

AS FUNDAÇÕES ESTATAIS E O CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

FERNANDO BORGES MÂNICA

Doutor em Direito do Estado pela USP.

Mestre em Direito pela UFPR.

www.fernandomanica.com.br

JOSENIR TEIXEIRA

Mestre em Direito pela FADISP.

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP, em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP

SUMÁRIO: SUMÁRIO: 1. Da consulta. 2. Do Parecer. 2.1 Previsão legal preconstitucional. 2.2 Previsão constitucional. 2.3 Natureza jurídica. 2.4. Critérios para definição da personalidade e repercussões em seu regime jurídico. 2.5. O regime jurídico-constitucional das fundações estatais. 2.6 A natureza jurídica da Fundação X. 2.7. Possibilidade de obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS). 3. Conclusões e resposta aos quesitos

EMENTA: FUNDAÇÃO ESTATAL MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE REGRAS ESPECÍFICAS DE DIREITO PÚBLICO. QUALIFICAÇÃO COMO ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE.

PALAVRAS-CHAVE: Fundação estatal. Panorama histórico-legislativo. Personalidade jurídica. Regime jurídico.

1. Da consulta

Fundação X apresenta consulta com o objetivo de obter orientações quanto à definição de sua personalidade jurídica como de direito público ou de direito privado. Questiona também a Consulente acerca das eventuais repercussões em seu regime jurídico, em especial no que se refere à possibilidade de obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

A solicitação segue instruída com cópias da legislação municipal que autorizou a criação da Fundação X, que instituiu seu estatuto, e que promoveu posteriores modificações em sua estrutura e organização.

É o relatório.

2. Do Parecer

A existência e a localização das fundações na estrutura administrativa brasileira tem sido, de longa data, alvo de numerosas discussões.¹ Tanto é assim que até hoje paira celeuma doutrinária no que tange à criação, administração, qualificação e extinção das fundações estatais, inexistindo consenso acerca da definição de seu regime jurídico, dos limites da incidência de regras de direito público, das possíveis áreas de atuação e, principalmente, dos critérios para definição da natureza jurídica de tais entidades.

Para o enfrentamento desse espinhoso tema é necessária a fixação de alguns pressupostos, em relação aos quais poderão ser alcançadas as conclusões buscadas.

Com esse norte, deve-se consignar inicialmente que *fundação estatal, fundação pública ou fundação governamental*,² são expressões sinônimas que designam o conjunto de *entidades detentoras de personalidade jurídica própria, integrantes da Administração Indireta, criadas por lei ou instituídas após autorização legal, para o desempenho de atividades de índole social não exclusivas de estado*.

Nessa medida, a **principal característica** da fundação **estatal**, que a diferencia da fundação particular, é justamente seu modo de instituição: fundações estatais independentemente de seu regime, são sempre e invariavelmente **instituídas pelo Estado**.

¹ Tais discussões decorrem, em grande medida, da inexistência no ordenamento brasileiro, de uma lei geral de organização que abarque todas as entidades que atualmente desenvolvem atividade administrativa. Além das discussões doutrinárias, esse vácuo legislativo (em que pese a existência do vetusto Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967), gera insegurança jurídica quanto ao regime aplicável a cada entidade que desempenha função pública. Em 2009 foi apresentado, a pedido do Ministério do Planejamento, um anteprojeto de lei contendo normas gerais sobre a administração pública direta e indireta. Sobre o tema, conferir: MODESTO, Paulo. *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

² Doravante denominada **fundação estatal**. Em contraponto, as fundações criadas sem a interferência do Estado, serão denominadas *fundações particulares*.

Assim, ao contrário das fundações particulares, que são criadas por meio de escritura pública ou testamento,³ as fundações estatais são criadas por lei ou têm sua criação autorizada por lei. Essa é a dicotomia a ser levada em conta: *fundação estatal x fundação particular*. Tais expressões revelam a origem do respectivo ente e não seu regime jurídico, que nos caso das primeiras, não é o mesmo.⁴

Fixadas tais premissas, passa-se à análise da natureza jurídica das fundações estatais: se de direito privado ou de direito público. Para tanto, imprescindível promover breve retomada histórica das fundações estatais no Brasil.

2.1 Previsão legal preconstitucional

Nos termos do Decreto-Lei n. 200/67, em sua redação original – que até hoje serve como referência para a organização administrativa federal brasileira, e por simetria, para a organização administrativa de Estados, Distrito Federal e municípios – as fundações eram entidades equiparadas às sociedades de economia mista, não constando, entretanto, do rol de entidades da Administração Indireta do Estado. Eis a redação do dispositivo que tratava do tema:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- (...)

§ 2º **Equiparam-se às Empresas Públicas**, para os efeitos desta lei, as **Fundações** instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades. (gn)

Posteriormente, segundo determinação expressa do Decreto-Lei n. 900/69, as fundações públicas passaram a sujeitar-se única e exclusivamente às regras gerais do Código Civil, excluía qualquer incidência de regras publicísticas, exceto em relação

³ Nos termos do Código Civil, Lei federal n. 10.406/2002: *Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

⁴ Lembre-se que o inciso XIX do artigo 37 da Constituição da República atribui à Lei Complementar a definição das áreas de atuação das fundações estatais criadas a partir de autorização legal. Tal lei encontra-se em trâmite no Congresso Nacional. (PLC 92/2007).

aos recursos recebidos por subvenção ou transferência da União. Eis o que dispunha o texto legal em referência:

Art. 3º **Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas 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. (gr)

Tal tentativa legal de afastar as fundações estatais da incidência de limitações impostas pelo regime jurídico próprio da Administração Pública cessou apenas em 1987, com o advento da Lei n. 7.596, de 10 de abril daquele ano. Esse diploma alterou disposições do Decreto-Lei n. 200/67: as **fundações estatais** passaram a ser classificadas como entidades de **personalidade jurídica de direito privado** e foram expressamente incluídas no rol de entes da **Administração Pública Indireta**. Esse é, portanto, o rol que hoje compõe as entidades da Administração Pública Indireta Federal:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações públicas.** (gn)

Assim, ao disciplinar as fundações estatais, o Decreto-Lei n. 200/67, em sua redação atual, traz o seguinte conceito e determinação:

Art. 5º. (...)

(...)

IV - **Fundação Pública** - a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (gr)

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo **adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas**, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.⁵ (gr)

⁵ Incluídos pela Lei n. 7.596/87.

De acordo com o Decreto-Lei 200/67, portanto, as **fundações estatais possuem personalidade jurídica de direito privado**, compõem a Administração Indireta, submetem-se a limitações decorrentes do regime jurídico imposto à Administração Pública (pois integrantes da Administração Indireta) e adquirem sua personalidade jurídica a partir do registro de seu ato de criação.

2.2 Previsão constitucional

Na Constituição de 1988, as fundações estatais foram tratadas por diversos dispositivos, os quais conduziram a uma série de dúvidas quanto à sua natureza jurídica e localização na estrutura administrativa do Estado. Tal tratamento impõe a revisão hermenêutica do modelo acima delineado, previsto pelo Decreto-Lei n. 200/67.

De início, ressaltamos que o texto constitucional adota diversas expressões, com repercussões também diversas, quando faz referência às **fundações estatais**. Dentre as expressões adotadas, encontram-se no texto de 1988:

- (i) fundação;
- (ii) fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- (iii) fundações controladas pelo poder público.

Tais expressões podem ser encontradas nos mais variados dispositivos constitucionais, em sua redação presente, a exemplo dos artigos: 37, XVII e XIX; 39 *caput* e seu § 7º; 40; 71, II e III; 150, §2º; 157, I; 158, I; 163, II; 165, §5º, I e III; 167, VIII; 169, §1º; e, finalmente, 202, §§ 3º e 4º.

O principal motivo das discussões geradas pelo Texto de 1988 reside na dicção constitucional “**administração direta e indireta, incluídas as fundações**”. Tal redação fez surgirem questionamentos acerca da presença das fundações estatais no rol de entidades da administração indireta, já que, em caso positivo, a expressão *incluídas as fundações* seria desnecessária.⁶

⁶ Não por outra razão, José CRETELLA JÚNIOR há algum tempo exarou entendimento segundo o qual, na redação original da Constituição de 1988, o termo fundação está empregado no sentido de *fundação pública com personalidade jurídica de direito público*, ou *fundação autárquica*, espécie do gênero *autarquia*, razão pela qual “*bastaria, pois ter dito autarquia, porque esta abrange a fundação pública*” – CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2238.

Por tal motivo, aliado à redação original do *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, difundiu-se idéia de existência de uma categoria própria de entidades administrativas: ao lado da Administração Direta e Indireta, haveria a **administração fundacional**.⁷

No entanto, com a alteração do próprio artigo 37 da Constituição,⁸ consolidou-se entendimento de que **as fundações estatais fazem parte da Administração Indireta** e que as fundações dotadas de personalidade jurídica de direito público **se sujeitam ao mesmo regime jurídico das autarquias**.

Tal compreensão pode ser visualizada a partir do próprio texto constitucional, que ainda mantém a expressão **administração fundacional**, nos casos específicos em que autarquias e fundações no mesmo regime aplicado à administração direta, com exclusão das demais entidades da Administração Indireta.

Nesse sentido dispõem, por exemplo, o inciso XI do artigo 37 e o *caput* do artigo 38 da Constituição Federal, que expressamente mencionam:

Art. 37 (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da **administração direta, autárquica e fundacional**, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela EC nº 41/03)

Art. 38. Ao servidor público da **administração direta, autárquica e fundacional**, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela EC nº 19/98) (...) (gr)

⁷ Eis o que dispunha a redação original do artigo 37 da Constituição (que foi alterado pela Emenda constitucional n. 19/98): Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...) (gn).

⁸ Art. 37. A **administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União**, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...). (gn)

Nessa toada, resta imune a dúvidas, com base no texto constitucional, a possibilidade de existência de *fundações estatais de direito público*, as quais possuem personalidade jurídica de direito público, sujeitas integralmente ao regime jurídico aplicável às autarquias.

2.3 Natureza jurídica

Dessa análise histórico-legislativa, é possível chegar às seguintes conclusões:

- (i) quando a Constituição Federal utiliza a expressão *fundação*, refere-se a **fundações criadas por iniciativa do Poder Público**, independente de sua personalidade jurídica;
- (ii) quando o texto constitucional menciona *fundação pública ou administração fundacional*, refere-se às **fundações estatais com personalidade de direito público**; nesses casos, a Constituição exige a aplicação do mesmo regime jurídico previsto para as autarquias;
- (iii) quando o Decreto-Lei 200/67 menciona **fundações públicas**, refere-se àquelas com personalidade jurídica de direito privado.

Pode-se sustentar, nessa medida, serem as fundações estatais de direito público nada mais que autarquias, na medida em que são *fundações-organizações*, e não *fundações-patrimônio* como as fundações estatais de direito privado, assemelhadas às fundações regidas pelo Código Civil.⁹

Esse é o entendimento desde há muito acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece a existência de fundações estatais de direito público (equiparadas às autarquias) e fundações estatais de direito privado. Tal compreensão pode ser ilustrada pelo seguinte julgado, prolatado anteriormente à Constituição de 1988:

ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO.
FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO.

⁹ Nessa direção são as observações de Sérgio de Andréa FERREIRA em: FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo (Coord.). “Nova Organização Administrativa Brasileira”. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. 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 *espécie do gênero autarquia*, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º. do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º. do decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do estado do Rio de Janeiro. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁰

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal confirmou o mesmo entendimento ao consignar que:

De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla *três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas*, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; *aquelas criadas pelo Poder Público* e que consignam, no ato de sua instituição, *personalidade jurídica de direito público*; e, finalmente, *aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado*. Essas duas últimas espécies – as fundações com personalidade jurídica de direito público criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, - compõem o subgênero dito ‘*fundações públicas*’, submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional.¹¹ (gn)

Nessa perspectiva, ainda que a doutrina insista em discutir questões já solucionadas por mera análise histórica e constitucional, é possível sustentar, também como premissa para o presente estudo, que:

- (i) as fundações criadas e mantidas pelo Poder Público (fundações estatais) podem possuir personalidade jurídica de direito público, hipótese em que a elas se aplica regime jurídico idêntico ao das autarquias (daí porque numerosos autores utilizam a expressão *autarquia fundacional*);
- (ii) as fundações criadas e mantidas pelo Poder Público podem ter também personalidade jurídica de direito privado.

¹⁰ STF, RE 101126, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, j. em 24/10/1984, DJ 01-03-1985.

¹¹ STF, RE 219900 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 1ª. Turma, j. 04/06/2002, DJ 16-08-2002.

Assim, delineado o quadro legislativo e ilustrado o entendimento jurisprudencial acerca das fundações estatais, cumpre prosseguir à determinação dos critérios que a doutrina pátria estabelece como aptos a definir qual a personalidade jurídica em concreto de uma fundação criada pelo Poder Público. A questão é pertinente, em especial, para afastar entendimentos não compatíveis com o ordenamento constitucional pátrio brasileiro.¹²

2.4. Critérios para definição da personalidade e repercussões em seu regime jurídico

Diante da possibilidade de criação, pela Administração Pública, tanto de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado quanto de direito público, tarefa deveras árdua passa a ser a de identificar **em que ocasiões** uma fundação estatal terá personalidade de direito público e quando terá personalidade de direito privado.

Para auxiliar os operadores do Direito nessa situação, alguns nortes hermenêuticos foram estabelecidos, fixando a doutrina determinados critérios distintivos para verificar, no caso de cada fundação estatal, qual sua natureza jurídica específica.

Nesse ponto, na esteira do que fez Toshio MUKAI,¹³ é possível destacar duas ordens de critérios de diferenciação entre as fundações estatais: critérios formais e critérios materiais.

Sob o ponto de vista dos critérios formais, **fundação estatal de direito privado** como é a entidade criada por autorização legislativa, decreto regulamentar e registro em cartório de seus atos constitutivos, D'outra parte, **fundação estatal de direito público** é aquela que tem sua gênese na lei, vindo a constituir uma afetação do patrimônio do Poder Público instituidor, com vistas ao exercício de uma atividade típica da Administração Pública.

No que concerne aos critérios formais, Edmir Neto de ARAÚJO consigna que:

¹² É que, como cediço, a interpretação do Direito deve ter como base a Constituição e a lei; e não o contrário, como parecem querer alguns autores, que sugerem a interpretação da Constituição e da lei a partir de suas idéias pessoais, muitas vezes desconectadas do ordenamento jurídico e da realidade.

¹³ MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*. 02/91, p. 102-104.

“As fundações de direito público, sujeitas ao regime de direito público, e que também se denominam autarquias fundacionais, só podem ser instituídas pelo Poder Público, e são criadas por lei.

As **fundações de direito privado** podem ser instituídas pelo particular, por escritura pública registrada, ou **pelo Poder Público, neste caso autorizadas por lei** (autorização necessária por envolver disponibilidade de patrimônio e recursos de origem pública), **mas também através do registro de escritura pública de instituição no cartório competente.**

A diferença é flagrante: **as autarquias (fundações públicas ou corporações) ingressam no mundo jurídico a partir da promulgação da lei que as cria**, não sendo necessário qualquer ato notarial ou de registro para que, de imediato, passem a existir, com personalidade jurídica própria; as fundações de direito privado, mesmo instituídas pelo Poder Público, adentram o mundo jurídico a partir do registro dos seus atos constitutivos (escritura de instituição e constituição) no cartório competente, e não a partir da lei que autoriza sua instituição. Só então adquirem personalidade jurídica e capacidade obrigacional”.¹⁴

No mesmo sentido, preleciona Plínio SALGADO:

"Tanto a fundação de direito público quanto a de direito privado só podem ser criadas senão em virtude de lei (artigo 37, XIX, da CF). A de **direito público, é a lei que lhe dará existência jurídica, atribuindo-lhe personalidade.** Quanto a de **direito privado, a lei é apenas autorizativa de sua criação, que se dá**, na forma da lei substantiva civil, **mediante escritura pública e registro no órgão competente; só assim adquire personalidade jurídica.** Face ao princípio do paralelismo da forma, a fundação de direito público só pode ser extinta por lei, que há de ser autorizativa para a extinção da de direito privado".¹⁵

Tendo por base os entendimentos acima colacionados, pode-se extrair a ilação de que, ao contrário das fundações estatais de direito público, que exigem criação mediante lei, as fundações estatais de direito privado necessitam apenas de **autorização** da lei para a sua criação, sendo a personalidade jurídica destas entidades adquirida com a inscrição pública do ato de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei autoriza a criação, enquanto o ato de registro inaugura a personalidade jurídica de direito privado da fundação.¹⁶

¹⁴ NETO DE ARAÚJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, dez. 1989, p. 179-192. (gn)

¹⁵ SALGADO, Plínio. A Natureza Jurídica das Fundações instituídas e mantidas pelo Estado. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 6, nº 1, p. 84/85. (gn)

¹⁶ Neste viés, assinala Edson José RAFAEL: “Basta uma única Lei a autorizar o nascimento, com vinculação patrimonial que o Executivo se encarregará de completar a formalização do futuro ente

Veja-se que o mesmo raciocínio deve se aplicar quanto à extinção das fundações, por imperativo do denominado *princípio do paralelismo*: como no caso das fundações estatais de direito privado a lei apenas autoriza a criação da entidade, do mesmo modo apenas a lei autorizará a extinção de tais fundações.

O parágrafo terceiro do artigo 4º do Decreto-Lei n. 200/67 dispõe exatamente isso:

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

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo [fundações públicas de direito privado] 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. (gr)

Na mesma toada, por sua importância analógica, traz-se ao cotejo o seguinte dispositivo da Lei n. 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos), que trata da aquisição de personalidade jurídica por parte dos consórcios:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. (gn)

Pelo exposto, é possível denotar que, a propósito do **critério formal**, a fundação estatal de direito público é **criada** por lei, enquanto a fundação estatal de direito privado tem sua criação **autorizada** por lei, de modo que a aquisição da personalidade jurídica ocorre mediante o registro de seu ato constitutivo.

Ainda quanto ao aspecto formal, devemos ressaltar que, por estarem **as entidades criadas pelo Poder Público** sujeitas a uma série de controles estatais dirigidos a elas, **não há necessidade do velamento por parte do Ministério Público**, consoante preconiza a legislação civil.¹⁷ Nesse sentido, note-se, é o que dispõe o acima

paraestatal regulamento-o por decreto, no qual, inclusive, designará quem deva, por delegação governamental, comparecer ao Tabelião de Notas para lavrar a escritura pública de fundação privada do Direito Civil, criada pelo Poder Público” – RAFAEL, Edson José. Fundações e Direito 3º Setor. 1. ed. São Paulo: Editora Pontifícia Universidade Católica, 1997.

¹⁷ Código Civil, Art. 66: *Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*

transcrito parágrafo 3º do artigo 5º do Decreto-Lei n. 200/67, plenamente aplicável com base no art. 2º, parágrafo 2º do Decreto-Lei n. 4.657/42.¹⁸

Corroborando tal assertiva, quanto à desnecessidade de intervenção do Ministério Público no âmbito cartorial de registro da fundação, veja-se o que assevera Alexandre Santos de ARAGÃO:

“Quanto às fundações públicas de direito privado, o Decreto-lei nº. 200/67 é contraditório: no art. 5º, IV, afirma que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado; no §3º do mesmo artigo diz que, ressalvada a constituição pelo registro próprio, não aplicar-se-lhe-ão, as normas do Código Civil referentes às fundações. **Sendo assim, não são controladas pelo Ministério Público, mas pelo ente político instituidor, uma vez que, ao contrário do que se dá nas fundações particulares, a vontade do instituidor não se desliga de forma definitiva da fundação.** Da mesma forma, a lei poderá extinguir ou modificar o regime jurídico da fundação pública, ainda que de Direito Privado, independentemente de qualquer ato social interno desta”.¹⁹

De outro giro, sob o enfoque dos **critérios materiais** de diferenciação entre uma fundação estatal de direito público e uma fundação estatal de direito privado, Carlos Ari SUNDFELD sugere a análise dos seguintes fatores de discriminação:

a) Verificar se há, na lei instituidora da fundação ou em seu estatuto, **menção expressa a respeito da personalidade jurídica do ente criado** (se houver, constará já um indicativo da natureza jurídica da fundação pretendida pelo Poder Público);

b) como critério subsidiário, caso a lei instituidora da fundação disponha que os seus funcionários serão contratados com base no **regime trabalhista celetista**, a fundação apontará para uma personalidade jurídica de direito privado;

c) por fim, denotará personalidade jurídica pública a fundação governamental que desempenhar atividades exclusivas do Poder Público (poder de polícia, serviços públicos indelegáveis, etc.); de outra parte, **explorando atividades não exclusivas do Estado** (ex.: atividades ligadas ao desporto e à saúde), **a fundação poderá ter natureza jurídica de direito privado.**²⁰ (gn)

Com inspiração semelhante, aponta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que “*em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou*

¹⁸ Lei de Introdução ao Código Civil.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Fundações Públicas e o Novo Código Civil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº. 20 – dez./jan./fev. 2009/2010, p. 9, (gn)

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundações Governamentais*. *Revista de Direito Público*, ano 24, n. 97, p. 91.

privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos”.²¹

Em trabalho sobre o tema, aduz José dos Santos CARVALHO FILHO:

"(...) o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de **diferenciação** reside na origem dos recursos admitindo-se que serão **fundações estatais de direito público** aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento de pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de **direito privado** serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros".²² (gn)

E, por fim, remata Alexandre dos Santos ARAGÃO:

“Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, constata-se que a Corte estabelece uma série de ‘indícios’, cuja presença, mais ou menos intensa, identifica uma fundação instituída pelo Poder Público como pessoa jurídica de direito público. Dentre estes indícios figura, todavia, com **preponderância, o fato de não ser sustentada por receitas próprias, mas sim com recursos do ente federativo instituidor**”.²³

Ante o exposto, analisados os critérios apresentados, tanto aqueles de índole material quanto os de caráter formal, não resta saída senão concluir pela possibilidade de configuração das fundações estatais como pessoas jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado, a depender das características formais e materiais apresentadas pela entidade.

2.5. O regime jurídico-constitucional das fundações estatais

A opção por parte do Poder Público de criar uma fundação com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado traz consequências bastante distintas no que toca ao regime jurídico incidente.

De um lado, nos termos apontados acima, as fundações estatais de direito público, estruturas símeles que são às autarquias, submetem-se de forma integral e

²¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 404.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 426.

²³ *As Fundações Públicas e o Novo Código Civil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº. 20 – dez./jan./fev. 2009/2010, p. 8. (gn)

irrestrita às disposições de direito público, como autênticas pessoas de direito público que são.

D’outra parte, mister consignar que a criação, pelo Estado, de fundações estatais regidas pelo direito privado não consubstancia *imunização* à incidência das regras de um “regime jurídico administrativo mínimo”. A bem da verdade, o que ocorre é justamente o inverso: criadas que são pelo poder público, por meio de autorização legal, **as fundações estatais de direito privado não deixam**, pelo simples fato de ostentar personalidade jurídica privada, **de se submeter ao regramento de direito público**.

Assim é que, no que concerne à incidência do chamado “regime jurídico-administrativo mínimo” na seara das fundações estatais de direito privado, aponta a doutrina a **necessidade de observância**, por essas entidades, **de normas de viés público** com natureza basilar, a exemplo da necessidade de realização de concurso público para a contratação de pessoal (ainda que se submetam ao regime celetista), da necessidade de procedimento licitatório para contratação de compras e de serviços, da vedação de acumulação de cargos, e da obrigatoriedade de prestação de contas ao Tribunal de Contas.

É justamente pela submissão das fundações estatais de direito privado ao que a doutrina aponta ser um “**regime jurídico-administrativo mínimo**”, que as fundações estatais com personalidade jurídica de direito privado não configuram uma fuga do direito administrativo. Ao revés, a opção do Poder Público, ao instituir tal fundação, deve vincular-se à busca da estrutura que mais se adegue às necessidades a serem atendidas ente criado.

Não é em outro sentido o entendimento de Carlos Ari SUNDFELD:

“Deve-se sempre ter em mente que o Estado não pode, ao criar pessoas jurídicas, furtar-se a certas vinculações impostas pela Constituição a todos os entes governamentais [...] Em conseqüência, faz-se necessário identificar o *regime administrativo mínimo*, isto é, **as normas de caráter público que devem ser aplicadas a toda e qualquer fundação governamental, sem consideração de seu qualificativo público ou privado**”.²⁴ (gn)

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279-280. No mesmo passo, assenta DI PIETRO: “Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo decreto-lei nº. 200/67 (...) **Mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito**” – DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404-405. (gn). E adiante, na mesma obra, prossegue a autora, tratando das fundações estatais em nível federal: “[...] é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente

Nesse contexto, se às fundações estatais de direito privado são aplicáveis normas de natureza pública, é lícito concluir que serão elas submetidas, ainda que de modo contido, ao influxo de regras do regime jurídico administrativo, que condicionará o exercício de suas atividades.²⁵

De mais a mais, como normas constitucionais incidentes tanto em relação às fundações estatais de direito público quanto às de direito privado, pode-se apontar o seguinte regime jurídico, expressamente previsto no artigo 37, incisos II, XVIII, XIX e XXI e artigo 71, incisos II e III:²⁶

derrogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade” – DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. Ob. cit. p. 410. Com inspiração semelhante, Alexandre Santos de ARAGÃO afirma: “As fundações instituídas pelo Poder Público que forem de direito privado têm apenas as características privatísticas que não decorram do Código Civil: **os seus bens são, penhoráveis, ressalvados os afetados a serviços públicos; a sua responsabilidade não é objetiva, salvo se for prestadora de serviços públicos; e o seu pessoal será necessariamente regido pela CLT.** Submeter-se-ão, contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta – de direito público ou privado, às normas constitucionais asseguradoras da **igualdade e moralidade da Administração Pública**, como a criação autorizada em lei (art. 37, XIX, CF), a vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, teto remuneratório, licitações, vedação da publicidade de promoção pessoal, etc. (art. 37, CF)” – ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Fundações Públicas e o Novo Código Civil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.º. 20 – dez./jan./fev. 2009/2010, p. 9. (gn).

²⁵ A título de exemplificação, a Lei n. 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos) prevê: Art. 6º (...) § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. (gr)

²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de **aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) XVII - a **proibição de acumular** estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (...) XIX - somente por **lei específica** poderá ser criada autarquia e **autorizada a instituição** de empresa pública, de sociedade de economia mista e **de fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de **licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Art. 71. **O controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, **será exercido** com o auxílio do **Tribunal de Contas da União**, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. (gn)

- a) submissão aos princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- b) exigência de concurso público;
- c) proibição de acumulação de seus empregos com outros empregos ou cargos e públicos;
- d) criação mediante autorização legal;
- e) contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio de procedimento licitatório;
- f) controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas.

De outro bordo, as fundações estatais de direito público submetem-se ao regime jurídico-administrativo em sua integralidade, submetendo-se, além das limitações acima, às disposições constitucionais constantes do artigo 22, XXVII, artigo 37, XI, artigo 38, I, II, III, IV e V, artigo 39 e artigo 40.²⁷

Tais dispositivos trazem, como se pode perceber, regras aplicáveis à administração direta e estendidas às autarquias e às fundações estatais de direito público. Trata-se, pois, do regime comumente chamado de regime jurídico

²⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as **administrações públicas** diretas, autárquicas e **fundacionais** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; Art. 37. (...) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da **administração** direta, autárquica e **fundacional**, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; Art. 38. Ao servidor público da **administração** direta, autárquica e **fundacional**, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração; III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior; IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse. Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das **fundações públicas**. Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas **autarquias e fundações**, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

administrativo em sua integralidade, que naturalmente contém maior grau de limitações em relação ao regime jurídico-administrativo aplicável às fundações estatais de direito privado.

2.6 A natureza jurídica da Fundação X

Diante das considerações acima expostas, não restam dúvidas de que **a FUNDAÇÃO X é uma fundação pública**, governamental ou estatal. Afinal, foi instituída nos termos de Lei municipal, sucessivamente alterada.

A questão que se põe, e nela reside um dos pontos nodais da consulta proposta, é a definição da personalidade jurídica da Consulente.

Da leitura da legislação que **autorizou** o Poder Executivo a instituir a *Fundação X* e daquela que deu redação ao Estatuto da referida Fundação, percebe-se certo conflito entre os requisitos que devem ser analisados para a qualificação de uma fundação como sendo de direito público ou de direito privado.

Em primeiro lugar, pode-se verificar que consta expressamente da lei: *A fundação terá caráter de Fundação Pública.*

Tal determinação, como visto acima, não significa que a personalidade jurídica da entidade é de direito público, pois, nos termos da Constituição Federal, a fundação estatal pode ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado; e, nos termos do Decreto-Lei n. 200/67, a fundação estatal possui personalidade jurídica de direito privado. Portanto, o primeiro critério material não é suficiente para a qualificação da natureza da entidade.

Em segundo lugar, há indício material que aponta para a personalidade jurídica de direito público, como se denota da referência à remuneração do diretor-presidente, que será fixada por lei.

Em terceiro lugar, há indício material de que a FUNDAÇÃO X possui personalidade jurídica de direito privado, pois a lei em referência estabelece que ela tem como área de atuação a saúde, atividade não privativa do Estado.

Em quarto lugar, há indício formal de que a entidade possui natureza jurídica de direito privado, já que seu ato constitutivo foi registrado em cartório.

Dessa análise, fica patente a dificuldade em se definir a natureza jurídica original da FUNDAÇÃO X, que já desde a sua criação previu expressamente limitações decorrentes do regime jurídico-administrativo a ela aplicáveis, como a submissão de suas contas ao Tribunal de Contas estadual.

Nessa toada, por tratar-se de fundação estatal, não deve o Ministério Público manifestar-se, pois tal não é sua atribuição.

De todo o modo, o fato é que a **FUNDAÇÃO X foi registrada** e, independente de sua natureza jurídica originária, sofreu uma série de alterações em sua disciplina que a **caracterizam** clara e legalmente como uma **fundação estatal de direito privado**.

Após alteração legislativa através da qual se fez consignar que a entidade possuía personalidade jurídica de direito privado, foi alterado também o estatuto da Fundação X.

O novo estatuto, como deveria de ser, para adequar-se à legislação, firmou de modo categórico a qualificação da FUNDAÇÃO X como **fundação estatal de direito privado**, reproduzindo esta lógica ao decorrer do estatuto, nos mais variados dispositivos.

Após ser **registrada em cartório** a ata da reunião realizada pelo Conselho Deliberativo, e instado a se manifestar sobre a proposta de alteração estatutária, determinado órgão estatal emitiu parecer, manifestando-se pelo indeferimento do pedido de alteração estatutária feito pela FUNDAÇÃO X, sob a alegação de que a alteração estatutária pretendida implicaria a conversão da personalidade jurídica da fundação governamental, de pública para privada, a fim de que pudesse, indevidamente, obter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social para, assim, gozar de determinadas 'isenções' tributárias.

Ora, tal conclusão, por absoluta incorreção, não merece prosperar. À exaustão do já exposto, não é lícito **confundir** fundações privadas, regidas exclusivamente pelo Direito Civil, com a figura das fundações estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas pelo Estado e invariavelmente submetidas, de alguma forma, ao influxo de regras de natureza jurídico-administrativa.

Ademais, não se vislumbra óbice algum na busca, por parte da consulente, da obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), visto que tal atitude não altera o caráter estatal da fundação que, mesmo tendo personalidade jurídica de direito privado, foi criada por autorização da municipalidade e submete-se ao regime jurídico-administrativo a ela previsto pela Constituição Federal.

Por conta disso, com o máximo respeito, discorda-se do parecer do Ministério Público, que indeferiu pleito legítimo da consulente com base, apenas, na equívoca noção de que a alteração estatutária pretendida alteraria por completo o regime jurídico

aplicável à FUNDAÇÃO X, com afastamento dos limites constitucionais acima examinados – como se tal hipótese fosse possível.

Ressalte-se que a legislação municipal, e suas alterações posteriores, expressamente estabeleceram a assunção, por parte da **FUNDAÇÃO X**, de **personalidade jurídica de direito privado**. Tal enquadramento, aliás, é perfeitamente possível no caso em tela, conforme já analisado. Nesse sentido aduz Carlos Ari SUNDFELD:

“Somente as atividades cuja execução esteja cometida *exclusivamente* a entidades de direito público estão excluídas dos possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas”.²⁸

No que tange especificamente à área da **saúde**, o mesmo pensamento é encontrado na doutrina estrangeira, como afirma Joana M. Socias CAMACHO:

“Las fundaciones sanitarias de promoción pública, constituidas al amparo de la legislación sobre nuevas formas de gestión en la prestación sanitaria [...] y la legislación de fundaciones [...] están sujetas em numerosos aspectos de su régimen jurídico a normas propias del Derecho público, pese a tratarse de entes de naturaleza privada”.²⁹ (gr)

Deste modo pode-se concluir que, a partir de 2003, a **FUNDAÇÃO X** passou a deter todos os caracteres de **fundação estatal de direito privado**.

Apesar disso, nos termos do que já se assentou, não está a fundação imune ao influxo de regras do regime jurídico de direito público, haja vista que, ainda que possua natureza jurídica de direito privado, nunca perderá sua qualificação como fundação estatal, criada que foi por autorização da municipalidade.

2.7. Possibilidade de obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)

Por se tratar de fundação estatal de direito **privado**, é perfeitamente possível a obtenção, pela Fundação solicitante, do Certificado de Entidade Beneficente de

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Ob. cit. p. 283.

²⁹ CAMACHO, Joana M. Socias. *Fundaciones del Sector Público*. Madri: Iustel, 2006. p. 158.

Assistência Social (CEBAS), consoante autoriza o art. 1º.³⁰ da Lei n. 12.101/09. Para tanto, a FUNDAÇÃO X deverá atender aos requisitos dispostos nos artigos 3º e 29 (requisitos gerais) e artigos 4º ao 11 de tal lei (requisitos específicos).

Consoante o disposto no artigo 1º. da Lei n. 12.101/09, a certificação nela tratada é concedida às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, não estabelecendo a legislação nenhum outro balizamento ou restrição no que se refere à “estrutura” da entidade que almejar obter o CEBAS.

Diante da ligação com o tema deste parecer, informe-se que o parágrafo único do artigo 1º. ³¹ desta lei foi vetado pelo Presidente da República porque “*o dispositivo estende às **fundações públicas de direito público** isenção que a Constituição Federal concede exclusivamente às entidades beneficentes de assistência social*”.³² Tal dispositivo, é evidente, estendia às fundações estatais de direito público a imunidade prevista pelo parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal. O veto não se aplica, entretanto, ao caso da Consulente, que possui personalidade de direito privado, alcançada, portanto, pela regra geral do *caput* do artigo 1º da Lei n. 12.101/09.

A Consulente teve contra si decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual constou:

8. Considerando o caráter público da Fundação, não há possibilidade de registro no Conselho Nacional de Assistência Social e concessão de Certificado de Entidade Beneficente, nos termos do artigo 18, III, da Lei nº 8.742/93.³³

À luz do exposto até aqui, em que pese a argumentação exarada no acórdão do TRF 4ª R., deve-se anotar que não foi observada com o devido rigor a temática das fundações estatais.

³⁰ Art. 1º **A certificação das entidades beneficentes de assistência social** e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às **pessoas jurídicas de direito privado**, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, **saúde** ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei. (gr)

³¹ Redação primitiva deste parágrafo único. “Os benefícios de que trata o caput serão extensivos às fundações públicas que tenham como finalidade a prestação de serviços na área de saúde.”

³² Mensagem da Presidência da República nº 961, de 27 de novembro de 2009. (gr)

³³ STJ, Recurso Especial nº 1.163.335, j. 30.04.2010.

Assim, ao arremetimento do que aqui se discorreu, aquele TRF considerou impossível a obtenção do CEBAS por fundação estatal (*in genere*), em virtude de seu caráter estatal. Ora, a decisão analisou apenas parcialmente o fenômeno das fundações estatais.

As fundações estatais, de acordo com a sua personalidade jurídica, subdividem-se em direito público e em direito privado. Por conta desta distinção, características diferentes se aplicam a cada uma, no que tange à possibilidade de obtenção do CEBAS.

A FUNDAÇÃO X é entidade de natureza privada, ainda que sua criação tenha decorrido de autorização da municipalidade. Como tal, a Consulente não possui as mesmas características das autarquias, desvinculando-se de certa forma da essência estatal que a criou, ainda que atuando na esfera determinada pela lei autorizadora. Ainda que a Consulente possua caráter estatal, sua personalidade jurídica é de direito privado, de sorte que as disposições legais atinentes à obtenção do CEBAS aplicam-se a ela em sua integralidade. Não fosse assim, estar-se-ia firmando restrição por interpretação extensiva, o que não cabe em matéria de restrição de vantagens. A Lei n. 12.101/09 não menciona que a certificação será concedida apenas às entidades privadas criadas pelos privados, mas reza apenas que poderão requerer o certificado as pessoas jurídicas de direito privado, categoria que abarca as fundações estatais de direito privado.

Por conta disso, especificamente em relação à Consulente, é possível guerrear a possibilidade de obtenção, por ela, do certificado de que trata a Lei n. 12.101/09, haja vista ser fundação estatal de direito privado, como se expôs.

Apesar de a Fundação não possuir o CEBAS e em que pese hoje estar em vigor a Lei n. 12.101/09, que retirou do CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) a legitimidade de sua concessão, repassando-a aos respectivos ministérios da área de atuação das entidades, citamos, por curiosidade, a regra constante da Resolução CNAS n. 181/05, que dispõe sobre convênios de parceria entre entidades e gestores, alterada pela Resolução CNAS n. 49/07. Prevê a primeira Resolução citada:

Art. 1º Estabelecer que as Entidades Beneficentes de Assistência Social possam celebrar convênios especiais entre si ou, ainda, entre estas e aquelas que não possuam o Certificado Beneficente de Assistência Social - CEBAS, fornecido pelo CNAS, porém, inscritas nos conselhos de assistência social municipais ou estaduais ou do Distrito Federal, conforme o caso.

3. Conclusões e resposta aos quesitos

À guisa de conclusão, diante das considerações acima tecidas, é possível sintetizar, à luz do caso concreto apresentado, que:

7.1 Com as modificações legais posteriores a sua criação, a Fundação X passou a qualificar-se como **fundação estatal com personalidade jurídica de direito privado**, característica que mantém até o presente momento.

7.2 Em virtude dessa qualificação de sua personalidade jurídica, a Fundação consulente passa a reger-se pelos regramentos previstos pelo direito privado; entretanto, por não deixar de ser fundação estatal, **deverá se submeter às exigências básicas de algumas regras de direito público**, como expressamente analisado no item 2.5.

7.3 Diante de sua qualificação como fundação pública de direito privado, torna-se possível o enquadramento da entidade nos moldes do que preconiza a Lei n. 12.101/09, podendo a FUNDAÇÃO X vir a obter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Fundações Públicas e o Novo Código Civil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº. 20 – dez./jan./fev. 2009/2010.

BRASIL, STF, RE 101126, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, j. 24/10/1984, DJ 01-03-1985.

BRASIL, STF, RE 219900, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 1. Turma, j. 04/06/2002, DJ 16-08-2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo (Coord.). “Nova Organização Administrativa Brasileira”. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MÂNICA, Fernando B. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo. *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. *Boletim de Direito Administrativo*. 02/91.

NETO DE ARAÚJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, dez. 1989.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito 3º Setor*. 1. ed. São Paulo: Editora Pontifícia Universidade Católica, 1997.

SALGADO, Plínio. A Natureza Jurídica das Fundações instituídas e mantidas pelo Estado. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 6, nº 1.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundações Governamentais*. *Revista de Direito Público*, ano 24, n. 97.