

FUNDAÇÕES PÚBLICAS E FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

ODIR ODILON PINTO DA SILVA

Procurador de Justiça e Diretor Administrativo da FDRH

Existem, no Estado do Rio Grande do Sul, na atualidade, quinze entidades fundacionais mantidas pelo Estado, dentre as quais apenas duas delas, ou seja, a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre e a Fundação Instituto Gaúcho de Tradição e Folclore, têm sido denominadas de fundações públicas, pois, como tais, foram criadas.

A primeira em decorrência de encampação da antiga Orquestra Sinfônica de Porto Alegre, entidade de direito privado (Lei 4.837/64), e a segunda por criação autorizada pela Lei 6.736/74), cujo estatuto (Dec. 23.613/74), embora sem defini-la expressamente, deu-a como entidade de direito público ao considerar seus servidores regidos pelo Estatuto do Funcionário Público do Estado do Rio Grande do Sul (Lei 1.751/52).

Todas as demais — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), Fundação de Ciência e Tecnologia (CIENTEC), Fundação Zoobotânica do Estado do Rio Grande do Sul (FZB), Fundação de Atendimento ao Deficiente e ao Superdotado no Rio Grande do Sul (FADERS), Fundação Escola Técnica Liberato Salzano Vieira da Cunha (Fundação Liberato), Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser (FEE), Fundação Piratini — Rádio e Televisão Educativa (TVE), Fundação Teatro São Pedro (FTSP), Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos (FDRH), Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM), Fundação de Planejamento Metropolitano e Regional (METROPLAN), Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) e a hoje Fundação Gaúcha do Trabalho e Ação Social (FGTAS), produto da fusão das antigas Fundação Gaúcha do Trabalho (FGT) e Fundação Sulriograndense de Assistência Senador Tarso Dutra (FUNDASUL) — foram instituídas pelo Estado do Rio Grande do Sul como entidades de direito privado, vinculadas aos mais diversos órgãos da administração direta estadual, regidos seus servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, isto porque expressamente permitido pelas normas constitucionais então vigentes, muito embora sempre fossem diretamente fiscalizadas pelo poder público estadual, através de seus órgãos específicos (Contadoria e Audito-

ria Geral do Estado e Tribunal de Contas), sujeitas às mesmas regras de direito administrativo aplicáveis aos entes públicos segundo as disposições do Dec.-Lei 200/67 e modificações posteriores.

Entre essas alterações, adveio a Lei federal 7.586/87, criando, em seu art. 4.º, mais uma categoria de entidades da administração indireta, qual seja a “fundação pública” e definiu-a como sendo 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”.

De outra parte, dispôs a mesma lei que tais entidades, inobstante com personalidade jurídica decorrente da inscrição da escritura pública de constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não estariam sujeitas às demais regras do Código Civil, entre as quais, como é lógico deduzir-se, a fiscalização do Ministério Público, eis que esta — a fiscalização — ficou a cargo, exclusivamente, do Tribunal de Contas como órgão de controle externo (art. 75 do Dec.-lei 200/67).

Já à época, atento ao princípio da hierarquia das leis, deveriam os Estados-Membros adaptar as normas estaduais no sentido de atribuírem, também, a condição de públicas àquelas fundações instituídas e por eles mantidas, circunstância não satisfeita pelo Estado do Rio Grande do Sul, que continuou — com exceção das duas já referidas — a defini-las como de direito privado, embora sujeitas a todas as regras de direito público.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a administração fundacional, incluindo-a como integrante da administração indireta (art. 37) e obediente aos princípios orientadores da administração pública, dando ênfase às fundações públicas, inclusive quanto à instituição de regime jurídico único e plano de carreira para os seus servidores.

Como sempre houve no Estado do Rio Grande do Sul, produto interpretativo a um ordenamento jurídico então vigente, o entendimento de que as fundações instituídas e mantidas pelo Estado eram de direito privado, exceção às duas já mencionadas, houve por bem o Governo estadual, através da Ordem de Serviço n. 43/87-91, reafirmar o entendimento para os efeitos da estabilidade funcional assegurada aos servidores das fundações públicas pelo art. 19 do ADCT.

Tenho por manifestamente inconstitucional a referida Ordem de Serviço, uma vez que feriu de maneira frontal os arts. 37 e 39 da Carta Magna e o próprio art. 19 do ADCT. Além do mais, fugiu da realidade jurídica em relação aos entes públicos, pois as demais fundações instituídas pelo Estado revestem-se de características de pessoas jurídicas de direito público, ou seja, sistema de contabilidade pública, diretores livremente nomeados pelo Governador do Estado com demissibilidade *ad nutum*, fiscalização

permanente da Secretaria da Fazenda através da Contadoria e Auditoria Geral do Estado, orçamento vinculado ao do Estado, controle pelo Tribunal de Contas, regime de compras e contratação de serviços de terceiros sujeito às regras do Dec.-lei 2.300/86 (Lei sobre Licitações), servidores, embora regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, sujeitos às Ordens de Serviço do Governador e obrigados à desincompatibilização para concurso a cargo público eletivo.

Como entender, por tudo isso, que tais entidades são de direito privado? Seria o mesmo que colocá-las paradigmaticamente com — exemplificando — a Fundação Rubem Berta, Fundação Maurício Sirotsky Sobrinho e tantas outras, reconhecidamente de direito privado, sem qualquer manutenção obrigatória por parte do Estado e tuteladas pelo Ministério Público, que as fiscaliza sem interferência de outros órgãos públicos.

É importante ressaltar que o grande administrativista pátrio, Hely Lopes Meirelles, sustentava, antes do advento da Constituição de 1988, que “as fundações não perdem a sua personalidade privada, nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais ou entidades públicas”, e acrescentava que, pelo fato de o poder público instituir fundações com objetivos de interesse coletivo — educação, ensino, pesquisa, assistência social e outros — se teria passado, de forma errada, a se lhes atribuir personalidade pública. Hoje, diante do novo ordenamento jurídico constitucional, já reconhece que “a Carta da República transformou essas fundações em entidades de direito público, integrantes da Administração Indireta, ao lado das autarquias e das entidades paraestatais. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, embora na vigência da Constituição anterior, que “tais fundações são espécies do gênero autarquia”. “Não entendemos” — continua o mestre — “como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações públicas todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias”.

Restaria um argumento final a rebater o entendimento ultrapassado de que possam continuar as fundações instituídas e mantidas pelo Estado sendo consideradas de direito privado. Ocorre que o art. 173, parágrafo único, da CF dispõe que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”, dando a entender, para os menos avisados, que entre as “outras entidades” estariam incluídas as fundações instituídas pelo Estado.

Todavia, não me parece ser a melhor interpretação, de vez que as fundações de que estamos tratando não exploram atividade econômica, pois não objetivam lucro, sendo receita e despesa reguladas pela previsão orçamentária, como ocorre em todos os órgãos da administração pública,

equiparadas, portanto, às chamadas autarquias de regime especial, ou seja, “aquelas que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16.^a ed., Hely Lopes Meirelles). Ademais, o art. 173 da Carta Magna, que só permite a exploração da atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, está como tantos outros, dependendo de regulamentação através de lei infraconstitucional.

Não pretendemos haver esgotado a matéria, mas concluímos que é inarredável a posição de que deva o Estado do Rio Grande do Sul, ainda mais agora quando se está fazendo uma profunda reforma administrativa, buscar o equacionamento da problemática relacionada com o reconhecimento legislativo da condição de públicas às nossas fundações estaduais.