FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO — NATUREZA JURÍDICA: POSIÇÕES DA DOUTRINA

THEREZA HELENA S. DE MIRANDA LIMA*

1. Fundações criadas e mantidas pelo Estado. 2. Fundações criadas e mantidas pelo poder público. 3. Conclusões.

É, em nosso País, assunto atual e não ainda pacificado, a classificação a ser atribuída às fundações criadas pelo poder público: se podem pertencer, elas, ao campo do direito público, ou se só ao do direito privado (civil).

Reconhece a doutrina universal a existência de fundações públicas, ou de direito público, qual deflui claro das lições de Otto Mayer, Ernst Forsthoff, Bielsa, Marcelo Caetano, Cino Vitta, Luigi Raggi e outros.

No direito brasileiro, contudo, renomados administrativistas entendem impossível classificar-se a fundação como pública, tendo, até, por verdadeira *contradictio in terminis* a expressão *fundação de direito público.*

Com este nosso estudo, breve, miramos a provocar manifestações dos juristas que acorreram ao I Fonajur quanto ao acerto ou desacerto da opinião desses prestigiosos especialistas.

Releve-se-nos, portanto, o parcimonioso da invocação ou de citações de autores em prol de afirmações ou conceitos emitidos, como o silenciarmos argumentos que poderiam esforçar os que preferimos indicar.

1. Fundações criadas e mantidas pelo Estado

1.1 Opinião dos estudiosos que só lhes atribuem personalidade de direito privado.

* Professora de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal.

Hely Lopes Meirelles, ardoroso defensor da tese supra-referida, vê as fundações criadas pelo poder público como pessoas jurídicas de direito privado, argüindo:

a) o instituto em estudo é "reconhecido e institucionalizado pela lei civil (CC. art. 16, nº 1, e art. 24 a 30);
b) tais pessoas jurídicas, apesar de lhe estarem "atribuídas incumbências de interesse público", são regidas, sempre, pelo direito privado;
c) "é irrelevante a origem dos bens personificados, que tanto podem provir de patrimônio privado como do domínio público. O que importa é a instituição da entidade como *fundação*, vale dizer, como pessoa jurídica de direito privado..."
d) tais fundações, como pessoas jurídicas de direito privado, têm "ampla liberdade de contratação com particulares, para consecução de seus fins legais e estatutários".[1]

A figura jurídica da fundação, sua estrutura, pertence, na realidade, à teoria geral do direito, na qual se vê contido o conceito genérico de pessoa moral, e, em conseqüência, definido o instituto ora em foco, espécie daquele gênero.

Portanto, existente a figura, destinada a nomear a *"afetação de um patrimônio à realização de um fim duradouro, mediante organização própria"*,[2] pode ela surgir — conforme as características de que se revista no âmbito do direito público ou no do direito civil.

Pelo fato de, em primeiro lugar — e há longos anos —, haver surgido a fundação como instituto do direito civil, regida pelas leis civis, não se deve, em consectário, inferir seja impossível vê-la, *também*, tomar as vestes de pessoa jurídica de direito público. O que, ao contrário, não permite a lógica se ignore é ter vindo, nos tempos modernos, a lume, uma nova espécie de fundação, revestida, desde seu nascimento, de peculiaridades obviamente diversas das que são típicas às regidas pelo Código Civil, e, até, com elas incompatíveis.

Na realidade, em nossos tempos, reiteradamente, o poder público — aqui e em muitos outros países — decide utilizar a descentralização institucional, destacando um serviço privativo seu e personificando-o, ou, em certos casos, resolve o Estado desenvolver uma atividade, a qual, embora não privativamente estatal, seja de manifesto interesse público, adotando, em ambas as

[1] Estudos e pareceres de direito público. *RT*, p. 83-95, 1971.
[2] Caetano, Marcelo. *Das fundações*. Ática. p. 27.

hipóteses, a figura da fundação, e, ao mesmo tempo, submetendo-a a rígida e complexa tutela, fazendo-a, verdadeiramente, parte de seu corpo administrativo. Tais pessoas jurídicas, que nascem da lei administrativa e só conforme a lei se extinguem, perseguem fins públicos, vivem de subvenções do Poder Público, têm seus administradores nomeados pelo Poder Executivo — federal, estadual ou municipal —, etc. O simples cotejo destas e outras particularidades a elas inerentes com as disposições do Código Civil (art. 24 a 30) leva — parece-nos — à rejeição da idéia de submeter as duas espécies de fundação a uma só classificação. Afinal, seria reunir coisas inteiramente distintas sob um só título.

Também nos surge difícil admitir como abrangidas por uma mesma pessoa coletiva as condições de regida pelo direito privado e incumbida de desenvolver serviço próprio do Estado ou, até, atividade de interesse público, desde sua criação.

Afinal, as pessoas morais, para que o direito lhes permita o advento, hão de possuir — *preexistente à atribuição de personalidade jurídica* — um substrato que as habilite a nascer: um centro de interesses coletivos, a ser servido por uma vontade a serviço de tais interesses, como tão bem lecionam Marcelo Caetano e outros. Assim, os fins, as atribuições da pessoa jurídica são definidos *antes que o direito a crie,* antes que lhe seja permitido existir para o mundo jurídico. E tais finalidades são elemento relevante na sua classificação como pública ou não-pública.

Como, portanto, após estabelecido se vá criar uma nova pessoa coletiva — apresentado, para tanto, um substrato personificável, identificando-se, nele, os fins, públicos ou não —, pretender seja o ente *privado,* se tem ele fins de interesse público inegável? Isto, sim, nos parece uma contradição, pois, reiteramos, a estipulação dos objetivos, das atividades, *precede* à personificação, *comandando-a.*

Quanto ao afirmar o ilustre Prof. Hely Lopes Meirelles baste, a dirimir a dúvida, "a instituição da entidade como *fundação, vale dizer,* como pessoa jurídica de direito privado", *data venia,* temos que:

a) a nomenclatura dada às coisas não pode nem deve ter o poder de transmudar a realidade configurada no seu conteúdo;

b) a fundação não é, *necessariamente,* pessoa jurídica de direito privado, pois não tem a força ou poder de torná-la figura *privativa* do direito privado a circunstância de, inicialmente e por longo tempo, só se aproveitar no campo desse direito, disciplinado o seu emprego pelo direito civil.

Igualmente, temos como refutável a asserção acerca da liberdade ampla de contratação com particulares, por parte das fundações criadas pelo poder público, visto que, na verdade, muitos destes entes se encontram *obrigados* ao procedimento licitatório por leis que lhes são aplicáveis, clara, explicitamente. Como exemplo, veja-se a Fundação Educacional do Distrito Federal, entidade integrante da administração descentralizada do Distrito Federal, a qual, por força do Decreto local nº 1 733 e da legislação a ele posterior, está obrigada a promover licitação nos casos em que a lei a exige. Também merece ser lembrado, a propósito, o Decreto nº 73 140, de 9.11.73, cujos art. 2º e 94 rezam:

"Art. 2º As obras ou serviços de engenharia, estimados em valor superior a 15 mil vezes o maior salário mínimo mensal vigente no País, necessários à exploração de serviços públicos federais *em regime de concessão ou autorização a pessoas de direito público ou privado, serão por estas contratados mediante anúncio público das condições para qualificação e seleção...*"

"Art. 94. Nos termos do art. 1º, do Ato Institucional nº 8, de 2.4.69, e das Leis n.os 5 456, de 20.6.68, e 5 721, de 26.10.71, aplicam-se as disposições deste decreto aos estados, Distrito Federal, municípios e suas autarquias."

Na mesma posição do digno jurista supracitado, encontramos o eminente Prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em cuja obra *Fundações e empresas públicas* vemos as seguintes afirmações:

"Qual a diferença do Estado instituidor de uma fundação ou do particular instituidor? Qual o prejuízo para a administração em seguir, ou não, as regras da lei civil? Onde e por que devem as fundações ser públicas e privadas e não apenas *fundações?*[3]

Não basta, no entanto, afirmar que as *fundações de direito público* existem, desde que criadas por lei, ou por ato administrativo, como quer Pontes de Miranda. As fundações assim criadas, tal como deve ser, não contrariam o direito civil, sempre estiveram sujeitas às normas que regem as pessoas jurídicas de personalidade privada.[4]

Não é possível limitar o que o pensamento do legislador não limitou: analisado o problema das fundações à luz do direito positivo, a *obrigatoriedade*

[3] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *Fundações e empresas públicas.* p. 12.
[4] Id. ibid. p. 3-4.

da tutela administrativa decorre claramente da lei civil quando o Estado aparece como instituidor.

O art. 26 do Código Civil fala alto: "Velará pelas fundações o Ministério Público do estado onde situadas."[5]

O mesmo autor, em parecer encontrado na *Revista de Direito Administrativo*,[6] diz-nos:

"Querer admitir a existência da fundação de direito público será o mesmo que admitir as empresas concessionárias de serviço público como pessoas jurídicas de direito público! Com mais um absurdo jurídico ainda: as empresas concessionárias recebem por concessão *o fim de serviço público*, enquanto as fundações somente buscam escora nos art. 18 e 24 do Código Civil."

Concordamos com o ilustre professor, quando entende capaz de atender aos interesses do estado instituidor a fundação consoante prevista no Código Civil. Não negamos, também, possa o poder público socorrer-se daquele diploma, segui-lo, resguardando, com base nele, os fins próprios da entidade criada e as regras a serem obedecidas por seus administradores.

Não o seguimos, entretanto, quando, em relação às fundações criadas paralelamente à lei civil — *e não segundo esta* —, bem como dotadas de particularidades específicas, rejeita ele a denominação *fundação pública.*

É certo que o simples fato de ser criada por lei não autoriza a asseverar seja, a instituição, pública: o fato, porém, distingue a nova pessoa jurídica daquelas consideradas como de direito privado por nosso ordenamento legal.

A distinção se faz nítida pela simples observação do texto do art. 18 do CC, *verbis*:

"Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com *a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar*, regulado por lei especial, ou *com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.*"

Surge, pois, a pessoa coletiva de direito privado nomeada *fundação*, quando levado a registro seu ato constitutivo. Não inscrito esse ato no registro próprio, ela inexiste para o mundo do direito.

[5] Id. ibid. p. 9.
[6] V. 25, p. 387.

Entretanto, muito após a edição do C. Civil, surgiram, às dezenas, fundações criadas — juridicamente existentes — com a só vigência da lei específica, sendo o seu registro dispensável e, até, como diz Miguel Reale, redundante; de que este elemento diferenciador, *por si só,* não basta para que se tenha por pública a pessoa moral, não duvidamos, mas se há de vê-lo como uma característica que, *somada a outras,* pode levar à configuração da personalidade de direito público.

Afirma ainda o autor, cuja opinião se examina, não contrariarem, as fundações criadas pelo poder público, as regras da lei civil brasileira. Talvez, se tomarmos as normas em seu sentido puramente literal, e, mesmo assim, isolando-as do contexto em que se inserem e desprezada a doutrina que informou o Código em tela.

É notório haver-se apoiado o vigamento do direito privado, especialmente o civil, no princípio da autonomia da vontade, autonomia só restringida pela lei quando o interesse social aconselhou a restrição.

Presente isso , não vemos como sustentar-se não contrariem a lei civil, seu espírito, as fundações criadas pelo poder público, se, nelas, este exerce ingerência substancial, tutelando-as preventiva, repressiva e supletivamente, nomeando-lhes os administradores, e tendo o Estado o poder de extingui-las a seu talante.

Dá, adiante, o ilustrado jurista paranaense, ao referido art. 26, interpretação mediante a qual extrai haver o dispositivo estatuído a *obrigatoriedade da tutela administrativa* sobre as fundações de direito privado.

Realmente, a norma em exame prevê, ordena, vele o Ministério Público, órgão público, por tais pessoas coletivas. Mas, será razoável se interprete o termo "velará" como abrangente das multiformes ações tutelares exercitadas, hoje, por força de lei, sobre as fundações criadas pelo Estado? Ou, ao contrário, vê-se, sem esforço, emergir, da letra dos art. 1 199 a 1 204 do CPC, serem reduzidas — e muito atenuadas — as hipóteses de intervenção do *Parquet* nos negócios das fundações particulares, ao passo que são inúmeras e violentas as intervenções, permitidas pela legislação, naquelas criadas por lei?... Aliás, casos existem em que a lei instituidora da tutela se aplica, igualmente, aos órgãos públicos e às fundações integrantes da administração descentralizada.[7]

No concernente à comparação feita entre as fundações criadas pelo Estado e os concessionários de serviço público — em desfavor das primeiras, concluindo o autor ser mais viável considerarem-se os concessionários como pes-

[7] Veja, como exemplo, o Decreto n.º 1 890, do Distrito Federal.

soas jurídicas públicas do que aquelas fundações, argumentando receberem eles, por concessão, o fim de serviço público, ao passo que as fundações somente buscam escorar-se no Código Civil —, parece-nos claro *já nascerem, ditas fundações, em função de interesses públicos,* enquanto os concessionários recebem a incumbência de desenvolver atividades de interesse público episodicamente.

Evidentemente, os argumentos trazidos à baila nesta parte deste trabalho são mera amostragem dos apresentados pelos administrativistas brasileiros que inadmitem a existência de *fundações públicas;* outros se inscrevem nas suas obras a respeito. Escolhemos, dentre todos, aqueles mais encontrados e repetidos, pretendendo delinear, de modo singelo, o quadro relativo à corrente até agora examinada.

2. *Fundações criadas e mantidas pelo poder público*

2.1 Características que evidenciam sua personalidade de direito público, *jus imperii* e controle pelos tribunais de contas — DL nº 200/67.

A distinção entre pessoa de direito público e de direito privado tem prendido, há muito, a atenção dos juristas, sendo várias as correntes nascidas acerca da matéria.

Resumindo as diversas teorias, diz-nos Michel Stassinopoulos:[8]

"Procura-se o critério:

a) no escopo da pessoa moral. Se é um dos fins que o Estado se reservou, a pessoa é de direito público;

b) na faculdade de usar o poder público;

c) no grau de dependência de uma pessoa em relação ao Estado ou na ligação orgânica que existe entre os dois;

d) na vontade da lei de conferir a uma pessoa moral a qualidade de estabelecimento público;

e) no fato de possuir a pessoa moral aquilo a que se chama privilégio público, isto é, o conjunto dos poderes e das faculdades que resultam do exercício do poder público."

[8] Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs.* p. 50.

"Cada uma dessas teorias tem seu lado falho", continua o mestre grego. E, adiante, conclui:[9]

"Em nossa opinião, para atribuir a uma pessoa moral a qualidade de pessoa moral de direito público, deve-se exigir a coexistência dos dois seguintes elementos: a) *um fim público, que é um elemento interno*; e b) *a possibilidade de exercer o poder público, que é um elemento externo.* O primeiro elemento se caracteriza suficientemente se considerarmos como fim público toda obra *cuja realização será empreendida pelo Estado, se não atribuída a uma pessoa moral distinta.* Quanto ao segundo elemento, são as seguintes suas principais manifestações:

a) introdução de taxas ou de *direitos especiais* em favor da pessoa moral;
b) criação de servidões administrativas sobre a propriedade privada;
c) possibilidade de expropriação da propriedade privada em proveito do fim da pessoa moral;
d) gozo particular do domínio público por parte da pessoa moral;
e) instituição de um monopólio em favor de uma *enterprise;*
f) possibilidade de aplicar os princípios estabelecidos para a percepção das receitas públicas;
g) *tutela administrativa que ultrapasse a ordinariamente exercida sobre as pessoas morais de direito privado;*
h) participação obrigatória, na pessoa moral, de pessoas físicas, que pertençam a certa categoria, etc. (Grifos nossos).

Resumindo o *jus imperii,* cujas exteriorizações Stassinopoulos enumerou, Raphael Alibert o vê espelhado:[10]

a) no poder regulamentar, *no qual se inclui o poder de polícia;*
b) no direito de assegurar, *de ofício,* a execução dos atos administrativos e da própria lei.

Como Stassinopoulos e vários outros, entendemos que as várias posições doutrinárias expostas, isoladamente, não bastam a configurar a personalidade de direito público. Contudo, tomando-as em conjunto e acrescentando, às trazidas pelo administrativista helênico, outras, quais aquelas a verem, na obrigação-de-ver de perseguir seus fins estatutários ou no fato de ser criada por lei, características de direito público, estamos em que, presentes todas as

[9] Id. ibid. p. 51-2.
[10] Alibert, Raphael. *Le contrôle juridictionnel de l'administraction.* p. 26-7.

circunstâncias aqui apontadas ou quase todas, dificilmente se poderá deixar de qualificar como *pública* a pessoa coletiva que as reúna.

Dentre as peculiaridades supra-referidas, parecem-nos merecedoras de especiais realce e valia, qual entende Stassinopoulos, o fim e a detenção de parcela do *jus imperii,* mormente a última delas.

Isto porque nada melhor caracteriza a relação jurídico-administrativa — relação de *direito público* — que a prevalência do pólo em que se encontre o Estado ou outro ente jurídico detentor do *jus imperii,* em detrimento do segundo sujeito da relação, qual seja o indivíduo, o cidadão, o particular.

Isto posto, procuremos examinar se de direito público ou privado serão nossas fundações instituídas pelo Estado.

Tomemos, por exemplo, a princípio, a Funai — Fundação Nacional do Índio, criada pela Lei nº 5 371/67, cujo art. 1º frisa ter a instituição em comento "personalidade jurídica de direito privado". O mesmo diploma, no item VII do referido art. 1º, confere à Funai o exercício do "... poder de Polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio".

Adiante, na lei, se lê:

"Art. 2º .....

§ 1º Os bens, rendas e serviços da Fundação são isentos de impostos federais, estaduais e municipais, de conformidade com a letra *c,* item III, do art. 20 da Constituição.

§ 2º O orçamento da União consignará, em cada exercício, recursos suficientes ao atendimento das despesas da Fundação.

.....

Art. 8º A Fundação poderá requisitar servidores federais, estaduais e municipais, inclusive autárquicos, na forma da legislação em vigor.

.....

Art. 11 São extensivos à Fundação e ao patrimônio indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, prazos processuais, ações especiais e executivas, juros e custas."

A verdade é encontrarmos, no texto legal acima parcialmente transcrito, indicações várias dentre as consideradas marcantes, pela doutrina, na caracterização da personalidade jurídica de direito público. Vistas elas — a evidenciar o *imperii* de que é detentora a Funai —, terão as palavras colocadas no citado art. 1º da Lei nº 5 341/67 o condão de transformar a Fundação Nacional do Índio em ente moral de direito privado?

Verba non mutant substantiam rei, diz o velho brocardo. Absurdo seria sobrepor o *nomem iuris* à própria substância do negócio jurídico, quando o direito, desde suas origens, traça, delineia, de modo nítido, as regras ensejadoras da configuração da natureza jurídica do negócio ou do ato, a qual não pode ser elidida por uma denominação errada.

No exemplo dado, de quem o predomínio: da *mens legis* ou da *mens legislatoris*? Despiciendo ressaltar a força da primeira frente à secundariedade da última, trazendo, como corolário, dever a Funai considerar-se como *pessoa jurídica de direito público.*

Traz-se, também, à colação, a Fundação Educacional do Distrito Federal — FEDF, criada pelo Decreto nº 48 297/60 e regida pelos dispositivos abaixo, dentre outros:

Art. 3º da Lei nº 4 545/64:

"A administração descentralizada da Prefeitura do Distrito Federal compreende:

I — .....

II — Com personalidade jurídica: as autarquias, empresas ou *fundações* instituídas por ato do poder público.

§ 1º Cada um dos órgãos que integram a administração descentralizada fica *obrigatoriamente sujeito à supervisão e controle* da Secretaria interessada em sua principal atividade, *sem prejuízo da auditoria financeira,* a cargo do órgão próprio da Secretaria de Finanças.

§ 2º Os assuntos de interesse dos órgãos da administração indireta serão sempre encaminhados através da Secretaria incumbida da supervisão e controle do órgão, na forma deste artigo" (Grifos nossos).

Além de integrar o complexo administrativo do Distrito Federal, a FEDF tem a vigência de seus estatutos condicionada à aprovação pelo governador daquela unidade política, através de decreto. Também é o Poder Executivo quem disciplina os quadros de pessoal da entidade, a forma de ingresso em sua tabela de empregos permanentes, os salários a serem pagos, e ainda muito mais, tudo por força dos comandos vinculativos do Decreto nº 1 890, de 21.12.71 ("Distrito Federal" de 22.12.71), estatuidor de tutela rígida e multiforme aplicável à FEDF. Tais circunstâncias, afigura-se-nos, colocam

a Fundação Educacional do Distrito Federal entre as pessoas jurídicas de direito público, em que pese dizê-la pessoa jurídica de direito privado o seu ato criador.

Vale frisar estarem, hoje, as fundações ora em estudo, submetidas ao controle dos Tribunais de Contas, pois assim dispõe a Lei nº 6 223, de 14.07.75, que disciplina "a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional, e dá outras providências", ao dizer:

"Art. 8º Aplicam-se os preceitos desta Lei, no que couber, às Fundações instituídas ou mantidas pelo poder público."

Maior se fez, com essa determinação legal, a distância entre as fundações de direito privado e as reguladas pelo direito administrativo, ramo do direito público.

3. *Conclusões*

A teoria geral do direito estabelece a estrutura da *fundação,* a qual, uma vez presentes seus elementos essenciais, poderá surgir e atuar, tanto na área do direito privado como na do direito público.

Assim, podemos ter fundações *públicas* e *privadas* entre as criadas pelo poder público. A sua classificação depende do exame de suas características, relevando, em tal exame, a verificação sobre deter, ou não, parcela do poder de império do Estado, a *puissance publique* do direito francês.

Caso possua, determinada fundação governamental, a faculdade de uso do *imperium* inerente ao Estado, fácil será concluamos pertencer, ela, ao direito público; não se revestindo dessa peculiaridade, necessário será pesquisemos que outras possui, pois, do conjunto destas, resultará ser ela pessoa coletiva pública ou privada.

Adotar-se a posição de aceitar a classificação dada à entidade pela lei que a criou ou lhe autorizou a criação não é, decerto, o critério recomendável, considerados os conflitos óbvios existentes entre algumas dessas leis e a realidade jurídica das fundações que fizeram nascer. Tenha-se presente, sim, o *nome* dado pelo legislador ao instituto, mas não se olvide que, a esse nome, prevalece a essência, o conteúdo do instituto.

No Brasil, estamos diante desta realidade: o legislador, não raro, cria ou autoriza se crie uma *fundação,* que classifica como *pessoa jurídica de direito privado,* porém, de seguida, lhe confere estrutura, capacidade jurídica, características que a fazem uma *fundação de direito público.*

Aos estudiosos do direito, portanto, cumpre guiem, esclareçam o legislador, convocando-lhe a atenção para o equívoco em que labora, provocador de sérios efeitos por ele não desejados, certamente sequer suspeitados.

Bibliografia

Alibert, Raphael. *Le contrôle jurisdictionel de la administracion.*

Caetano, Marcelo. *Das fundações.*

Forsthoff, Ernst. *Tratado de derecho administrativo.*

Mayer, Otto. *Derecho administrativo aleman.*

Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público.*

Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. Fundações e empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo,* v. 25, p. 387.

Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs.*

Vitta, Cino. *Diritto aministrativo.*