, desde logo, que a utilização das expressões "empresa pública" e "consórcio público", pela Constituição e pela lei, não estão associadas necessariamente a pessoa jurídica submetida exclusivamente a regime jurídico de direito público, como estão as entidades de administração direta e as autarquias. Empresas públicas são pessoas jurídicas governamentais, mas com personalidade de direito privado, assim como consórcios públicos não constituídos como associação pública, que igualmente têm personalidade de direito privado (Lei n. 11.107/2005, art. 1º, §2º e 6º, § 2º).

Releva anotar, ainda, que pessoas jurídicas criadas pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) como instrumento de sua atuação ficam submetidas ao direito privado quando não tiverem personalidade de direito público, como as autarquias. Mas essa submissão ao direito privado comporta sempre algum grau de submissão a princípios e regras de direito público, exatamente porque instrumentos de atuação governamental.

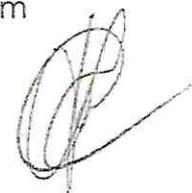
Diante desse quadro geral, onde alocar as denominadas fundações públicas? São elas pessoas jurídicas de



direito público ou de direito privado, não obstante governamentais, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os consórcios públicos não constituídos como associação pública?

Na medida em que designar como pública uma entidade governamental não significa atribuir-lhe necessariamente personalidade de direito público, dizer que uma fundação é pública porque instituída pelo Poder Público, não implica afastar, *prima facie*, a possibilidade de tratar-se de pessoa jurídica de direito privado.

Antes do advento da Constituição de 1988 já grassava divergências quanto à natureza jurídica das fundações governamentais. Hely Lopes Meirelles sustentava que essas entidades eram sempre, e por definição, pessoas jurídicas de direito privado, porque assim previstas no Código Civil. Já Celso Antônio Bandeira de Mello propugnava pela necessidade de prévio exame do regime jurídico de cada qual, detectável à luz da lei que a tivesse criado. Dizia referido autor que falar em fundação era falar de entidades cujo substrato, cuja base estrutural, é um patrimônio personalizado, ou melhor, a personificação de uma finalidade. Reconhecia, assim, a possibilidade da existência de fundações públicas com personalidade de direito público e fundações públicas com personalidade de direito privado.



Atualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que, com o advento da Constituição de 88, fundações públicas são pessoas jurídicas de direito público³.

Essa questão continua, a nosso ver, a desafiar a argúcia da doutrina e do Judiciário, além de órgãos de controle em geral.

Todavia, como já acenávamos linhas atrás, nosso ponto de partida há de ser sempre a Constituição da República, interpretada, sobretudo, com a perspectiva sistemática, que reclama composição de elementos variados sob perspectiva unitária.

Mesmo assim devemos estar advertidos de que, como dizia Agostinho Alvim, os problemas da dogmática não se resolvem pela taxonomia, e de que nem sempre se pode extrair dos textos jurídico-normativos uma única interpretação como sendo a correta, pois não raras vezes, como dizia Kelsen, a norma jurídica é uma moldura, um marco aberto a várias possibilidades de aplicação.

Cabe agora anotar que a Constituição da República, ao dispor a respeito da Administração Pública,

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros ed., 32ªed, pp. 190 e 191.



admite a criação, como entidades governamentais de administração indireta, de pessoas jurídicas de direito público – as autarquias - e de pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As autarquias, para o exercício de atividades típicas do Poder Público, **são criadas diretamente pela lei**, à imagem e semelhança de sua entidade mãe, conquanto com competências exclusivamente administrativas. As entidades governamentais com personalidade de direito privado são criadas mediante **autorização legislativa**.

A opção governamental pela criação de entidades de administração indireta com personalidade de direito privado (quando não seja impostergável pela natureza das competências a serem exercidas confiá-las apenas a pessoas de direito público), é opção legítima, desde que autorizada pela lei, e como forma de atuação menos burocratizada, mais ágil, não apenas como instrumento descentralizado, mas também sob a égide, em larga medida, do direito privado, que é o regime das entidades da iniciativa privada, em busca de maior rapidez e eficiência na tomada de decisões e cumprimento de suas finalidades.

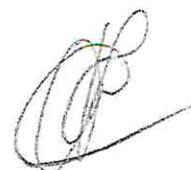
A tendência da legislação administrativa é, gostemos ou não, nesse sentido. Não é por outra razão que houve a inovação dos consórcios públicos personalizados, passíveis de qualificação como pessoas de direito público ou de



direito privado, e a concepção do setor público não estatal, com as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (OS e OSCIP).

São todos instrumentos de flexibilização da atuação governamental e de seus parceiros privados em busca da realização do interesse público com maior rapidez, eficiência e eficácia.

Nessa ordem de raciocínio, não há porque rejeitar a ideia, *prima facie*, de que dentre o leque de opções governamentais que instrumentalizem sua atuação, decida-se o Estado, nos termos da Constituição e das leis, por criar entidades com estrutura fundacional para atividades de saúde, assistência médica, cultura, educação e pesquisa. E criar entidades fundacionais optando também, como ocorre em matéria de consórcios personalizados, por atribuir-lhes personalidade de direito público ou de direito privado. As fundações públicas no sentido estrito do termo, **criadas diretamente pela lei**, como autarquias, e as fundações públicas no sentido amplo da expressão, espécie de entidade também governamental, **criada mediante autorização legislativa**, como pessoa jurídica de direito privado.

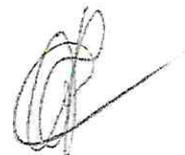


Óbice constitucional não há, sem embargo do disposto nos artigos 37, XI; 38; 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e algum outro que se possa apontar.

As dificuldades nessa matéria devem-se, em larga medida, à falta de maior precisão ou uniformidade terminológica da Constituição da República. Esta, referindo-se a fundações governamentais, alude a: a) **fundações instituídas e mantidas pelo poder público**: arts. 22, XXVII, original; art. 71, II e III; 150, §2º; 165, §5º, I e III; 169, §1º; ADCT, arts. 18; 35, §1º, V; e 64; b) **fundações públicas**: art. 39; ADCT, art. 19; c) **fundações**: art. 37, XVII, e XIX; d) **administração fundacional**: arts. 22, XXVII, e 37, XI.

Diante dessa torre de babel terminológico-constitucional, cabe ao interprete esforçar-se por responder, inicialmente, uma primeira questão, qual seja: ao se utilizar das expressões fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, fundações públicas, fundações e administração fundacional, está a Constituição a referir-se a uma única espécie de entidade constituída como fundação e, portanto, dotada de um mesmo e único regime jurídico?

Nossa resposta é pela negativa, nos seguintes termos:



a) é certo que todas as expressões e dispositivos constitucionais indicados dizem respeito a entidades com estrutura fundacional, instrumentos de atuação do Poder Público, por ele ao menos criadas. São disposições pertinentes ao gênero fundações governamentais, isto é, do setor público e não fundações particulares;

b) algumas disposições constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer fundação governamental, outras aplicáveis apenas a fundações públicas no sentido estrito do termo, pessoas jurídicas de direito público, espécie do gênero autarquias, e outras aplicáveis apenas a fundações governamentais, públicas em sentido amplo, mas constituídas como pessoas jurídicas de direito privado.

Toda e qualquer fundação do setor público deve obediência, por exemplo, ao art. 37, caput, da Constituição, seja de direito público ou de direito privado. Já o disposto nos arts. 39, caput, com sua redação original e em vigor, e o art. 19 do ADCT, são aplicáveis apenas às fundações públicas no sentido estrito do termo, pessoas jurídicas de direito público.

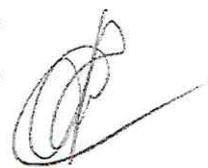
Entretanto, não cabe aqui levar às últimas consequências a interpretação de todas as disposições constitucionais relativas a fundações do setor público.



O que importa é enfatizar que perfilhamos o entendimento de que o gênero fundações governamentais ou fundações públicas em sentido amplo é compreensivo, sem ofensa à Constituição, de fundações públicas no sentido estrito do termo, com personalidade de direito público, espécie do gênero autarquias, e de fundações públicas, no sentido amplo do termo, mas com personalidade de direito privado.

José dos Santos Carvalho Filho, discorrendo a respeito da matéria, conclui que, tratando das fundações, não há como deixar de “distinguir as fundações públicas de direito privado de um lado, e as de direito público, de outro, estas últimas como espécies de autarquias⁴.”

As fundações com personalidade de direito público são criadas diretamente pela lei, e as de direito privado criadas mediante autorização legislativa, e com o registro civil de seus atos constitutivos. Quisesse a Constituição prescrever que, decidindo-se o Poder Público por criar uma entidade com estrutura ou base fundacional, mesmo para exercer atividades que não são privativas do Estado, ou de sua titularidade, só poderia fazê-lo atribuindo-lhe regime jurídico de direito público, como o das autarquias, tê-lo-ia dito expressamente, o que não fez.



⁴In Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014, 27ª edição, p. 529.

Destarte, e como já havia antes do advento da Constituição de 88, há espaço para criação, pelo Poder Público, de fundações com personalidade de direito público ou de direito privado. O que não se pode mais negar é a existência de fundações que, submetidas a regime de direito público, são, em rigor, de natureza autárquica ainda que assim não sejam rotuladas. É o que se passa, como já visto, com os consórcios públicos personalizados.

Outra questão que se pode levantar é quanto ao regime jurídico das fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado. As fundações dessa espécie submetem-se integralmente ao direito privado? É evidente que não. O fato de serem instrumentos de atuação governamental já implica submissão a regime jurídico parcialmente de direito público sob alguns aspectos, e regime de direito privado, sob outros. E pode até haver variação de graus quanto à submissão parcial a um outro regime jurídico consoante, por exemplo, a especificidade da natureza das atividades que desenvolvem.

De qualquer forma, impõe-se concluir que só não podem ser criadas pelo Poder Público, como pessoas de direito privado, fundações ou outras entidades às quais se atribua o exercício de poderes, de prerrogativas próprias de Estado. Poderes próprios de Estado, e mesmo assim nem todos,



Márcio Cammarosano

Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

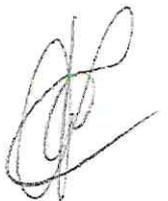
só podem ser exercidos pela administração direta ou por autarquias, como, aliás, restou estabelecido no art. 11 do anteprojeto de normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração, elaborado pela Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Pela oportunidade, permitimo-nos transcrever aqui trecho da exposição de motivos do anteprojeto, relativo a fundações estatais, nos seguintes termos:

"O anteprojeto, seguindo a mesma orientação adotada no Decreto-lei 200/67 (alterado, quanto às fundações, pela Lei 7.596/87) considera as fundações estatais como pessoas jurídicas de direito privado. As que foram ou vierem a ser instituídas com personalidade de direito público são, por disposição expressa, consideradas como autarquias, qualquer que seja a denominação que lhes seja atribuída pela lei instituidora; considerou-se ser essa a melhor solução já que, sendo de natureza pública, seu regime jurídico será necessariamente o mesmo a que se submetem as autarquias; de resto, esse é o entendimento já adotado predominantemente na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais superiores."

E mais adiante:

"O objetivo centro do anteprojeto, no tocante às fundações estatais, é o de, por meio de uma clara definição de seu regime jurídico, em seus múltiplos



aspectos, reverter a equivocada tendência - verificada sobretudo no âmbito federal - de autarquização de todas as fundações, mesmo daquelas cujas atividades não o justificassem. Se, por um lado, a Comissão pode propõe submeter ao regime autárquico as fundações de direito público, por outro, entende que a fundação estatal de direito privado é um modelo jurídico não só compatível com a Constituição como indispensável para atuação eficiente do Estado na área social. Sua utilização, hoje bastante dificultada por conta das dúvidas jurídicas, se tornará plenamente viável, se houver clareza jurídica quanto ao seu regime - e, claro, se ela estiver sujeita ao regime mínimo das entidades estatais imposto pela Constituição, como também ocorre nas empresas estatais."

A recuperação da figura da fundação estatal de direito privado tem de ser acompanhada da construção de um regime jurídico flexível de gestão, que lhe permita cumprir de modo eficiente suas missões, sem perda dos controles públicos. O anteprojeto busca alcançar esse objetivo por meio de mecanismos como o contrato de autonomia e a autorização para adoção de normas próprias de contratação⁵."

A este passo impõe-se tecer também algumas considerações quanto às organizações sociais (lei 9637, de 15 de maio de 1998) e às organizações da sociedade civil de interesse público (lei 9750, de 23 de março de 1999).

Independentemente das críticas de todos os matizes que se possa fazer a essas novas figuras concebidas no bojo da denominada Reforma Administrativa, o fato é que as Organizações Sociais - OS - e as organizações da Sociedade

⁵ MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização Administrativa Brasileira. 2. Ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 405.



Civil de Interesse Público – OSCIP -, integrantes do denominado Terceiro Setor, existem juridicamente. As entidades assim qualificadas integram o que se denominou **setor público não estatal**, que é formado por pessoas jurídicas que não objetivam lucro, não são estatais, mas atuam com vistas a cumprir finalidades de interesse público ou social.

Situadas a meio caminho entre o Estado e a iniciativa privada que explora atividade econômica no sentido estrito do termo, a dimensão multifacetada dessas entidades dificulta a precisa identificação do seu regime jurídico, dotado de singularidade, que se aproxima, sob certos aspectos, do direito público, sem perda de suas características de pessoa jurídica de direito privado.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em preciosa monografia intitulada "Terceiro Setor", professa:

"Não há uma única explicação para o crescimento das entidades do Terceiro Setor. No Brasil, seu crescimento resulta do incentivo dado pela "Reforma do Estado" à atividade administrativa de fomento, em decorrência da redescoberta do princípio da subsidiariedade, e da suposta crise do Estado enquanto prestador eficiente de serviços públicos. Muito embora, Terceiro Setor e atividade administrativa de fomento sejam assuntos distintos, a redescoberta da atividade administrativa de fomento pode ser vista como a maior responsável pelo crescimento no Brasil dos entes que integram o Terceiro Setor – pelo menos daquelas entidades que buscam



incentivos do Estado para executar seus objetivos sociais".⁶

Mais adiante, anota Sílvio Luís Ferreira da Rocha, abordando a titularização de entidades como integrantes do terceiro setor:

"A concessão de títulos pela Administração aos entes também é uma forma de fomento, na medida em que, a partir da nova qualificação recebida, estes entes podem gozar de benefícios econômicos diretos, mediante a concessão de subvenções e auxílios ou repasse de recursos pela celebração de contrato de gestão ou termo de parceria, ou indiretos, mediante a dispensa do recolhimento de tributos. Estes títulos, atualmente, são de três ordens: Utilidade Pública, Organização Social e Sociedade Civil de Interesse Público (...)"⁷

Necessário registrar desde logo que, por expressa disposição legal, consoante lista exaustiva, no rol das entidades que não podem ser qualificadas como OSCIP estão as fundações governamentais em geral, sejam elas fundações públicas no sentido estrito do termo, sejam fundações de direito privado, criadas por órgão público ou por fundações públicas (Lei 9.790/99, art. 2º, XI e XII).

Ora, a lei das OS's não contém essa vedação acima pontuada, de sorte que as fundações

⁶ In Terceiro Setor, Malheiros, 2006, 2ª edição, p.16.

⁷ Op. Cit., p. 68.

Márcio Cammarosano

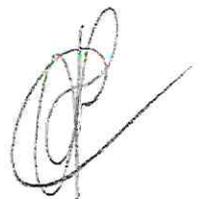
Professor da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

governamentais em geral, desde que atendidas todas as exigências da lei 9.637/98, podem receber a titulação de OS, aplicando-se-lhes então o regime jurídico híbrido, o que reclama exame cuidadoso em face de supostas inconsistências técnicas que, em tese, seja possível detectar.

Esse cuidado é importante neste parecer, já que a Consulente, Fundação do ABC, é originariamente uma fundação pública sob regime de direito privado, mas que foi qualificada como Organização Social, o que se reflete, inquestionavelmente, nos mecanismos de controle a que está submetida, sem prejuízo de um regime de atuação mais ágil e desburocratizado, convivente com instrumentos e mecanismos de fomento de variada natureza, em face mesmo das suas finalidades institucionais.

Dentre os mecanismos de fomento, de forma geral, podem ser relacionados: imunidades tributárias, como a do art. 150, VI, c/c §§ 2º, 3º e 4º; incentivos fiscais a doações efetivadas por pessoas jurídicas, sem prejuízo da destinação de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento, pelas OS's, de contratos de gestão.

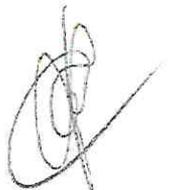
No que concerne ao regime jurídico das contratações, Organizações Sociais devem observar



regulamento próprio, nos termos do art. 17, lei 9.637/98. Admitem pessoal sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e sem necessidade de prévia aprovação em concurso público. Todavia, no que concerne à instrumentalização da Consulente para suas atividades enquanto fundação de apoio, a contratação de pessoal deverá ser precedida de concurso público.

A contratação de Organizações Sociais, pelo Poder Público, para a prestação de serviços, pode ser levada a efeito com dispensa de licitação (lei 8.666/93, art. 24, XXIV).

Todavia, e como dizíamos linhas atrás, na medida em que a Consulente é, originariamente, uma fundação pública (governamental) criada com personalidade de direito privado, integrante da administração indireta, e posteriormente qualificada como organização social, submete-se a regime jurídico híbrido, em razão mesmo dessas duas faces que ostenta. E se assim é, forçoso reconhecer que deve ser considerada como beneficiária de notas características que lhe conferem uma feição peculiar, *sui generis*; beneficiária de regime jurídico que lhe confere, enquanto organização social, maior desenvoltura, agilidade e eficiência na consecução de suas finalidades institucionais, enquanto entidade do terceiro setor, regida pelo direito privado, como em se tratando de admissão de pessoal, e atividade contratual nos termos de regulamento



próprio, sem prejuízo de sujeição a controle, pelo Ministério Público e Tribunal de Contas. De outro lado, como entidade fundacional pública, com personalidade de direito privado, apresenta-se como beneficiária de mecanismos de fomento, diretos e indiretos, como imunidade tributária, isenções e incentivos fiscais a seus doadores.

O reconhecimento da existência de entidades submetidas a regime jurídico híbrido, *sui generis*, permeado pela incidência de normas de direito público e de direito privado, dotadas até de personalidade jurídica bifronte, insusceptíveis de serem confortavelmente alocadas neste ou naquele escaninho preestabelecido, já foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento da ADI nº 3.026/DF, ao discutir questões relacionadas com a natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil.⁸

A Consulente, Fundação do ABC, não se assemelha, obviamente, à OAB, que tem inclusive *status* constitucional. Entretanto, mesmo ostentando personalidade de direito privado, apresenta-se como entidade bifronte, sob regime jurídico híbrido, resultante da conjugação de certas características das fundações públicas em sentido amplo, e das organizações sociais, como tal qualificada. Assim sendo, deve

⁸ Regime Jurídico Aplicável à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de Mariana Mêncio, in *O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ*, sob Coordenação de Flávio Henrique Unes Pereira, Márcio Cammarosano e outros, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014.



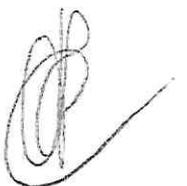
ser considerada, em favor de suas finalidades institucionais, de elevada relevância pública, beneficiária da incidência de normas que lhe proporcionem, a um só tempo, maiores recursos e economias a título de fomentos de variada natureza, e de maior desenvoltura e agilidade operacionais.

III- CONCLUSÕES

Em razão de todo o exposto, aos quesitos formulados pela Consulente respondemos:

1. A Fundação ABC se apresenta, originariamente, quanto à sua natureza jurídica, como uma fundação pública, no sentido amplo do termo. Nessa qualidade integra a Administração Pública Indireta, mas ostenta personalidade de direito privado, diferentemente das denominadas autarquias fundacionais, estas sim regidas pelo direito público.

Trata-se, também, a Fundação ABC, de fundação de apoio no que concerne à Faculdade de Medicina do ABC, sem embargo de desenvolver atividades como Organização Social, para tanto devidamente qualificada, sendo integrante, nessa qualidade, do denominado terceiro setor e, assim, submetida ao regime jurídico próprio das OSs.



2. Dentre as principais implicações decorrentes do regime jurídico a que se submete a Consulente, podemos relacionar as seguintes:

Licitações e contratos – A Consulente, no exercício de atividade contratual passível de ser identificada como destinada exclusivamente à sua atuação enquanto fundação de apoio – distinta, portanto, de sua atuação ou de suas filiais ou subsidiárias na qualidade de Organização Social – sujeitar-se-ia, em tese, ao regime da legislação disciplinadora das contratações do setor público, especialmente da lei 8.666/93. Já enquanto atua como Organização Social, a Fundação ABC e suas mantidas devem obediência ao que estiver prescrito nas normas por elas mesmas editadas, observados os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e publicidade. Se não for possível distinguir cabalmente quando a Consulente atua como fundação governamental de apoio ou OS, prevalece o regime a que estas se submetem, inclusive quanto à flexibilidade operacional.

Releva anotar, a propósito, que na ADIn nº 1.923/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na sessão plenária de 16/4/2015, e consoante o voto condutor do Ministro Luiz Fux, pela "Impossibilidade de exigência de licitação para os contratos celebrados pelas organizações sociais com terceiros", nos seguintes termos:



PCL XL Error

Subsystem:

Error:

Operator:

Position:

I/O

InputReadError

ReadImage

836