

AS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO, SUA NATUREZA JURÍDICA E SEU CONTROLE

PAULO F. ROCHA LAGOA*

1. Introdução ao problema. 2. A fundação: sua natureza jurídica no direito privado. 3. A organização jurídica da administração. 4. A natureza jurídica das fundações. 5. O controle sobre as fundações instituídas pelo poder público. 6. Conclusões. 7. Teses do ensaio.

1. *Introdução ao problema*

1.1 A revolução industrial efetuada no primeiro quartel do século XIX gerou uma das maiores modificações sofridas pela estrutura da sociedade humana. Por meio dela, tomou o homem consciência da possibilidade efetiva em que se encontrava de proceder ao controle da natureza, alterando-a a seu bel-prazer para produzir coisas suscetíveis de lhe trazer vantagens em sua vida diária, tornando-a algo mais segura, mais confortável e principalmente, capaz de um lazer até então sequer vislumbrado. O homem viu-se alçado da situação de simples besta de carga, à qual se atribuía no processo da produção a maior parte dos ônus (até mesmo o de gerador de energia), à posição de usuário de benefícios, os mais diversos. A máquina tudo mudou, gigante envolvente que é, suscetível de modificar até mesmo as relações sociais, na medida em que concedia a seus detentores maior poder e submetia o resto da humanidade a situações de dependência até então desconhecidas. A racionalização da atividade econômica, somada aos novos processos de controle da natureza, deram novo aspecto à face física da Terra, alteraram as relações tradicionais de poder e modificaram o próprio pensar do homem, outorgando-lhe formas desconhecidas. De objeto, o ser humano passou a ser sujeito da história.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1.2 É claro que essas transformações da sociedade necessariamente se refletiriam no ordenamento jurídico. Sendo o direito uma das técnicas de controle da vida social, tendo por objetivo específico instituir normas destinadas a criar o respectivo bem comum, é de ver que suas instituições clássicas haveriam de ser profundamente alteradas e, principalmente, novas haveriam de ser criadas para o fim de satisfazer interesses até então não aflorados. As relações entre produtores, de modo geral, haveriam de ser enormemente incentivadas, refinando-se ao extremo os instrumentos pelos quais iriam elas atuar (outras espécies de contratos, novos títulos de crédito); certos tipos de intermediários desenvolveram ao extremo (os bancos e suas diversas formas de atividade constituem o melhor exemplo); as relações de emprego se transformaram por completo (o artesão preso à corporação passou a ser o operário sindicalizado). A acumulação de capital ocasionada pelo processo criou a figura do investidor, o qual, de proprietário imobiliário (terras para produção agrícola, imóveis para alugar), passou a empregar seus capitais em títulos móveis (ações de sociedade, debêntures). O próprio homem comum, que até então se encontrava impossibilitado de poupar, viu surgir essa faculdade em face dos melhores salários pagos pelo empregador, imaginando-se formas originais, apropriada para captar essa espécie de economia (financiamento da casa própria, cadernetas de poupança, fundos mútuos).

1.3 Modificadas que foram as relações de direito privado, não podia o direito público deixar de transformar-se para se adequar às novas realidades. O direito do voto, até então conferido apenas a um círculo limitado (habitualmente aos detentores de um mínimo de bens), estendeu-se a toda e qualquer pessoa habilitada, pela idade, a formar juízo sobre a coisa pública; o acúmulo de pessoas em determinados espaços, gerando a megalópole, que se estende por cima das divisões administrativas tradicionais, fez criar universalmente o instituto da região metropolitana, além de grande número de serviços públicos locais, produtores de utilidades para o homem da cidade (luz, energia, gás, água encanada, esgotos sanitários, coleta de lixo). Tanto a concentração da propriedade em poucas mãos (o controle da grande empresa, *trusts*, cartéis) como sua disseminação entre o público em geral tornou indispensável a criação de órgãos especiais, destinados a controlar os primeiros, impedindo o interesse egoísta de predominar sobre o interesse da sociedade e orientar os segundos, de modo que não viessem a cair nas mãos dos inescrupulosos. Passou-se, portanto, a um Estado (pré-revolução industrial) que se limitava a expedir normas destinadas a assegurar a paz pública e a criar um mecanis-

mo — a justiça — de concretização das normas, sancionando os respectivos infratores, a outro Estado (pós-revolução industrial), cujo fim precípua se tornava a prestação de serviços. Ou, na fórmula clássica, do Estado de polícia se passou ao Estado do bem-estar (*welfare state*).

1.4 Essa alteração nos fins do Estado iria, por certo, refletir-se na sua própria estrutura. O clássico Estado de polícia, de que se pode tomar como exemplo melhor a administração pública francesa, tal como instituída por Luiz XIV, consistia numa entidade fortemente centralizada, cujo poder de decisão se encontrava nas mãos de uma única pessoa, a qual instituiria como processo de governo a emissão de atos normativos e sua aplicação aos casos concretos por ela própria. Tudo dependia da autoridade central, que a tudo provia pessoal e diretamente, utilizando auxiliares sem poder de decisão e cujas resoluções só possuíam eficácia vinculadora após o *placet* daquela autoridade. A frase atribuída a Luiz XIV segundo a qual “l’État c’est moi” descreve excelentemente essa situação. Criou-se, destarte, o Estado centralizado, paulatinamente objeto de imitação pelos outros estados europeus, em face da inegável eficiência de que se mostrou capaz, tendo em vista a modificação da natureza dos problemas apresentados para solução dos governantes: de puramente locais, iam-se tornando cada vez mais nacionais; é de assinalar-se, outrossim, a adaptabilidade dos novos principais centralizadores ao sistema das monarquias absolutas, reforçando o poder do príncipe cuja esfera de faculdades passava a não ter limites.

1.5 Com a revolução industrial tudo mudou. Em vez de se limitar às funções de criador e aplicador das normas de controle da sociedade, o Estado se transformou em sistema de prestação de serviços. Começou a realizar, inicialmente, aqueles de natureza local, relativos ao bem-estar higiênico das comunidades (movimento de municipalização dos serviços), passando, em seguida, a enfrentar, de modo direito, a atividade econômica, substituindo-se a economia privada onde ela se mostrava insuscetível de tomar a iniciativa. Paulatinamente o poder público ingressou em toda as formas da vida econômica, seja pessoalmente, seja por meio da associação com particulares. O Estado tornou-se agricultor, industrial segurador, comerciante, transportador, banqueiro, exercendo simultaneamente, todas as três atividades econômicas básicas (produção, intermediação, serviços), nas quais concorre ao lado da iniciativa privada em igualdade de condições, inclusive pagando impostos. Para tanto não lhe foi possível continuar utilizando a estrutura tradicional do Estado centralizado,

sendo forçoso criar novas formas de entidades, seja adaptando aquelas já conhecidas às suas necessidades, seja instituindo outras, até então inexistentes.

1.6 Sentindo a impossibilidade do uso dos processos administrativos tradicionais apropriados para o Estado, que se limitava à função de emitir normas e controlar sua obediência, mas insuscetível de aplicação ao Estado de prestação de serviços, criou-se o processo de *personificação de serviços*. Isto é, ou o serviço já existente era dotado de personalidade jurídica ou se outorgava essa qualidade a um serviço novo, atribuindo-se a ambos um sistema de gestão diverso do tradicional, dando-se-lhes, outrossim, liberdade de iniciativa e, especialmente, uma forma de proceder mais simples, sem os entraves da organização central. Isto é, além de surgir um novo ente, era ele dotado de autonomia (autarquias). Mais tarde, visando ingressar na atividade econômica por meio da associação com particulares, utilizou para tanto, formas já previstas no direito privado, adaptando-as ao caso particular da atividade governamental (sociedade de economia mista). Finalmente, resolvendo desprezar a associação a capitais particulares, houve por enfrentar com seus capitais próprios a atividade econômica, instituindo nova espécie de pessoa jurídica, que passou a proliferar na medida em que a autoridade pública se encontrava com maiores disponibilidades monetárias (empresas públicas).

1.7 Ao lado dessas formas de personalidade jurídica, entretanto, existia uma outra, mais modesta, sem quaisquer laivos de novidades, já devidamente configurada há muitos anos do ponto de vista da dogmática e cuja extrema elasticidade estrutural de imediato se apresentou aos que desejavam personificar os serviços públicos. Trata-se da fundação. A fundação possui por essência, uma estrutura das mais simples, ensejando ao poder público utilizá-la quando se lembrou personificar serviços destinados à prestação de assistência ao público, tais como hospitais, orfanatos, recolhimentos para pessoas idosas. Eram, via de regra, instituições destinadas a outorgar serviços a pessoas desprovidas de recursos, atividade até então realizada pela Igreja, cujo patrimônio, entretanto, obtido em geral mediante doações *mortis causa*, começou a escassear quando se iniciou o movimento de secularização da vida pública, com abandono do ideal de sacralidade até então prevalente nos espíritos. Passando a exercer a função de assistência, os Estados utilizaram para tanto — como é próprio da natureza humana — a forma de entidade mais próxima daquela empregada pelos particulares, já familiar e cuja natureza extremamente flexível não pediu maiores adaptações, ensejando sua aplicação sem problemas, quer jurídicos, quer administrativos.

2. A fundação: sua natureza jurídica no direito privado

2.1 O direito romano clássico não conheceu as fundações. Existia, é certo, a idéia diretora do instituto: através vários processos indiretos, se dava a um patrimônio destino certo e individualizado, de tal forma que seus frutos viessem a ser utilizados de forma predeterminada em determinada atividade, previamente fixada pelo interessado. Vários exemplos chegaram até nós desse costume. Com o ingresso do cristianismo na vida oficial do Império e o paulatino ajustamento do ordenamento clássico aos princípios cristãos, surgiu a necessidade, tendo em vista o grande número de legados destinados a fins caritativos ou mesmo puramente religiosos, de se dar uma administração própria a esses patrimônios. Para tanto designou-se o bispo do lugar onde os benefícios seriam prestados, o qual os geria separadamente dos bens de sua diocese; pouco a pouco, entretanto, foi-se reconhecendo personalidade jurídica aos bens destinados para esses fins, de tal forma que, no direito intermédio, a situação das fundações encontrava-se por completo configurada como hoje.

2.2 Isto é, a fundação se instituíra mediante a vontade (em geral por testamento) de alguém, que destinava uma parte de seu patrimônio para ser utilizada em fim específico, determinado expressamente na manifestação de vontade, sendo designado desde logo o gestor desse patrimônio, ou, pelo menos, previsto o modo de sua escolha. Ficava o patrimônio personalizado, no fim previsto pelo instituidor. Como não poucas vezes o patrimônio era muito elevado, aplicou-se à hipótese o princípio do reconhecimento pelo Estado da personalidade jurídica: esta dependeria do beneplácito do príncipe, o qual sempre o dava, salvo quando o fim da fundação lhe parecia incompatível com o interesse público ou os bens fossem tidos como demasiadamente elevados para o destino previsto pelo instituidor. Note-se que se previa a existência de uma autoridade tutelar sobre a fundação, destinada a verificar a compatibilidade da gestão que lhe dava com o fim determinado: esse poder de controle foi primitivamente efetuado pelo bispo diocesano, eis que as fundações se encontravam, por sua natureza religiosa ou semi-religiosa (atividade caritativa), ligadas à Igreja. Com o desenvolvimento do processo de secularização, o Estado avocou paulatinamente para si próprio o poder de inspeção.

2.3 Não comporta a breve extensão desse trabalho o exame das diversas teorias acerca da natureza jurídica da fundação de direito privado. Suficiente será lembrar a harmonia da doutrina moderna em torno da concepção segundo a qual a fundação possui natureza própria, na teoria das pessoas jurídicas,

tornando-a distinta das demais espécies dessas pessoas. Sua natureza jurídica específica consiste na afetação de um patrimônio a um fim determinado. Personificado, esse patrimônio possui capacidade jurídica ativa e passiva, sendo sujeito de direitos e obrigações, existindo o controle estatal tão-somente para fim específico de verificar: a) se o patrimônio é compatível com o fim; b) se o patrimônio, no curso da vida da fundação é utilizado em conformidade com o fim determinado pelo instituidor. Sujeitos do direito sobre esse patrimônio são os beneficiários do seu uso, conforme a disposição prevista pelo instituidor, de tal forma que, conforme a redação conferida ao documento de instituição, podem até ser criados direitos subjetivos ao recebimento dos benefícios da fundação, sendo titulares do poder de ação (em sentido material) os que se encontrarem na situação de fato prevista no documento criador da fundação.

2.4 Resumindo o que foi dito, pode-se afirmar constituir a fundação, em síntese, um patrimônio impulsionado por uma idéia. Essencialmente, são esses os dois elementos caracterizadores da fundação: o patrimônio e a idéia. Note-se que, uma vez declarada a vontade do instituidor, perde ele, como tal, qualquer poder de controle sobre a fundação (se bem, é claro, possa autodesignar-se como administrador por sua vida), destacando-se a vontade criadora da pessoa do seu emissor. Essa vontade, caracterizada como negócio jurídico unilateral, objetiva-se e passa a deter existência *per se*, não mais podendo ser objeto de revogação pelo seu autor. Uma vez validamente criada a fundação, ou seja, manifestada sem irregularidades a vontade do instituidor, que fixou a sua idéia-diretriz e lhe conferiu patrimônio suficiente, a vida de nova pessoa jurídica surge, a ser gerida em conformidade com aquela idéia.

Aliás, ela deve também orientar suas normas internas, a serem criadas pelo poder público em obediência ao sentido próprio à mesma idéia, se acaso o instituidor não as criou. Desta forma, a vontade do instituidor que seja posterior à criação da fundação apresenta-se insuscetível de eficácia sobre a vida da nova entidade.

2.5 Criadas as entidades de beneficência pública sob a forma de fundações, foram conferidas a essas últimas pelo Estado, instituídos bens suficientes para o desenvolvimento de suas atividades. Eram, em geral, patrimônios suficientes para adquirir os imóveis necessários ao desenvolvimento das atividades do novo ente e gerar os rendimentos indispensáveis à manutenção dessas atividades. Sendo os poderes públicos titulares de domínio sobre grandes áreas territoriais, ou se transferia o domínio de algumas delas à fundação ou se

lhes atribuía determinado poder de gozo, através, especialmente, da enfiteuse, ensejando a realização de outros contratos, pelos quais terceiros remuneravam a fundação pelo uso de seus bens. Também se utilizava o processo de emitir títulos da dívida pública, fazendo-se face às despesas com o rendimento por eles produzidos. A doutrina contentou-se inicialmente, quando chamada a caracterizar essa nova espécie de pessoa jurídica, de parificá-la com as fundações de autoria particular; logo se viu, entretanto, possuírem elas características próprias, impedindo a primitiva identificação, pois ao contrário das fundações privadas que, instituídas, desligam-se da vontade do instituidor, passando a levar vida independente, as fundações públicas se encontravam, na grande maioria dos casos, em situação de apenas relativa autonomia. Com efeito, ou seus órgãos de controle se encontravam sob o poder de comando da entidade instituidora, ou o patrimônio a ela conferido não se apresentava suficiente para satisfazer as despesas, obrigando o poder público a subvencioná-las, ou — o que era mais comum — se apresentavam simultaneamente essas duas características.

2.6 Reconheceu-se deterem essas novas entidades uma situação nova no esquema das pessoas jurídicas, pela qual se encontravam elas na situação de *instrumento* do Estado, criadas que foram para desenvolver atividades que ele entendia que era seu dever assumir, mas, por motivos de ordem prática, entendia ser mais eficaz desenvolver através de órgão especializado, a ele estritamente ligado, eis que se encontrava sob seu poder de comando. A personificação do serviço, dotado de patrimônio próprio e de administração independente (em termos) influenciou a doutrina de tal modo que apresentou essas notas como elementos característicos de um novo ser, dando-lhe a denominação de autarquia, ou seja, entidade dotada do poder de auto-regular-se. Essa noção fez escola. Sentindo o Estado — conforme já se expôs — a necessidade premente de prestar serviços ao público, diversos de natureza assistencial, começou a criar novas entidades dotadas ou não do poder de império, que ele, Estado, destacava de si próprio e lhes atribuía. Chegou-se, até, como também já se notou — a associar o poder público e o particular em sociedades comerciais; sentiu ele, entretanto, quando mais rico, ser-lhe possível exercer diretamente a atividade empresarial, sem associar-se com terceiros, criando entidade própria para tanto. A administração pública, em conseqüência, passou a deter enorme complexidade, rodeada de entes das mais diversas naturezas e finalidades, com os quais suas relações são também diferentes. Depois de examiná-la do ponto de vista dinâmico ou funcional, vejamo-la agora do ponto de vista estático ou estrutural.

3. A organização jurídica da administração

3.1 O Estado constitui o ente primário, dotado simultaneamente do poder de criar novos sujeitos de direito e de emitir normas destinadas a regular a sua respectiva atividade. Esse ente, denominado administração pública quando visto do ângulo da satisfação do interesse coletivo, não é apenas uma fonte de direito, mas também, ele próprio, um sujeito de direito, possuindo uma organização interna, composta de várias esferas de atuação, cada uma delas dotada de uma competência específica para dispor a respeito de certa matéria, que lhe foi atribuída pelo ordenamento ao dispor sobre a organização do Estado. Essas esferas de atuação possuem um órgão pelo qual se manifesta a vontade estatal (do todo e não da parte) e são ligados entre si mediante relações jurídicas (e não relações de fato), cada órgão se encontrando em situação de coordenação em relação aos demais (situação de identidade jurídica) e não de subordinação (situação de superioridade jurídica). Dentro de cada órgão existem, por sua vez, situações de superioridade, pelas quais determinadas pessoas físicas exercem sobre as demais poderes hierárquicos consistentes na faculdade de emitir comandos genéricos ou concretos, sobre os demais, de tal forma que a autoridade superior pode substituir-se à inferior, decidindo, em lugar, determinada questão isto é, alocando a si o poder de decisão.

O conjunto de órgãos dotados do poder de decidir sobre cada matéria constitui os ministérios, todos eles em relação de subordinação à autoridade situada no grau máximo de hierarquia, que é o presidente da República. Essa entidade, organizada sob forma de cadeia, denomina-se, habitualmente, administração direta ou centralizada.

3.2 Como já se viu, a administração direta, em face dos problemas sociais da vida moderna, encontra-se impossibilitada pelo fato de sua organização ser configurada para emitir normas ou aplicá-las aos casos concretos, de satisfazer com eficiência as novas necessidades da sociedade, nas quais o poder público exerce, pessoal e diretamente, a função de orientador e criador de riquezas. Surgiu, então, toda aquela gama de entidades já lembradas, cada uma delas exercendo funções especializadas, visando realizar com eficiência as atividades que a administração centralizada não pode efetuar. Personificando serviços, atribuindo ao novo ser parte do patrimônio da administração direta, o ordenamento jurídico simultaneamente outorgava a essa última uma situação especial no que diz respeito àquelas novas entidades, englobadas sob a denominação genérica de administração indireta ou descentralizada.

Dentro de cada administração centralizada, seus órgãos encontram-se em simples relações interorgânicas, ou relações de organização interna; pelo contrário, entre a administração direta e as entidades componentes da administração indireta as relações são entre sujeitos de direito, entre pessoas jurídicas, isto é, constituem relações intersubjetivas. Em decorrência dessa situação, não pode haver situação de superioridade hierárquica entre administração direta e indireta, mas uma nova de subordinação, denominada tutela. Na tutela, o órgão da administração centralizada não substitui pela sua vontade aquela do ente da administração descentralizada; ele se limita a impor diretrizes à sua atuação e controlar a compatibilidade dos atos concretos com o conteúdo dessas diretrizes.

3.3 As entidades da administração indireta constituem ordenamentos jurídicos individuais, distintos, mas subordinados ao ordenamento jurídico específico da administração centralizada; sua validade, aliás, depende por completo da compatibilidade das respectivas normas com aquelas constantes do ordenamento central, cujo poder de império se lhe impõe. Desta forma, o poder de produção do direito por parte da administração descentralizada é sempre limitado, dependendo sua extensão da esfera de competência própria da administração direta que lhe haja sido transferida. Uma vez instituído o programa que a administração descentralizada deve seguir — o qual é sempre de autoria do órgão dotado do poder de tutela — a entidade está juridicamente obrigada (é um dever jurídico) a realizar materialmente o *desideratum* da administração centralizada, utilizando para tanto, os meios previstos em seu próprio ordenamento. Observe-se que a administração indireta possui, assim como a direta, dupla capacidade, isto é, ao lado da capacidade geral de direito privado, ela — se configurada sob a forma de entidade pública — também detém uma capacidade de direito público, esta última dotada da extensão prevista pelo ordenamento primário, ou melhor, sua capacidade de direito público se configura em face do que a respeito dispõe, seja, em geral, o ordenamento jurídico das pessoas jurídicas de direito público, seja, em particular, o ato pelo qual foi ela, pessoa da administração indireta, criada.

3.4 Como configurar a estrutura das entidades pertencentes à administração indireta? Elaborada em consequência da repercussão sobre a teoria geral do direito, gerada pelo notável desenvolvimento da pandectística do século passado, surgiu a distinção das pessoas jurídicas em duas diferentes espécies, cujas denominações variam consoante os gostos pessoais, mas que consistem básica-

mente nos mesmos conceitos. Verificou-se que as pessoas jurídicas divergem estruturalmente, seja porque se trata de um conjunto de pessoas agrupadas de modo sistemático em organização cujo fim transcende aos interesses individuais de cada uma delas, seja tendo em vista se tratar de um patrimônio destinado a um fim, o qual governa a forma pela qual esse patrimônio é administrado. No primeiro caso, temos as corporações e, no segundo, as fundações. Estas últimas, especialmente, já receberam as mais diversas denominações, sendo chamadas especialmente de estabelecimentos ou instituições; no entanto, seja qual for o *nomen juris* utilizado, a doutrina propugna a divisão de pessoas jurídicas em dois tipos puros, dentro dos quais há de se colocar as diversas espécies de entidades criadas pelo direito positivo, ressalvada a possível criação de entidade insustentável de ser classificada desta forma. Note-se que a distinção em tela nada tem a ver com a dicotomia (cada vez mais caída em desuso) direito público/direito privado, em face da absolução da impossibilidade prática (*não lógica*) de se afirmar a essência comum às entidades componentes de cada um dos dois grandes grupos; pelo contrário tal distinção se estende simultaneamente pelo direito público e pelo direito privado, sendo dever da doutrina situar cada uma das pessoas jurídicas dentro da espécie de tipo estrutural a que pertence.

3.5 Já se mencionou no item 1.6, de passagem, os tipos de entidades que foram sendo criadas pela Administração pública quando se lhe tornou necessário dar nova forma a um serviço público que se impunha personalizar. Todas essas entidades caracterizam-se por um ponto comum: a *autonomia* que detêm. Consiste a autonomia no poder de decisão sobre determinada matéria conferido a um sujeito de direito, o qual pode ser dotado de maior ou menor intensidade, dependendo da espécie de tutela sobre ele exercida pelo seu criador. Desta forma, quando a administração pública resolveu criar um ente que, à sua forma e semelhança, viesse a exercer um serviço público diverso da benemerência (para o qual, como já se viu, ela utilizava as fundações), instituiu entidade à qual atribuiu natureza pública (pessoa jurídica de direito público) e lhe deu patrimônio e suficiente autonomia para gerir o serviço que lhe foi atribuído.

Deu-se a essa nova entidade, tendo em vista o fenômeno da autonomia, que, por efeito da novidade, mais chamava a atenção, a denominação de autarquia. Como caracterizar a autarquia do ponto de vista estrutural? Será ela uma corporação ou uma fundação? A indagação é insuscetível de resposta genérica, eis que depende exclusivamente do conteúdo estrutural do ente, sen-

do de examinar-se, em cada caso concreto, se existem os elementos caracterizados da corporação ou da fundação.

3.6 É interessante observar que, por um fenômeno de simplificação, passou a ser utilizado o conceito de autarquia como sinônimo de órgão autônomo, quando essa forma de pessoa jurídica não passa de uma das muitas possíveis formas de ente autônomo. Chegou-se até mesmo a efetuar a inversão das categorias jurídicas básicas, erguidas pela teoria geral do direito e se afirma que a fundação, quando instituída pelo poder público, é uma autarquia. Há que repelir essa posição doutrinária. Existem categorias jurídicas fundamentais, constatadas pela existência jurídica, cuja existência se encontra permeando as relações de direito das mais diversas naturezas, e na base das quais as disciplinas particulares levantam os seus sistemas. São assim os conceitos de sujeito de direito, de pessoa jurídica, de ato normativo, de fato gerador, de direito subjetivo, de poder, de ônus, de obrigação, etc. Todos eles, se bem muitas vezes desenvolvidos pelas referidas disciplinas jurídicas particulares (o direito civil foi o mais fértil de todos; hoje o direito processual e o direito administrativo entre outros, estão dando sua contribuição), não ficam adstritos a esses ramos de direito, estendendo-se por todos ou quase todos. Veja-se, por exemplo, a categoria jurídica do ilícito; gerada e aperfeiçoada pelo direito penal, passou para o direito civil, para o direito administrativo, para o direito tributário, etc., apresentando em cada um deles características especiais, sem que, entretanto, deixe de existir uma teoria geral do ilícito, pura, abstrata, simplesmente desenvolvida pelos ramos concretos do direito.

3.7 Desta forma — voltemos ao raciocínio — impõe-se partir dos princípios assentes pela teoria geral do direito quando se tem por intenção desenvolver raciocínios sobre campos particulares do direito, única forma de se obter um sistema racionalmente construído, na base do qual os conceitos fundamentais se encontrem harmoniosa e logicamente combinados até atingir a cúpula. Desta forma, ao se classificarem as pessoas jurídicas de direito público, há que se partir da classificação das pessoas jurídicas em geral, e esta, por sua vez, da classificação dos sujeitos de direito. A dogmática ensina que, do ponto de vista estrutural, as pessoas jurídicas ou são corporações ou são fundações (item 3.4). É destes conceitos, pois, que se há de partir para classificar as entidades pertencentes à administração descentralizada e é o que ora se pretende fazer: limitado exame ao caso especial das fundações instituídas pelo direito público. Antes, entretanto, uma observação. As pessoas jurídicas de direito público territorial, principalmente aquela que é a representação jurídica da sociedade

nacional, o Estado, detém, na situação de fonte geradora do ordenamento jurídico primário — ordenamento básico, que dá existência e valor aos demais ordenamentos jurídicos estatais — poderes resultantes de sua dupla capacidade de direito público e de direito privado, podendo escolher, segundo melhor se lhe apresenta a forma de decidir as situações concretas, entre a via do direito público e a via do direito privado. Por esse motivo, quando a administração pública entender necessária a personificação de um serviço, ela pode escolher entre o processo de direito privado e o processo de direito público, outorgando ao novo ente a espécie de personalidade mais bem adaptada ao fim que vai desenvolver.

4. A natureza jurídica das fundações

4.1 Podem existir, desta forma, fundações instituídas pelo poder público cuja personalidade seja de direito privado e fundações que receberam a personalidade de direito público. Do ponto de vista estrutural, que diz respeito à essência do ente, não há qualquer diferença entre uma e outra espécie. Ambas são fundações, isto é, em ambos os casos, determinado patrimônio retirado da pessoa jurídica instituidora, recebe um fim determinado, sendo-lhe outorgado um estatuto no qual se define a forma pela qual o poder de tutela é de ser efetuado. A natureza da estrutura não se altera segundo a posição do novo ente no direito público ou no direito privado. Apenas, como o instituidor não precisa ser necessariamente a administração centralizada, é também lícito às entidades componentes da administração indireta promover a instituição de fundações; apenas não será possível essas entidades deterem personalidades jurídicas de direito público, pois a natureza pública de um sujeito de direito só pode ser outorgada por uma pessoa jurídica de direito público territorial. O motivo dessa proibição encontra-se na impossibilidade em que está quem não detém a situação de fonte geradora de ordenamento a conceder a terceiros a situação peculiar própria das pessoas jurídicas de direito público: estatuto dos bens públicos, imunidade tributária, vantagens processuais, etc.

4.2 É também lícito observar-se que o poder público, ao instituir fundações sob o regime do direito privado, não precisa necessariamente seguir a mesma forma imposta pelo ordenamento para as fundações de que sejam instituidoras pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado. O motivo é claro para o sujeito de direito criador do ordenamento jurídico primário: se é ele próprio quem criou a forma de ser utilizada pelos sujeitos de direito que se

encontrem na situação descrita, ele pode, pela mesma razão, conferir outra forma por ele desejada, ainda que inteiramente nova, às fundações que houver por bem instituir. *Quid* dos ordenamentos jurídicos inferiores? Já se disse anteriormente (item 3.1) encontrarem-se as pessoas jurídicas de direito público territorial, em face do ordenamento jurídico primário, dotadas do poder de criar pessoas jurídicas destinadas a exercer atividades de prestação de serviços, personificando-os mediante a outorga de autonomia. Ao assim procederem, não é logicamente necessário obedecerem aos esquemas impostos pelo ordenamento primário para o setor privado, sendo-lhes lícito criar entidades diversas deste último, pois se encontram dentro do campo do direito público no qual os sujeitos de direito não precisam ser necessariamente públicos, nada impedindo que sejam dotados de personalidade jurídica de direito privado, na condição — própria de todos os entes da administração indireta — de instrumentos da ação da administração direta. Como tal, sua personalidade é escolhida segundo a forma apropriada à função que se destina perfazer.

4.3 Convém observar um ponto. A administração centralizada, dotada que se encontra da dupla capacidade de direito público e de direito privado, pode, se acaso assim desejar, instituir uma fundação que não se encontre sob seu poder de tutela, isto é, uma fundação puramente de direito privado, fora da administração descentralizada. Ao assim fazer, ela terá manifestado sua vontade como qualquer sujeito de direito regulado pelo direito privado, pessoa física ou jurídica, utilizando a mencionada capacidade jurídica privada. A fundação criada sob essa forma se encontra paraficada com as fundações instituídas pelos particulares, regulando-se pelos mesmos princípios desenvolvidos pelo ordenamento primário, sem qualquer nota especial. Não se diga que faltaria ao negócio jurídico de instituição a causa de satisfação do interesse coletivo que é condição de validade dos atos da administração pública; pode perfeitamente acontecer que se satisfaça o interesse coletivo ao se criar um ente cuja atividade fique desligada do poder de comando da administração centralizada, outorgando-lhe uma liberdade de atuação, incapaz de atingir-se, a caso sujeito à tutela do órgão instituidor. Um ente destinado a efetuar pesquisa econômica, por exemplo, pode ser criado sob a forma de fundação de direito privado, paraficada às fundações instituídas por particulares, outorgando-se-lhe patrimônio suficiente para exercer suas funções sem a necessidade de transferências estatais (subvenções) e com total autonomia, de tal forma que o público em geral tenha conhecimento do resultado de suas pesquisas, ainda mesmo quando conflitantes com a orientação econômica da administração centralizada.

5. O controle sobre as fundações instituídas pelo poder público

5.1 As fundações instituídas por sujeitos de direito cuja atuação é regulada pelo direito privado se encontravam, desde o baixo império romano, controladas por autoridade pública. Essa função, como se viu, era exercida pela Igreja, por meio do ordinário do local; com o desenvolvimento do uso da fundação, inclusive para fins leigos e — principalmente — devido à laicização das relações humanas, perdeu a Igreja sua situação de órgão público, sendo substituída sua atividade pela de órgão diretamente preso ao Estado. Desenvolvida a noção inicial de ministério público, de organização estatal destinada a efetuar o controle do efetivo respeito, pelos sujeitos de direito, das regras criadas pelo ordenamento, providas de sanção, para a de órgão de vigilância da atuação de ordenamento, em geral, existiam ou não preceitos dotados de sanção que se imporia concretizar, passou ele a exercer a função de controle sobre as fundações. Como tal, sua vontade não é de substituir-se à vontade dos gestores da fundação, competindo-lhe apenas verificar se há compatibilidade entre essa última vontade e aquela manifestada pelo instituidor no negócio jurídico pelo qual a fundação foi criada. Esse controle é tanto externo como interno, isto é, não se limita às relações da fundação com terceiros; pelo contrário, ele penetra na própria intimidade da fundação, para verificar se a vontade do instituidor está sendo obedecida.

5.2 Seria o Ministério Público dotado de competência para proceder ao controle das fundações instituídas pelo poder público? Há que se distinguir se a fundação foi instituída pelo poder público no uso de sua capacidade de direito privado, visando criar uma entidade que não possuiria vínculos com a administração indireta, passando a viver de modo independente sem transferências de fundos por parte do instituidor, dotada que foi de suficiente patrimônio para exercer a atividade para a qual foi criada e sem que o poder público participe diretamente da escolha de seus administradores, a resposta é afirmativa. Nesse caso, o ministério público — tratando-se de uma fundação idêntica a qualquer outra instituída por particulares — detém o poder de controle sobre ela, realizando todos os atos que perfaz normalmente sobre as fundações em geral. No caso, portanto, de infração ao ordenamento jurídico ou aos comandos impostos pelo instituidor para governar atividade da fundação, deve o ministério público ingressar em Juízo, pedindo ao órgão jurisdicional, seja a anulação do ato considerado incompatível com o ordenamento jurídico ou com a vontade do instituidor, caracterizada nos estatutos, seja a substituição dos administradores do ente. Essa função de controle não poderia, por sua

vez, exercer-se quando a entidade for de natureza pública, pois as fundações dotadas de personalidade jurídica de direito público se encontram, por sua natureza, submetidas ao sistema especial de controle imposto pelo ordenamento sobre os entes públicos, pertençam à administração direta ou indireta.

5.3 No caso especial das fundações já se viu que elas estão sob o controle da administração direta, a qual o realiza impondo programas a serem cumpridos pela fundação, cuja atividade é de ser norteadas por tais diretrizes. Para tanto, a administração direta impõe orçamentos anuais ou plurianuais, verificando se os gastos estão conformes com eles; examina o sentido da atividade, para saber se ela está ou não obedecendo às finalidades para as quais foi instituída; pode, até mesmo, condicionar a eficácia dos atos dos administradores à sua manifestação, prévia ou *a posteriori*. Em outras palavras, a administração centralizada efetua sobre o ente controle simultaneamente de legalidade e de mérito (forma e conteúdo dos atos), para que ele se mantenha permanentemente na linha cujo sentido foi por ela traçado. Por esse motivo, não haveria como submeter essa espécie de fundações ao controle pelo ministério público, gerando conflito de atribuições, eis que existe, sobre as fundações de direito público, todo um sistema permanente de verificação da forma pela qual ela obedece ao ordenamento e cumpre os comandos programáticos impostos pela administração centralizada.

5.4 Resta examinar a hipótese da fundação instituída pelo poder público sob o regime do direito privado e que, além de sobreviver mediante transferências de numerário que lhe são feitas pela administração indireta, tem sua administração escolhida pela mesma forma. Esta hipótese — tida como de impossível realização até alguns anos atrás — vem sendo hoje a forma diletada de criação das fundações ligadas à administração pública. Através delas o poder público vem desenvolvendo largo número de funções até então atribuídas à administração indireta, preferindo-a às demais formas de pessoa jurídica pela sua inegável dose de maleabilidade, gerada por duas notas que lhe são próprias: 1) personalidade jurídica de direito privado, ensejando a não-aplicabilidade dos princípios diretores dos órgãos públicos, sempre difíceis de manejar; 2) a ausência de estrutura interna legalmente fixada, o que permite adaptá-la às necessidades administrativas sempre que parecer necessário outorgar-lhe nova organização para melhor satisfazer sua finalidade. Essa entidade, tendo em vista sua íntima relação com a administração direta, é sempre por ela controlada nas mesmas condições estabelecidas para as fundações de di-

reito público, sendo idênticas as formas de controle da legalidade e do mérito dos seus atos, pelo que não há como submetê-las ao ministério público.

6. Conclusões

6.1 Do exposto, resulta haver percorrido largos caminhos a técnica de personificação dos serviços públicos como método de descentralização por funções. Da pessoa jurídica dotada de administração e patrimônio próprios, mas cuja personalidade ainda se encontrava dentro dos esquemas do direito público (sujeita, portanto, a uma rigidez temperada por certa autonomia), denominada habitualmente autarquia, passou-se para uma espécie de pessoa jurídica totalmente diversa, regulada, de um lado, pelo direito privado e, de outro, despida de ligação com as estruturas internas tradicionais das pessoas jurídicas. Desta forma, o poder de contratar da administração indireta, cujo campo de livre extensão é mínimo, torna-se extraordinariamente amplo, ensejando situações bem diversas daquelas próprias da administração centralizada. É o caso das fundações instituídas sob a égide do direito privado. Especialmente no que diz respeito à remuneração dos servidores a diferença é brutal, afirmando-se até haver sido esta a razão que levou a administração centralizada a criar esse novo tipo de entidade, eis que se encontrava privada, em face do sistema de remuneração que lhe é próprio, de obter os serviços de “cérebros” atraídos pelas excelentes condições oferecidas pela iniciativa privada. Outrossim, inexistindo um esquema legal previamente determinado, pelo qual a organização interna das fundações tenha de submeter-se a um modelo rígido, lícito se apresenta ao poder público modificar livremente essa organização, outorgando-lhe a estrutura que melhor entender seja apta a satisfazer o interesse da comunidade.

6.2 Finalmente, pede-se vênia para duas observações heterodoxas. Ultimamente, no direito positivo brasileiro, vem-se assistindo à criação indiscriminada de uma verdadeira enxurrada de entidades no seio da administração pública. Seja a União federal, sejam os estados, sejam os próprios municípios, todos parecem entender constituir a melhor maneira de administrar, proceder à instituição de uma nova pessoa jurídica quando se lhes apresenta necessário exercer nova função ou desenvolver alguma já existente. Essa orientação era de certo modo compreensível quando, vigente a tradicional legislação financeira federal (o Código de Contabilidade posto em vigor pela Lei nº 4.536, de 28.1.22 e seu Regulamento Geral, pelo Decreto nº 15.783, de 3.11.22), criada para ser aplicada por um Estado que se limitava a criar

a norma de direito e aplicá-la, era necessário ao poder público exercer serviços industriais, comerciais, etc., necessariamente organizados sob forma diversa. Uma vez, porém, ultrapassada a sistemática desconfiança da lisura moral do administrador que se encontrava na base daquela legislação, imposto novo ordenamento à atividade financeira da União (a Lei nº 4.320, de 17.3.64; o Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967 e legislação posterior), pelo qual ela detém a indispensável maleabilidade em seus métodos de ação, é de ver tornar-se completamente inútil a personificação de serviços. As administrações estadual e municipal, por sua vez, em face das novas normas gerais de direito financeiro, instituídas pela União para regular suas atividades e as daquelas pessoas jurídicas de direito público territorial (a citada Lei nº 4.320), também se encontram dotadas de competência para, dentro dos parâmetros federais, organizarem-se com a necessária flexibilidade, tornando inúteis as personificações em que gostosamente se lançam.

6.3 A segunda observação diz respeito à situação criada pelo Decreto-lei nº 900, de 29.9.69, pelo qual se retirou da administração indireta a fundação instituída pelo poder público. O motivo que levou o Governo federal a tanto, já foi referido. Não parece ele, entretanto, ter razão suficiente para distorcer por completo a situação verdadeira do ente, pois este, por mais que se afirme o contrário, continua sob o poder de tutela da administração centralizada, haja vista o elenco de faculdades conferidas aos ministros de Estado sobre as fundações (art. 3º do Decreto-lei nº 900, cit. e arts. 19 e 26 do Decreto-lei nº 200, cit.), idênticas àquelas criadas para os órgãos legalmente definidos como se encontrando dentro da administração indireta. É claro que a condição de aplicação, isto é, o fato de existirem subvenções ou transferências à conta do orçamento federal, não vem ao caso, pois será difícil encontrar alguma fundação instituída pelo poder público que se mantenha com recursos gerados pelo seu próprio patrimônio. Todas essas fundações mantêm-se com dinheiros públicos e sua atividade, outrossim, está regulada de forma praticamente idêntica àquela prevista na legislação para as entidades componentes da administração descentralizada, inclusive no que diz respeito ao controle. Por que então, fugir à realidade?

7. Teses do ensaio

7.1 As fundações instituídas pelo poder público encontram-se dentro da administração indireta, sendo indispensável venha a ser essa situação reconhecida pelo direito positivo.

7.2 As fundações instituídas pelo poder público não são autárquicas, do ponto de vista dogmático, e sim verdadeiras fundações, adaptadas às novas condições sociais nas quais a administração pública desenvolve suas atividades.

7.3 O controle sobre as fundações instituídas pelo poder público, dotadas de personalidade jurídica de direito público, é exercido pelos órgãos próprios da administração indireta e não pelo ministério público.

7.4 O controle sobre as fundações instituídas pelo poder público dotadas de personalidade jurídica de direito privado é de ser outorgado ao ministério público quando elas não se integrarem, pelas suas condições pessoais de instituição, na administração indireta; no direito positivo federal, quando não recebam subvenções ou transferências da União.

7.5 Pelo contrário, quando as fundações instituídas pelo poder público sob a personalidade jurídica de direito privado receberem subvenções ou transferências da União, serão controladas pelos órgãos próprios da administração indireta; do ponto de vista dogmático, tal não acontece por pertencerem à administração indireta.