FUNDAÇÃO PÚBLICA, UMA CONTRADIÇÃO

VALDIR SZNICK *

1. Definição. 2. Fundação pública. 3. Crítica. 4. Fundação privada. 5. Doutrina estrangeira. 6. Jurisprudência. 7. Doutrina e solução alienígena. 8. Conclusão.

Um dos assuntos mais polêmicos e discutidos ultimamente tem sido a natureza das chamadas "fundações públicas". Muitos a colocam dentro do direito público e outros dentro do direito privado. Qual a melhor orientação?

Preliminarmente é oportuno considerar o que seja o instituto.

1. *Definição*

Clovis Bevilaqua define a fundação como "universidade de bens personalizados em atenção ao fim que lhe dá unidade" e "patrimônio transfigurado pela idéia que põe ao serviço de um fim determinado".[1]

Marcelo Caetano a conceitua: "Fundação é a organização destinada a prosseguir um fim duradouro ao qual esteja afetado um patrimônio."[2] Ferrara a concebe como "una organizzazione per uno scopo."[3]

Raymond Saleilles[4] e Michoud[5] aceitam a conceituação de que a fundação "é a afetação dada a certos bens que a constituem".

* Promotor Público em São Paulo.

1 Beviláqua, Clovis. *Código Civil comentado.* 7. ed., 1944. t. I, p. 251.
2 Caetano, Marcelo. *Das fundações.* p. 26.
3 Ferrara, *La persone giuridiche.* p. 103.
4 Saleilles, Raymond. *De la personnalité juridique.* p. 116.
5 Michoud, *La théorie de la personnalité morale.* 2. ed., p. 182.

Há pois, inicialmente, uma concordância em precisar o que seja uma fundação: um patrimônio vinculado, determinado, a um fim.

2. *Fundação pública*

Recentemente, entre nós, alguns autores começaram a se bater por uma *fundação pública.* Oportuno é salientar que, em nossa legislação, só existe o que preceitua o Código Civil em seus artigos 24 a 30. E ficamos só. Apesar de inúmeras fundações instituídas pelo Poder Público, nenhuma lei foi feita para regular a matéria.

Defendem a fundação pública, os que citaremos a seguir, iniciando por Honório Monteiro que, em parecer dado em 1940, citando a Lei Rivadavia nº 8.659, de 5.4.911, dizia que "os Institutos de ensino seriam considerados corporações autônomas" — art. 2º — e daí conclui H. Monteiro ser a fundação pública.[6]

Confundiu o citado mestre fundação com corporação, coisas diferentes como se pode ver dos *Princípios de direito administrativo brasileiro,* (Ruy Cirne Lima, 2. ed., 1939), livro anterior ao citado parecer onde se lê: "Corporação — é a personificação de uma coletividade de pessoas. Fundação — a personificação de uma coletividade de bens" (p. 53), na distinção já anotada por Teixeira de Freitas, in Consolidação, art. 40, p. 33.

Em que pese o parecer do emérito professor não se pode aceitar o mesmo por pecar pela base: confusão de entidades autônomas.

José Geraldo Ataliba Nogueira defende a existência de fundações públicas. Cita como fundação pública as Caixas Econômicas, Conselho Nacional de Pesquisas, a FAPESP — todas — reconhecidas entidades autárquicas. E coloca a fundação pública como autarquia, escrevendo: "Possui a autarquia personalidade jurídica pública por analogia e sobretudo porque o Estado assim o deseja e assim o determinou."[7]

Celso Antonio Bandeira de Melo também entende ser a fundação de natureza pública ao afirmar ser "da espécie do gênero autarquia" e acrescenta: "Excetuadas entre nós, as corporações profissionais, todas as autarquias administrativas do direito brasileiro têm o caráter de patrimônio afetado a um

[6] Monteiro, Honório. Fundação pública. *Revista de Direito Público,* v. 2, p. 125.

[7] Nogueira, José Geraldo Ataliba. As fundações públicas são imunes a tributos. *Revista dos tribunais,* n. 338, p. 72-84.

serviço público determinado, por exemplo, o Hospital das Clínicas." Reconhece, contudo, referindo-se ao Código Civil e nossas leis que "perante o citado diploma inexistem autarquias e pois as fundações públicas."[8]

Miguel Reale é outro que propugna pela existência de fundação pública, escudando-se no ensinamento de H. Monteiro, já referido. E cita Clovis: "Esses institutos de ensino são fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou e administrados pelos respectivos diretores do Conselho Superior do Ensino e Ministro dos Negócios Interiores."[9]

Escreve, contudo (p. 261): "Nada impede que o Estado mediante lei crie uma fundação de natureza privada determinando que se proceda à inscrição dos seus estatutos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas." Cita o Decreto nº 500, art. 4º, que fala de "fundações não governamentais". E termina: "As fundações oficiais constituem-se no vasto gênero das autarquias . . .[10]

José Cretella Jr. após dar a definição de fundação, analisa o que seja pessoa jurídica para concluir que "a fundação de direito público, afetação por uma pessoa pública de um patrimônio a um serviço público personalizado criado por uma pessoa pública, com regime jurídico próprio e informados por princípios de direito público."[11] Entre as fundações de direito público, cita os Institutos de Previdência, Caixa Econômica, Conselho Nacional de Pesquisas, toda autarquia, na conceituação do direito administrativo.

3. *Crítica*

Hely Lopes Meirelles, manifestando-se sobre o assunto, assenta que: "A expressão 'Fundação Pública' contém em si uma *contradição in terminis* por que se é Fundação está ínsita na instituição sua natureza privada."[12]

"Com o maior respeito pelos eminentes administrativistas — prossegue referindo-se aos que defendem a fundação pública, Celso Bandeira, Miguel Reale e Geraldo Ataliba — que estão 'publicizando' as fundações não encontramos fundamentos para essa nova tese. As fundações instituídas pelo Esta-

[8] Melo, Celso Antonio Bandeira de. Fundação públicas — natureza Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa. *Revista dos Tribunais,* n. 338, p. 62, 65, 71 e 72.

[9] Beviláqua, Clovis. *Código Civil.* v. 1, p. 232.

[10] Reale, Miguel. Natureza Jurídica da Fundação FAPESP. *Rev. Faculdade de Direito USP,* v. 57, p. 255-66, 1962.

[11] Cretella Jr., José. Fundações de direito público. *Rev. dos Tribunais,* n. 359, p. 31-9.

[12] Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 1966. p. 311.

do ... nem por isso perdem entretanto sua condição de instituições de direito privado, mesmo porque o Estado quer unir a flexibilidade dos instrumentos de iniciativa particular com a liberdade da livre empresa".[13]

O administrativista paranaense Manoel Oliveira Franco Sobrinho refere-se a Miguel Reale, Geraldo Ataliba e Celso Bandeira e não aceita a tese. Escreve ele:

"Em que aceitamos como verdadeiros e superiores sem mais exame, os sistemas mais recentes, as modas marcantemente tendenciosas que apaixonam mais do que valem, alimentando coloridas distâncias, promovendo barreiras onde separações não existem" e "em esquemas em que o próprio Direito Administrativo *não entende e que o direito público repele.*"[14]

"Nada mais incerto, portanto — continua — que falar em regime jurídico das fundações públicas no Brasil, como brilhantemente o fez Cretella Jr., num esforço questionável qeu o desaproximou da realidade e das reais categorias jurídicas existentes."[15]

Mario Masagão disserta: "Conseqüentemente, o fato de uma pessoa jurídica exercer função pública, ser auxiliar do Estado, receber fiscalização desta, usar *imperium* dando ordens e fazendo-se obedecer pelos indivíduos não implica a necessidade de ser ela de direito público. Nessas condições ficam todas as *pessoas de direito privado* que recebem incumbência ou delegações do Estado."[16]

Santi-Romano observa: "Non è necessaria e sufficente che essa sia dotata di potere di impero: questi possono spettare anche a sogetti privati che esercitano funzione publiche."[17]

"O uso desses poderes (*jus jubendi et coercendi*) entretanto — escreve Noé Azevedo — não é característico das pessoas de direito público. Também os diretores da sociedade de direito privado, com base nos estatutos dispõem de um relativo *jus jubendi et coercendi,* assim como *jus colletandi,* multados são até os jogadores de futebol. Nem por isso os clubes de futebol e dança se transformarão em pessoas jurídicas de direito público."[18]

[13] Id. Fundações instituídas pelo poder público, natureza jurídica do direito privado. *Revista Forense,* n. 221, p. 66, 1967.

[14] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *Fundações e empresas públicas.* Ed. Rev. dos Tribunais, 1972. p. 12-16.

[15] Id. ibid. p. 30.

[16] Azevedo, Noé; Masagão, Mario & Silva, Licinio. *O Instituto do Café.* Ed. Rev. dos Tribunais, 1942.

[17] Santi-Romano. *Corso di diritto amministrativo.* Padova, CEDAM, 1932. p. 90-1.

[18] Azevedo, Noé et alii. op. cit.

"A circunstância de ser o ente criado pelo Estado — observa Dario de Almeida Magalhães — não lhe dá por si só o caráter de ente público, pois o Estado pode criar também pessoas privadas; nem tampouco, o de atribuir ao ente o exercício de funções ou serviços públicos que podem igualmente ser cometidos pelo Estado às entidades privadas."[19] Nesse sentido, os já citados Michoud (*La Théorie de la personnalité morale*) e Ferrara (*Le persone giuridiche*).

"A dificuldade da caracterização — prossegue Dario — da entidade jurídica, como pública ou privada, só ocorre, porém, quando a vontade do legislador ao criá-la não se manifestou, a respeito de sua natureza expressa."[20] É o que ensina Cino Vitta (*Dir. amminis.* p. 122) e Gaston Jèze (*Les principes généraux de droit adm.* 3. ed., 1930. p. 22). Como veremos adiante, mesmo em o Estado declarando ser a fundação pública, ela não se torna pública, por esse fato.

4. *Fundação privada*

"As fundações como universidade de bens — ensina Hely L. Meirelles — personaficadas sempre estiveram nos domínios do direito civil e sujeitas a todas as normas que regem as pessoas jurídicas de personalidade privada. Essas fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam a ponto de serem consideradas autônomos estatais ou entidades públicas como *erroneamente se vem afirmando*"[21] (grifos nossos).

"São e continuam sendo — continua — pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às nomas civis das fundações (Cód. Civil, art. 16, nº I e 24 a 30), mas destinadas a realizar finalidades de interesse público, sob o amparo e fiscalização permanente do Estado."[22]

"Assim sendo — prossegue — tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização funcional e institucional do Ministério Público que apenas velará pela observância dos seus Estatutos e denunciará as irregularidades . . . e por outro lado recebendo contribuições públicas para sua mantença, deverá prestar contas de toda a gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização."[23]

[19] Almeida Magalhães, Dario de. *Rev. de Dir. Adm.*, v. 20, p. 344.
[20] Id. Ibid.
[21] Meirelles, op. cit. p. 311.
[22] Id. Ibid. p. 313.
[23] Id. Ibid. p. 314.

"Não se pode — adverte — confundir a fiscalização institucional do Ministério Público com o controle financeiro de dinheiros públicos. Aquele visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (controle finalístico); este visa garantir a correta aplicação das verbas públicas, segundo sua destinação orçamentária (controle financeiro)."

Em parecer dado sobre a natureza jurídica da Fundação de Santo André escrevia: "A Fundação só está adstrita às normas estatutárias que regem sua administração interna. Não fica sujeita aos preceitos da Administração Pública."[24] "Como fundação educacional desempenha atividade de interesse coletivo (o que não se confunde com serviço público) razão pela qual foi instituído e subvencionado pelo município ... Sendo pessoa jurídica de direito privado, rege-se pela legislação civil."[25]

Duas obras recentes sobre o assunto são *Fundações e empresas públicas,* de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, professor de direito administrativo da Universidade Federal do Paraná, e *Fundações de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil,* de Sergio Andrea Ferreira, tese de livre-docente de direito administrativo na Faculdade de Direito do Estado da Guanabara.

"Qual na espécie — observa o prof. Franco Sobrinho — o regime jurídico das fundações? A resposta está na convergência de normas que são do direito privado."[26] E prossegue: "Não há maior equívoco que aquele de partir do conceito genérico de fundação para depois aceitá-la como pública, descaracterizando o instituto através de uma expressão vocabular inadequada somente porque necessariamente haja participado o Estado na sua criação ou apareça a Administração como instituidora."[27]

"Nada impede — continua — que uma fundação seja destinada a satisfazer interesses públicos coletivos e seja regulada pelo Direito Privado e submetida à vigilância do Estado. O Estado, criando fundações com fins públicos que bem entender, está na sua missão de atividade administrativa, como está quando se faz concedente de serviços públicos. No entender de Ranelletti, uma pessoa jurídica só pode ou deve ser pública enquanto integrada no Estado, dele fazendo parte por sua atividade ou finalidade, o que não acontece com as fundações, ainda que os fins e os interesses sejam públicos."[28]

[24] Id. *Revista Forense,* n. 220, p. 69.

[25] Id. Ibid. p. 70.

[26] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *Fundações e empresas públicas.* Ed. Rev. Tribunais, 1972. p. 7.

[27] Id. Ibid. p. 4; Cino Vitta, *Direito Administrativo.* v. 1, p. 145-6.

[28] Oliveira Franco Sobrinho, op. cit. p. 8.

"No rigor dos princípios — ressalta — a fundação chamada pública não existe: são públicas ou podem ser não obstante a imprecisão conceitual, em razão dos fins e da vontade do Estado norteada exclusivamente pelos interesses públicos."[29]

"De nada valeria — preleciona o mestre — organizar fundações segundo normas peculiares do direito privado no sentido de uma maior flexibilidade administrativa se a doutrina ou a legislação, contraditória ou controvertidamente pretende sujeitá-las às normas impossíveis de direito público."[30] E escreve: "Os caminhos teóricos sobre os quais pretende a doutrina assentar princípios que consagram tipos de fundação pública, não resultam de qualquer relação jurídica real ou positiva."[31]

Sergio Andrea Ferreira diz que "as fundações criadas pelo poder público têm guardado, no particular, semelhança com as instituídas pelos particulares".[32] Adepto da fundação, como entidade de direito privado, adota a denominação de "fundações instituídas pelo poder público" para distingui-las das instituídas por particular.

Para Themístocles Brandão Cavalcanti "são organizações privadas mas criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas a que se atribuem finalidades mais ou menos próximas do serviço público, do que mesmo privadas e lucrativas. Não se confundem com serviço público quanto à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, mas dele se aproxima quanto aos objetivos e finalidades."[33]

Caio Tácito, professor de direito administrativo da Universidade da Guanabara, ensina que "inspirando-se no direito civil, o legislador brasileiro adotou como descentralização administrativa, a constituição de fundações destinadas à prática de atividades culturais ou assistenciais. Instituídas em virtude de lei, tais fundações têm virtualidades do serviço público, embora conservem as características do direito privado . . . As fundações públicas regulam-se pelos princípios do direito privado, com as peculiaridades constantes das leis autorizativas de sua instituição."[34]

[29] Id. Ibid. p. 14.
[30] Id. Ibid. p. 83.
[31] Id. Ibid. p. 86.
[32] Ferreira, Sérgio Andrea. *Fundação de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil.* p. 65.
[33] Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo.* 5. ed., Rio de Janeiro, 1958. p. 219.
[34] Caio Tácito, Sociedades comerciais e fundações do Estado. *Rev. Forense,* n. 205, p. 417.

"Não se pode confundir — escreve Carlos Medeiros Silva — o SENAI com as fundações, pessoas jurídicas de direito privado, que têm sua disciplina no Código Civil ... Não há pois como confundir autarquia com fundações."[35] Seabra Fagundes as entende também como entidades de direito privado.[36]

Francisco Campos, um dos maiores nomes no campo do direito pátrio e que foi o primeiro jurista nacional a traçar os contornos da pessoa jurídica ensina: "Serviço erigido em pessoa jurídica não pode ser uma fundação de direito privado: a pessoa jurídica investida de direitos do Poder Público para administrar um serviço é necessariamente uma pessoa de direito público e a fundação é pelo nosso direito (Cód. Civil art. 16) "pessoa jurídica de direito privado." Uma pessoa jurídica de direito público não pode ser portanto uma fundação e uma fundação não pode consistir em serviço público cuja administração exige o exercício de *imperium* ou de direitos de poder público."

"Se a lei civil — prossegue — declara que a fundação é pessoa jurídica de direito privado, claro é que uma pessoa jurídica de direito público não pode ser uma fundação."[37]

Anota, com agudeza, Themístocles Cavalcanti que "tem havido entretanto certa plasticidade no encarar o problema das fundações, orientando-se a legislação no sentido de conservar a estrutura privada, embora gozando de certas isenções e prerrogativas concedidas por lei."[38]

Incisiva é a posição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: "Não podemos criar confusão onde não há confusão; uma fundação não pode ser de direito público. As fundações são de direito privado, como pessoas jurídicas de direito privado ou não são fundações."[39] Também o já citado Hely Lopes Meirelles, no parecer da Fundação de Santo André, conclui: "Mas a fundação será sempre personalidade jurídica de direito privado. Será sempre uma instituição de direito civil."

[35] Silva, Carlos Medeiros. Pessoas Jurídicas de direito público, e direito privado. *Rev. Dir. Adm.*, v. 3, p. 434, jan. 1946.

[36] Seabra Fagundes, da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *Rev. Dir. Adm.*, out./dez. 1964.

[37] Campos, Francisco. Pessoa jurídica de direito público e de direito privado. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943. p. 297.

[38] Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 1960 v. 2, 4. ed. p. 139.

[39] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *Rev. Dir. Adm.*, v. 25, p. 387.

5. *Doutrina estrangeira*

Marcelo Caetano entende que a fundação é entidade privada. (*Das fundações*). Oreste Ranelletti escreve que "una opinione (e sembra la dominante) ritiene che le fondazioni sono le istituzioni del diritto privativo".[40] No mesmo sentido, Gierke (*Genossenschaftstheorie,* p. 12), Ferrara (*La classificazione,* p. 16 e *Le persone giuridiche,* nº 41), escrevendo que "le fondazioni non sono che le istituzione private".

Ernest Forsthoff entende que "resulta extraordinariamente difícil reconhecer a fundação de direito público e diferenciá-la das de direito privado, já que também da criação desta última participam as autoridades estatais e o seu fim é comumente de utilidade pública."[41]

6. *Jurisprudência*

Existem poucos julgados sobre o assunto, mas alguns podem ser citados. A *Revista Forense* n. 168, p. 260, estampa o seguinte julgado: "A Fundação da Casa Popular não é autarquia, mas pessoa jurídica de direito privado, não tendo pois foro especial." A *Revista Trimestral de Jurisprudência* (STF), v. 37, p. 151, consigna: "Fundação — embora instituída por lei e com recursos dados pelo Estado trata-se de sociedade de direito privado. As decisões que a condenaram em Juízo no autorizam recurso *ex officio.*" Relator Evandro Lins e Silva.

Ainda que seja um Tribunal *sui-generis* (mais administrativo do que judiciário), Abgar Renault, relator do parecer prévio das contas gerais da República do ano de 1968, do Tribunal de Contas da União, exarou assim seu parecer: "Ou fundações de direito público — expressão aliás inadmissível na opinião de muitas autoridades que a consideram verdadeira *contradictio in terminis* porque o substantivo fundação e o adjetivo pública pertencem à classe dos incompossíveis, dos que *hurlente de se trouver ensemble.*"[42]

Tanto são privadas qeu o Supremo Tribunal Federal decidiu que não gozam de foro especializado consoante se vê das Súmulas, do Pretório Excelso, n.os 251, 508 e 517.

[40] Ranelletti, Oreste. *Inst. dir. público.* CEDAM, 1940. p. 538.

[41] Forsthoff, Ernest. *Tratado derecho administrativo.* Madrid, 1958. p. 651.

[42] *Diário Oficial.* Suplemento ao n. 41. fls. 9.

7. *Doutrina e solução alienígena*

Estamos na era das fundações e a Suécia é o país das fundações. Dadas as diferenças entre o nosso direito e o da Suécia, não examinaremos, por ora, a situação nesse país. Aos interessados, ver Strahl, *Les fondations dans le droit suédois.*

Fixemo-nos nos países de direito mais semelhante ao nosso. Na Itália, no ensino de Ugo Forti: "La *istituzione* riproduce invece nel campo del diritto pubblico il tipo che vi è del pari già noto della fondazione, cio è la persona giuridica la cui base consiste nella esistenza di um patrimonio."[43]

Massino S. Giannini usa denominação de "ente pubblico".[44] Comparam, pois, à fundação do direito privado, as instituições do direito público: "Hanno carattere di fondazione le istituzioni di beneficenze, gli istituti di istruzione constituiti in persone giuridiche, l'istituto nazionale per le esportazione ... (p. 82) "Le istituzioni sono enti stabilite e permanenti nei quali sono ridotti and unità elementi svariate come persone, scopi, mezzi, ocorrente per lo svolgimento di un'attività prevalentemente tècnica ..." (p. 29).

Guido Zanobini, referindo-se a "pubblici istituti" observa que "l'unità consistente nella riunione di vari elementi materiali e personali, rivolti al dispiegamento di attività e di servizi di carattere prevalentemente tècnico"[45]

Na França, Jean Marie Aubry e Robert Ducos apontam que "établissément public désignat, en général, toutes les personnes morales de droit public." E, entre esses, coloca as academias, universidades e faculdades.[46]

Idêntica é a posição de André de Laubadère, considerando "Établissement public: Universités, Facultés, Lycées ...[47]

Também Marcel Waline assim o entende, pois se referindo a "établissement public" diz que seu objetivo é "donner au service une gestion plus independante en la confiant aux interessés ou aux tendencieux: Universités, Facultés ...[48] Gaston Jèze coloca dentro dos estabelecimentos públicos o ramo do ensino: Universidades, Faculdades ...[49]

[43] Forti, Ugo.*Lezioni de diritto amministrativo.* Napoli, 1926, v. 1, p. 184.

[44] Giannini, Massino S. *Diritto amministrativo.* Milão, 1970. p. 173.

[45] Zanobini, Guido. *Corso de diritto amministrativo.* Milão, 1939. p. 162.

[46] Aubry, Jean Marie & Ducos, Robert. *Grands services publics et entreprises nationales.* Paris, 1969, p. 135-138.

[47] Laubadère, André de. *Traitté élémentaire de droit administratif.* Paris, 1953. p. 579.

[48] Waline, Marcel. *Manuel élém. de droit admin.* Paris, 1946. p. 225.

[49] Jèze, Gaston. *Principes generales de derecho administrativo.* Madrid, 1928. p. 305.

Na Espanha, na lição de Carlos García Oviedo, as instituições públicas são compreendidas sob a denominação de estabelecimentos públicos como o Instituto Nacional de Colonização, Instituto Nacional da Indústria, Instituto Nacional do Livro, Serviço Nacional do Trigo, Universidades. Considera as fundações e corporações como instituições de direito privado.[50]

No Chile, segundo o ensinamento de Enrique Silva Cimma, há os estabelecimentos públicos, instituídos com personalidade jurídica de direito público, mas revestidos normalmente sob a forma de fundação. Em Portugal, Marcelo Caetano (*Das Fundações*, p. 8) faz alusão às ditas fundações públicas, fazendo menção àquelas que possam "considerar-se de direito público e que se enquadram na categoria de institutos públicos. Gabino Fraga, fazendo análise do México escreve que a Universidade do México é corporação pública.[51]

Na Alemanha, para citar apenas um autor, Fritz Fleiner escreve: "La réconnaissance de la personnalité de droit public implique la collation simultanée de la capacité juridique de droit privé ... les établissements sont crées par la volonté de l'Etat ou d'une commune ... et elevé au rang de spiritus rector de l'établissement ou — ce qui est equivalent — de la fondation de droit public et de son patrimoine."[52] Verdade é que, na doutrina alemã, se examinou a existência ou não das "öfftenliche Stiftung", ou seja as fundações públicas.

7.1 Nosso direito

Vemos, pois, que na doutrina estrangeira a fundação é entidade de direito privado. Entre nós, os que advogaram a existência da fundação pública foram unânimes em reconhecê-la como do "gênero autarquia" (Celso Antonio, Bandeira de Melo, Miguel Reale, José Geraldo Ataliba Nogueira, José Cretella Jr., Ruy Cirne Lima — in: *Princípios dir. adm. bras.* — 2. ed., 1939, p. 59).

Mario Masagão, analisando as autarquias, tendo em vista o serviço que executam, as classifica da seguinte forma: a) a de previdência (INPS); b) a de ensino (Universidades); c) de crédito (Caixas Econômicas); d) industrial (Rede Ferroviária Federal); e) de disciplina das atividades profissionais

[50] Oviedo, Carlos García. *Derecho administrativo.* Madrid, 1951. p. 69.

[51] Fraga Gabino. *Derecho administrativo.* 5. ed. México, 1952. p. 381.

[52] Fleiner, Fritz. *Les principes généraux de droit administratif allemand.* Paris, 1933. p. 71-2.

(Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, Ordem dos Advogados); f) a de economia que visa regular produção, circulação e consumo de certas mercadorias (Instituto do Açúcar e do Álcool)[53]

Com respeito ao mestre, temos para nós que colocou no gênero de autarquias entidades que são corporações (OAB), empresas públicas (Rede Ferroviária Federal), sociedades de economia mista.

Seguindo o ensino de Tito Prates Fonseca, em sua obra clássica, temos que "autarquia é um serviço público especial personalizado". "O serviço público personalizado — continua — pode ter analogia com fundação, mas não é fundação. Não se constitui como esta pela vontade manifesta de uma pessoa privada ... Aliás em nosso regime jurídico a fundação, em suas notas características, não se amolda à espécie definida de serviço público personalizado.[54]

"Por outro modo — prossegue — as autarquias administrativas, em substância, pertencem à administração pública, serviços personalizados que são e constituem-se em pessoas jurídicas por obra da lei. Os estabelecimentos de utilidade pública se traduzem em uma fundação, uma associação, uma sociedade, um grupo enfim de pessoas privadas formando uma personalidade jurídica em que a intenção privada prevalece. A sua personalidade jurídica embora à evidência provenha do preenchimento das condições comuns para a existência de toda pessoa jurídica, não provém diretamente de lei, mas da atividade da intenção privada. A utilidade pública é uma qualidade que, pelo reconhecimento do poder público, pode afetar uma das entidades enumeradas no nº I, do art. 16 do Código Civil, enquanto que a autarquia é uma entidade de direito público criada pelo Estado."[55]

Manoel Franco Sobrinho, diz que a "autarquia aparece como uma pessoa jurídica, que possui fins públicos, que realiza serviços públicos, mediante funções administrativas outorgadas."[56]

Hely Lopes Meirelles traça, com nitidez, a distinção entre os dois institutos: "Nem se pode confundir fundação com autarquia. Autarquia é um serviço público personalizado; a fundação é apenas um patrimônio personificado e destinado a um fim. A autarquia é entidade de direito público e a fundação é de direito privado. A autarquia integra a Administração Pública; a funda-

[53] Masagão, Mario. *Curso de dir. admi.* 4. ed. 1968. p. 72-5.

[54] Fonseca, Tito Prates. *Autarquias administrativas.* Saraiva, 1935. p. 38, 82-3.

[55] Id. Ibid. p. 150.

[56] Oliveira Franco Sobrinho, *Autarquias administrativas.* Ed. Rev. Tribunais, 1939, p. 130.

ção está ao lado da Administração Pública, auxiliando-a sem a integrar. Bastam estes traços diferenciadores, para diversificar ambas as instituições.[57]

Para Guimarães Menegale "a autarquia não é um instituto de direito civil, como a associação e a fundação e sim criatura do Direito Administrativo."[58] Para Manoel Franco Sobrinho "não há nas fundações qualquer traço característico capaz de exatamente identificá-las ou sequer aproximá-las das autarquias ou dos órgãos paraestatais". E acrescenta: "A autarquia, de um lado, na sua função e a fundação, de outro, desde que os traços diferenciadores jurídicos diversificam ambas as instituições, diversificando-as desde sua origem histórica."[59]

8. *Conclusão*

Não encontramos em nosso direito nada que nos autorize a concluir que o legislador tenha admitido outro tipo de fundação que não a fundação privada. Vem ela referida no art. 16, do Código Civil e regulada através dos artigos 24 e 30, do mesmo diploma.

Verdade é que o Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, que tratava da reforma administrativa, rezava no art. 4º § 2º: "Equiparam-se às Empresas Públicas para efeitos desta Lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participem a União, quaisquer que sejam suas finalidades."

Contudo, pouco depois, o Decreto-lei nº 900, de 29.9.69 revogou a disposição do Decreto-lei nº 200, ao dispor no art. 8º: "Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebem subvenções ou transferências a conta do orçamento da União, a supervisão ministerial . . ."

O direito administrativo pode usar institutos do direito privado, adaptando-os. Contudo, não pode chegar a ponto de, adotando um instituto de direito privado, desfigurá-lo por completo. Melhor lhe fora instituir entidade nova.

Analisando-se os argumentos dos que defendem a existência de fundação pública, vê-se que três são os motivos principais que os levam a essa posição: a) ser instituída pela Administração Pública; b) receber dotações governamentais; c) exercer atividades de interesse da coletividade (por exemplo, o ensino). E, em conseqüência disso, ter certo direito de *imperium*.

[57] Meirelles, Hely Lopes. *Fundações instituídas pelo poder público.* Forense, 220. p. 67.
[58] Menegale, Guimarães. *Direito administrativo.* v. 1, p. 106.
[59] Oliveira Franco Sobrinho, *Fundações e empresas públicas* p. 15, 17

São, a nosso ver, argumentos cediços. Há entidades privadas — as assistenciais de utilidade pública — que recebem dotações governamentais e, nem por isso, são de direito público. Ademais, quanto às atividades de interesse público, o ensino é exercido também por particulares e ninguém — em sã consciência — entende deva considerar como estabelecimentos públicos colégios, universidades mesmo instituídas sob o objetivo de ensino — de relevante interesse coletivo.

Ademais, considerar a fundação instituída pelo poder público como ente público, do gênero autarquia, parece-nos usar uma denominação inadequada para uma entidade já estruturada como é a autarquia. Se a "fundação pública" é de natureza autárquica, por que não substituí-la, pura e simplesmente, pela autarquia, ao invés de a rotular com uma denominação específica do direito privado?

Surgem várias soluções: a primeira, de acordo com os que defendem a "fundação pública" como de natureza autárquica, colocá-la como autarquia, sem esse nome impróprio e dúbio.

A segunda solução é apontada por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: "As fundações, ditas públicas, assumirem a forma de empresa." E define empresa pública: "Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com o patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta para desempenhar atividades de natureza empresarial."[60] E Hely Lopes Meirelles, que coloca as "fundações públicas" como entidade paraestatal disserta:

"Empresas públicas são os mais modernos tipos de instituições paraestatais, com personalidade privada e organização de entidade particular, mas com capital inteiramente do governo."[61]

Se compulsarmos as fundações instituídas pelo poder público teremos que não só a maioria, mas também as mais importantes, pela própria lei instituidora, são colocadas na esfera do direito privado: Universidade de Brasília, Universidade do Amazonas, Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, Casa Popular (Fundação da...), Pioneiras Sociais, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, Fundação Getulio Vargas, Universidade do Maranhão, Centro Brasileiro TV-Educativa, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Casa de Rui Barbosa, IPES, Fundação Nacional do Material Escolar, Fundação Nacional do Índio, Universidade Federal de Sergipe, MOBRAL,

[60] Id. Ibid. p. 198.

[61] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, 1966. p. 306.

Fundação Brasil-Central, Rádio Mauá, Fundação Federal de São Carlos, Fundação Museu do Café, Legião Brasileira de Assistência e Fundação Universidade Federal de Mato Grosso.

A última solução, a nossa, tem por base o direito comparado. A Alemanha, um dos poucos países onde se discutiu a possibilidade da existência da "fundação pública", consoante ensino de Otto Mayer, possui os estabelecimentos públicos (*öffentliche Anstalt*) englobando as ditas fundações públicas (*öffentliche Stiftung*) e as associações públicas (*öffentliche Genossenschaft*).[62]

Assim o Estado institui entidades públicas, pelo fim, pelo patrimônio ou pelas verbas, e denomina tais entidades de instituições públicas a exemplo do que ocorre na Itália — *Ente o Istituzione Pubbliche* — na França — *Établissement Public* — na Espanha — *Institucione Pública* — e, na Alemanha — *öffentliche Anstalt.*

Seriam, essas sim, entidades públicas submetidas à Administração Pública.

A manter a denominação de fundação pública, apesar do nome, teríamos uma entidade de natureza privada. Nesse sentido, a posição de Antonio Edving Caccuri: "As Fundações instituídas pelo poder público são entidades de direito privado."[63] Em trabalho mais recente ainda o professor matogrossense, Gervásio Leite assenta que "nessa ordem de considerações as fundações, ainda que instituídas pelo poder público a exercer atividade própria do Estado, não perdem a sua característica de pessoas jurídicas de direito privado, como foram conceituadas pelo Código Civil".[64]

Para nós, olhos voltados para o nosso ordenamento positivo, não se pode reconhecer, com base jurídica, nessas fundações instituídas pelo poder público entes de direito público, a não ser que legislação venha expressamente derrogar as disposições do Código Civil.

[62] Mayer, Otto. *Droit adm. allemand.* Paris, 1905. v. 4.

[63] Caccuri, Antonio Edving. Das fundações públicas. *Rev. Trib.*, v. 44, p. 42.

[64] Leite, Gervásio. Inexistência das fundações públicas. *Jurídica*, n. 121, p. 181. Órgão do Instituto do Açúcar e do Álcool.