

DISSERTAÇÃO APRESENTADA NO CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA COMO
REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM
CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO

**A NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES
CRIADAS PELO PODER PÚBLICO**

ARISTIDES CIMADON

ORIENTADOR: PROF. DR. SÍLVIO DOBROWÓLSKI

FLORIANÓPOLIS

1998

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA -UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **A NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO**

elaborada por **ARISTIDES CIMADON**

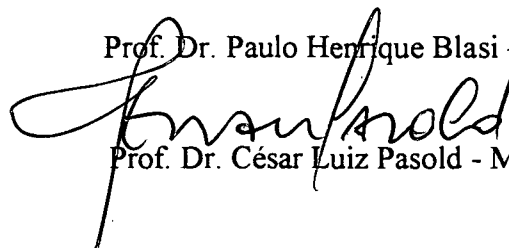
e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 18 de novembro de 1998.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski - Presidente

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi - Membro



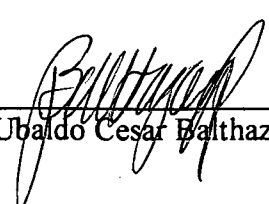
Prof. Dr. César Luiz Pasold - Membro

Professor Orientador:



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

Coordenador do Curso:



Prof. Dr. Ubaldino Cesar Balthazar

“A aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do professor orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou nele é exposta.”

AGRADECIMENTOS

Cabe registrar o reconhecimento àqueles que, de uma forma ou outra, tornaram possível a realização deste estudo. De modo muito especial sou profundamente grato:

Ao prof Dr. Silvio Dobrowolski, pela paciente dedicação e valiosa orientação, sempre disponível durante o transcurso deste estudo, bem como pelo seu incentivo e exemplo como pessoa e profissional;

A todos os professores do Curso de Mestrado, pela dedicação e orientação em cada uma das disciplinas;

À Universidade Federal, na pessoa do Prof. Antônio Diomário de Queiroz, Reitor que deu os primeiros encaminhamentos ao Curso de Mestrado em Direito a ser oferecido no interior do Estado;

Aos Professores José Alcibiades de Oliveira Júnior e Ubaldo Cezar Balthazar, diretores do CPGD, que apostaram e acreditaram na idéia do Mestrado fora da sede, pela dedicação e orientação;

Aos sempre atenciosos funcionários da CPGD da UFSC e da UNOESC, disponíveis e solícitos;

Ao prof. Orides Mezzaroba, coordenador e articulador do curso de Mestrado em Direito na UNOESC, pela sua persistência e fé naquele grupo pioneiro;

Aos amigos e colegas do curso e todos aqueles que toleraram nossa impertinência por causa deste trabalho;

“É para mim motivo de orgulho e honra ter podido receber as observações críticas dos eminentes juristas e professores Doutores Paulo Henrique Blasi e Luiz Cesar Pasold que fizeram parte da Banca Examinadora.”

OBRIGADO.

SUMÁRIO

Glossário dos termos considerados mais importantes do estudo.....	vii
Resumo.....	ix
Résumé.....	x
Introdução.....	1
CAPITULO I- FUNDAÇÕES: CONCEITOS E FUNDAMENTOS CONSTITUTIVOS..	4
1.1. Fundações: conceituação, características.....	4
1.1.1. Considerações iniciais.....	4
1.1.2. Fundações no Direito Positivo Brasileiro.....	8
1.2. O sentido social das fundações	17
1.2.1. Considerações abrangentes.....	17
1.2.2. Os objetivos das fundações.....	21
CAPITULO II- CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO, OS FINS, O CONTROLE E A GESTÃO DAS FUNDAÇÕES	27
2.1. Das fundações em geral e das pessoas jurídicas administrativas no direito brasileiro.....	27
2.2. Fundações de Direito Privado.....	36
2.3. As fundações autárquicas.....	48
CAPITULO III- A NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO	58
3.1. Distinção inicial: direito público e privado.....	58
3.2. A natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público, na legislação vigente.	61
3.2.1. As fundações de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.	62
3.2.2. As fundações segundo a Constituição do Estado de Santa Catarina.....	69
3.2.3. As fundações de acordo com o Código Civil e Processo Civil brasileiros....	71
3.2.4. As fundações de acordo com a legislação específica.....	73
3.2.5. A fundação segundo a jurisprudência e pareceres: panorama ilustrativo	77
3.2.6. Fundações instituídas pelo poder público de acordo com a doutrina.....	82

CAPÍTULO IV - CONSEQÜÊNCIAS DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO.....	101
4.1. Considerações iniciais.....	101
4.2. Conseqüências administrativas e de gestão.....	102
4.3. Conseqüências Trabalhistas.....	107
4.4. Conseqüências tributárias.....	112
4.5. Responsabilidades dos agentes e órgãos públicos.....	115
4.6. Conseqüências de controle externo e contábil.....	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128
ANEXOS.....	133
Anexo 1 – A fundação de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	134
Anexo 2 – A fundação na Constituição do Estado de Santa Catarina.....	139
Anexo 3 – A fundação de acordo com os Códigos Civil e de Processo Civil.....	142
Anexo 4 – O Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1997.....	147
Anexo 5 – O Decreto-lei 900 de 29 de setembro de 1969.....	150
Anexo 6 – A Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973.....	152
Anexo 7 – A Lei 6.225 de 14 de julho de 1975.....	155
Anexo 8 – O Decreto-lei 2.299 de 21 de novembro de 1986.....	158
Anexo 9 – Lei 7.596 de 10 de abril de 1987.....	159
Anexo 10 – Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.....	161
Anexo 11 – Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994.....	163
Anexo 12 – Reforma Administrativa de 1998 (Emenda Constitucional 1998)	165

Glossário dos termos considerados mais importantes do estudo

Fundação: Quando o termo é tomado de modo genérico, quer designar instituição que se fundou ou firmou pela constituição de um patrimônio ou complexo de bens para servir a certo fim de utilidade pública, ou em benefício da coletividade.

Fundação privada: O mesmo que fundação de direito privado, não importando se o poder instituidor originário é público ou particular.

Fundação particular: Nascida pela constituição de patrimônio advindo de pessoas físicas ou jurídicas ligadas à iniciativa privada.

Fundação pública : O mesmo que fundação pública de direito público, formada por um conjunto de bens oriundos do poder público, é uma espécie de autarquia, porém dela diferenciada, exatamente face a sua constituição. A fundação pública é sempre instituída e mantida pelo estado. A fundação pública, no trabalho, também é entendida como fundação estatal ou governamental.

Fundação pública de direito privado: Entidade formada por um conjunto de bens originários do poder público, através de lei autorizativa, para servir a certos fins públicos, do Estado, a serviço da coletividade. É entidade pública, porém não estatal, privada mas não particular.

Natureza jurídica: É a essência da instituição. É a razão de ser de sua finalidade jurídica. É o gênero do qual ser de direito público ou privado é atributo.

Personalidade jurídica: Exprime, tecnicamente, a qualidade de pessoa natural pública ou privada, é um atributo ao sujeito ou a entidade natural em virtude do que se investem de uma qualidade pessoa.

Estado : É o poder público representado pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Estatual: Tem o mesmo sentido de público, oficial e governamental.

Desestatização: Emprega-se o termo para designar, neste momento de globalização, o poder do Estado em criar instituições para exercer funções delegadas, tanto de direito público como de direito privado, com objetivo realizar serviços de utilidade pública. Também entendido como sinônimo de descentralização.

Autarquia: Pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

Corporação pública: entidade constituída por várias pessoas, com interesses comuns, satisfazendo certas finalidades e exigências legais, atribuindo-se-lhes a

qualidade de pessoa jurídica pública. Existem três tipos de corporações: profissionais, assistenciais e mercantis.

Estabelecimento Público: É toda pessoa de direito administrativo público que se propõe a realizar determinados objetivos especializados. É a repartição ou departamento federal, estadual ou municipal mantido pelo Estado.

Empresa pública: É um conjunto unitário de pessoas e bens dirigido à produção ou fins econômicos. Entidade compreendida com finalidades de natureza empresarial, de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo, criada por lei para exploração de atividades econômicas.

Sociedade de economia mista: É entidade de direito privado; não se incluem entre as pessoas públicas, já que são disciplinadas pelo direito mercantil e comercial.

Responsabilidade civil: Expressão usada em diferenciação à responsabilidade criminal. Designa a obrigação de reparar o dano quando injustamente causado a outrem. É reparação civil.

Velar: Termo aqui tomado na definição do prof. Dr. Silvio Dobrowolski no sentido de *vigilare* (cuidar, proteger).

Administração pública fundacional: Termo entendido como administração de fundações públicas de natureza pública.

Público: Aquilo que pertence a todos, numa clara referência, neste trabalho, que público é aquilo que pertence ao Estado e, portanto à sociedade.

Privado: Aquilo que pertence a particulares ou a parcela da coletividade. Entendido, no mundo jurídico, aquilo se rege pelas normas da legislação civil.

Conseqüências administrativas e de gestão: Variáveis que interferem na estrutura administrativa e no modo de condução da organização fundacional no sentido de que sejam atingidos os seus fins.

Agente público: Toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta. Os agentes públicos são : a) agentes políticos; b) servidores públicos; e c) particulares em colaboração com o poder público.

Servidor público: Pessoa física que presta serviço ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. São servidores públicos: estatutários; empregados públicos e servidores temporários.

Imunidade: É a impossibilidade do poder tributante de cobrar alguns tipos de impostos a determinadas entidades, por força constitucional.

Isenção: O poder tributante, por força de lei, isenta algumas instituições de tributação nela especificada.

RESUMO

O presente trabalho é uma tentativa de estudar a natureza jurídica e a função social das fundações instituídas pelo poder público. Deseja responder à seguinte indagação: qual é a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? Em resposta ao problema, o estudo parte da hipótese de que, embora alguns estudiosos entendam que as leis do poder público que criaram fundações com personalidade jurídica de direito privado não foram recepcionadas pela Constituição de 1988, porque com ela se tornaram incompatíveis, o poder público, ao criar uma fundação, pode dar-lhe a natureza jurídica que lhe convier. A natureza jurídica do ente criador não é transmitida, obrigatoriamente, ao ente por ele criado.

Num primeiro momento, o estudo procura conceituar a fundação como um conjunto personalizado de bens, colocado à disposição para um determinado fim, procurando fazer-se a distinção das finalidades daquilo que é público e do que é privado. Juridicamente, a fundação é conceituada como um pessoa jurídica instituída por liberalidade de entes privados, ou pelo Estado, para um fim de utilidade pública ou de benemerência.

No segundo capítulo, o trabalho traz à consideração os mecanismos da criação, os fins, o controle e a gestão das fundações e, especificamente, o interesse público na sua constituição e gestão. Procura-se distinguir a fundação pública de direito público, a fundação pública de direito privado e a fundação de direito privado particular.

Num terceiro momento, que é a parte mais exaustiva do trabalho, discorre-se sobre as fundações criadas pelo poder público, demonstrando como o Estado pode instituir fundações tanto de direito público como de direito privado. Mostra-se pela jurisprudência, pelos pareceres e pela doutrina, que há posições divergentes entre os estudiosos quanto à possibilidade de, após a Constituição de 1988, o poder público criar fundações.

Na quarta parte, estuda-se as conseqüências da atribuição da natureza jurídica às fundações criadas pelo poder público. Finalmente, conclui-se que o "jus imperii" do poder público tutela a possibilidade de criar uma fundação pública de direito privado ou pública de direito público. Nesse emaranhado legal, observa-se atualmente, três tipos de fundações: a) fundação privada particular; nascida da orientação do velho direito civil; b) pública de direito privado, criada pelo poder público, porém com a orientação do Código Civil, aos moldes da anterior; e, c) pública de direito público, transformada numa espécie de autarquia.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour but l'étude de la nature juridique et de la fonction sociale des fondations créées par le pouvoir public, en essayant de répondre à cette question: *Quelle est la nature juridique des fondations créées par le pouvoir public après la promulgation de la Constitution fédérale du Brésil en octobre 1988?*

Pour en répondre, cette étude prend, comme point de départ, l'hypothèse selon laquelle le pouvoir public peut octroyer aux fondations qu'il crée la nature juridique qui mieux leur convienne; nous la prenons malgré le fait que certains étudiants du sujet soient d'avis que la Constitution fédérale de 1988 ne prévoit pas, par une question d'incompatibilité légale, cette possibilité; toutefois nous croyons que la nature juridique de l'être créateur n'est pas forcément transmise à l'être créé.

Dans un premier moment, l'étude on prétend établir le concept de fondation comme étant un ensemble personnalisé de biens mis à la disposition publique pour des fins données, tout en essayant de faire la distinction des finalités de ce qui est public et de ce qui est privé. Juridiquement la fondation est conçue comme un être juridique institué par libéralité privée ou par l'Etat ayant pour but l'utilité publique de la bienfaisance, donc une entreprise publique ou privée à but non lucratif.

Dans le deuxième chapitre, le travail traite des mécanismes de création, le contrôle et la gestion des fondations et spécifiquement l'intérêt public dans la création et la gestion des fondations. On cherche à distinguer entre fondation publique de droit public, fondation publique de droit privé et fondation privée proprement dite, c'est-à-dire, celle constituée uniquement par des fonds privés.

Dans un troisième moment, qui constitue la partie la plus exhaustive du travail, on essaie de discuter sur les fondations créées par le pouvoir public en démontrant comment l'Etat peut instituer des fondations soit leur donnant une nature publique soit leur donnant une nature privée, donc, des fondations de droit public ou de droit privé. On essaie de démontrer par la jurisprudence et par la doctrine l'existence d'opinions et d'idées divergentes parmi les étudiants du sujet quant à la possibilité de création, par le pouvoir public, de fondations publiques de droit privé après la Constitution de 1988.

Dans la quatrième partie, nous étudions les conséquences de l'attribution de la nature juridique aux fondations créées par le pouvoir public. Finalement, on conclue que le "jus imperii" du pouvoir public soutient la possibilité de création soit des fondations publiques de droit privé, soit des fondations publiques de droit public. Dans ce vrai embrouillage de lois, nous voyons à présent trois types de fondations: a) fondations privées proprement dites, nées sous les dispositions du vieux Code Civil; b) les fondations publiques de droit privé, créées par le pouvoir public, mais sous l'orientation du Code Civil, à la façon des fondations privées, et c) fondations publiques de droit public, constituant une sorte d'autarcie.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A grande discussão que se tem travado, após a promulgação da Magna Carta, sobre as fundações instituídas pelo poder público, diz respeito à natureza jurídica dessas entidades. Está longe, ainda, o momento de pacificação dos diversos pensamentos que tratam da questão da personalidade jurídica das fundações instituídas pelo poder público.

O estudo da natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público não é mera questão acadêmica, porque tem implicações imediatas na vida de tais instituições, no tocante à aplicação de direito civil, administrativo, tributário ou do trabalho. Até mesmo na técnica legislativa notam-se os seus efeitos na cunhagem de normas redundantes ou estranhas à autarquia que disciplinam. Se na doutrina a matéria vai encontrando soluções quase unânimes, o legislador e o administrador ainda não acolheram as lições da ciência jurídica.

Sobre o assunto, vários trabalhos têm sido realizados no curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, todos orientados pelo Prof. Doutor Paulo Henrique Blasi e que serão mencionados no decorrer de nossas argumentações. Contudo, nenhum deles enfocou o assunto do ponto de vista desta dissertação. Impõe-se, portanto, um estudo que procure elucidar ou, se não puder, ao menos procure clarear os caminhos para tomadas de decisão na aplicação de regras jurídicas compatíveis com a exigência de novos tempos.

Como se verá no decorrer do trabalho, pretende-se resolver o problema de pesquisa que tem como indagação fundamental: *qual é a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público a partir do advento da Constituição Federal de 1988?* Em resposta à questão principal, formulou-se a hipótese de que *“embora alguns estudiosos entendam que as leis que criaram ou autorizaram a criação de fundações de direito privado não foram recepcionadas pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988, porque com ela se tornaram incompatíveis, o poder público pode criar entes fundacionais tanto de direito público, como de direito privado.*

Ao estudar este problema central, a dissertação pretende responder às seguintes indagações de pesquisa:

- a) Qual é, de acordo com a legislação vigente, a doutrina e a jurisprudência, a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público?
- b) Que conseqüências jurídico-administrativas podem advir às fundações em função da definição de sua natureza jurídica?

- c) As fundações criadas pelo poder público como instituições de direito privado, antes da Constituição de 1988, para diversas finalidades, perderam sua personalidade jurídica por força legal?
- d) Quais os vínculos determinantes que definem a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público?
- e) Estará, a partir de 1988, a natureza jurídica de um ente criado pelo poder público, diretamente relacionado à natureza do ente instituidor?
- f) O poder público, ao criar uma fundação, após a Constituição de 1998, deve fazê-lo com a personalidade jurídica pública, isto é uma fundação autárquica, ou pode criá-la de direito privado?

A solução destas questões, como se verá, não é pacífica e, em muito pode contribuir ao tecnicismo jurídico. O estudo permite uma conclusão clara que facilita aos administradores públicos e aos operadores jurídicos decidir a melhor forma jurídica no instante da criação do instituto da fundação como forma de descentralização administrativa.

Não se trata de um estudo crítico sobre fundações, mas através de uma análise sistemática que se orienta por uma pesquisa descritiva bibliográfica, à luz do direito positivo e através do método de interpretação técnico-jurídico, cujas abordagens se constituem de técnicas do raciocínio dedutivo e indutivo, discutir as implicações da natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público. Além disso, ao longo da dissertação utiliza-se o raciocínio comparativo e teórico ilustrativo com objetivo de responder às indagações de pesquisa. O trabalho está fundamentado, basicamente, na doutrina, na legislação e na jurisprudência e leva em conta as tendências da globalização, da desestatização, da privatização das concessões e terceirizações. A dissertação não tem qualquer pretensão doutrinária, mas quer dar orientação segura ao poder público no momento de constituir, quando desejar, o instituto da fundação, como forma de serviço descentralizado do Estado.

Na atualidade da vida jurídica nacional verifica-se uma verdadeira torrente de fundações estaduais e municipais, grande parte delas instituídas ao arrepio da lei. As pessoas jurídicas criadas por lei, do tipo fundacional, são constituídas por um patrimônio, conjunto de bens a quem a ordem política atribui personalidade própria, mas com implicações de gestão que as vincula ao poder público.

Afora algumas considerações esparsas, existem poucos estudos feitos com fundações instituídas pelo poder público após a Constituição de 1988 e não existem análises mais precisas que apontem os caminhos que essas fundações devem tomar quanto a sua natureza jurídica.

Entendendo a significância jurídica da dissertação, pretende-se responder à questão problema em quatro capítulos. O primeiro trata do conceito; fundamentos constitutivos das fundações. Nele discorre-se sobre os principais objetivos das fundações e mostra-se que, historicamente, elas nasceram com fins caritativos e, para serem

constituídas obedecem a requisitos dos imperativos legais. O capítulo trata, ainda, de dados históricos sobre fundações e discorre, rapidamente, sobre os fins sociais desse importante instituto. Observar-se-á o papel das fundações como serviço descentralizado do poder público, isto, como institutos com funções delegadas.

No segundo capítulo, sob a orientação do direito positivo brasileiro, através da análise da legislação e da doutrina, discute-se sobre considerações jurídicas de criação, os fins, o controle e a gestão das fundações. Num primeiro momento discorre-se sobre as fundações de direito privado e posteriormente as de direito público, demonstrando a forma jurídica de constituição, controle, gestão e extinção, numa espécie de estudo comparativo, mas com objetivo de levantar o que discorre a legislação a esse respeito.

O terceiro capítulo é o mais extenso porque trata diretamente da questão-problema da dissertação: *a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público*. Nele procura-se fazer uma distinção entre o que se entende por público e por privado. Depois, discorre-se sobre a natureza das fundações, de modo sistemático, iniciado-se pelo estudo do instituto da fundação de acordo com a legislação, a partir da análise da Constituição Federal; da Constituição do Estado de Santa Catarina; do Código Civil, incluindo-se aqui, proposta do novo Código Civil Brasileiro; Código de Processo Civil; a legislação e a jurisprudência.

Faz-se, nesse capítulo, estudo especial a partir da doutrina, destacando-se as diversas tendências: os que defendem que a fundação é sempre um instituto de natureza privada; os que entendem, com base nos artigos 71,II,III e IV; 169, parágrafo único; 150§2º; 22,XXVII, 37,XIX c/c. §6º do mesmo artigo; 242 e outros da Constituição da República Federativa do Brasil, que o poder público pode criar fundações, tanto de natureza pública como de direito privado, e os que entendem, com base na artigo 37,XIX da Constituição da República Federativa do Brasil que, após sua promulgação, em 1988, as fundações criadas pelo poder público, somente podem ser instituídas com natureza com personalidade jurídica pública, portanto fundações autárquica.

O quarto capítulo trata das conseqüências da definição jurídica das fundações criadas pelo poder público. Faz-se algumas considerações iniciais e, posteriormente, discorre-se, sem minúcias, sobre conseqüências administrativas, trabalhistas, tributárias, penais e de controle contábil.

Sem pretender esgotar o assunto, a dissertação quer demonstrar que o poder público pode utilizar-se do instituto das fundações como forma de descentralização do serviço estatal. Apesar da ambigüidade da legislação brasileira sobre o assunto, há diretrizes e orientações ao poder público, queque delas podem se valer para atender a importantes setores da sociedade, como uma forma de realização do Estado de bem estar social.

CAPITULO I

FUNDAÇÕES: CONCEITO E FUNDAMENTOS - CONSTITUTIVOS

1.1. Fundações: conceituação e características

1.1.1. Considerações iniciais

Como este trabalho visa definir algumas premissas concernentes à natureza jurídica das chamadas fundações instituídas pelo poder público, é necessário, inicialmente, conceituar e situar o tema. Embora, aparentemente, seja clara e lúcida a natureza do que se entende por público e por privado, em alguns campos, como é o das fundações, o assunto tem consideráveis divergências entre os juristas. As questões mais conflituosas se refletem, sobretudo, no Direito Administrativo e Constitucional no que se refere ao regime jurídico do pessoal dessas fundações¹; da extensão a elas dos privilégios processuais do Estado; da acumulação de cargos públicos e de benefícios e outros problemas que se vinculam ao mesmo fenômeno das autarquias.

¹ COELHO, Luiz Fernando. A natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público. ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Rio de Janeiro: Ministério de Justiça, Ano 33, n 139, p. 108-112, jul./set. 1976.

As autarquias são definidas como desmembramentos da administração pública, dotadas de personalidade jurídica de direito público. Por que, então, haveria o poder público de criar outra figura, denominada de fundação, com as mesmas características da autarquia? Não estaria obrigado, por força da norma civil, nos termos dos artigos 24 e seguintes do Código Civil, a criar o ente fundação sempre com natureza privada?

O panorama atual, em nossa opinião, considerando inúmeras posições divergentes de juristas brasileiros diante das recentes alterações constitucionais e em face da ausência de inúmeras leis regulamentadoras solicitadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, evidencia insegurança para uma conceituação mais consistente e definitiva sobre a temática das fundações.

Por outro lado, os fenômenos da globalização e as tendências neo-liberais, impulsionam o Estado para tentativas privatistas de abordagens e de organização jurídico-administrativas, dando ênfase às fundações criadas pelo poder público. Todavia, há pressão de grupos, corporações e alguns partidos políticos para o fortalecimento da idéia de que as fundações criadas pelo poder público sejam consideradas autárquicas e não de direito privado. Não há clareza legal em dizer se o que se entende por público é o mesmo que oficial e se o que é oficial deve, necessariamente, ser público.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, passadas as primeiras crises de interpretação, começam a aparecer questões relevantes e demonstram que a nossa carta maior, em muitos casos, se constitui num amontoado de normas postas para satisfazer interesses de grupos. Não há uma filosofia clara, expressa e definida no que concerne à formação do Estado e sobre a organização de instituições.

É o que ocorre com as fundações instituídas pelo Estado. É nossa opinião que a legislação, nesse caso, é contraditória e se traduz numa espécie de panacéia mais ou menos generalizada para com a linguagem técnica do Direito. Além do mais, tal insegurança reflete a controvérsia existente entre doutrinadores, legisladores e administradores. Constata-se, no Brasil, a evidência de que aquilo que interessa ao legislador não importa ao administrador e vice-versa. Por isso, a eficácia da norma torna-se ineficiência das ações de governo, fazendo prosperar o jeito e a razão ornamental. Nesse sentido, ao retratar o *modus operandi* da organização brasileira, Gomes² diz que o sério, entre nós, é o interesseiro ou aquilo que está colocado a serviço de uma máscara social. Por isso, o próprio aparato judiciário e toda sua estrutura são, propositadamente, contraditórios. Diz o autor:

Vejamos bem: se este é o país do futebol, por que nossos personagens de romance não sabem cobrar um escanteio? Ou será o país do eterno carnaval, da praia, do cafezinho, do papo descontraído, do funcionário público, do herói sem nenhum caráter, do chope gelado, ou antes e acima de tudo, o país do jogo do bicho e da loteria esportiva,

² GOMES, Roberto. Critica da Razão Tupiniquim. 3. ed. Porto Alegre: Movimento/UFRGS, 1979. p. 19.

revivência do mito do bandeirante? Mas qual a razão-se há-implícita nisto?

.....

O Brasil aconteceu ser o paraíso de algumas outras coisas além do futebol e do jogo do bicho. Entre elas, o ecletismo e o jeito. O ufanismo brasileiro privilegia um objeto: o jeito.

De acordo com nossa observação, damos um jeito em tudo, especialmente quando falamos em leis e critérios de obediência à norma jurídica. Temos um jeito especial de lidar com as coisas, desde o existencial ao político, do físico ao metafísico. E não paramos aí, formamos a consciência de que ser inteligente é isso mesmo. Não raramente as instituições são criadas ao arrepio da lei e para dar um jeito naquelas coisas sobre as quais o governo não manifesta competência. Damos um jeito de burlar a legislação e fazemos as leis que permitem “dar um jeito”.

Trazemos um reflexo do espírito do colonizador e as faces do mercantilismo feudal do domínio português. Perdemos a consciência, se é que um dia a tivemos, da transformação histórica, preferindo a servidão, a dependência e a conciliação. Assim sendo, a operação séria e a atitude honesta caiu em desuso, a legislação proliferou e a noção de país subdesenvolvido ganhou cidadania. Zancanaro³, referindo-se à criação de instituições no Brasil, assim fala:

Não padece dúvida, portanto, que a corrupção político administrativa encontra seu realimentador na impunidade dos delitos. Na cultura luso-brasileira dificilmente o corrupto é chamado a prestar contas de seus atos. E quando isto ocorre, são muitos os alibis que lhe permitem fugir às sanções da lei. O próprio sistema patrimonial alimenta a impunidade gerando uma extraordinária segurança em quem manipula o poder em seu favor. De toda análise, a conclusão que se extrai, é que as instituições de ordem administrativa e política, que regem a nossa sociedade durante a evolução histórica não amparam nunca de modo cabal os cidadãos sem fortuna, as classes inferiores, as camadas proletárias contra a violência, o arbitrio e a ilegalidade.

As fundações seriam instituições criadas para finalidades de satisfazer o jeito? Historicamente, as fundações nasceram com a intenção legal de servir àqueles que estão à margem da sociedade. Por isso, sempre de natureza não lucrativa e com finalidade específica. Contudo, com a promulgação da Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988 apareceram interrogações importantes entre os juristas quanto à definição da natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público, sobre seu controle e finalidade social.

³. ZANCANARO, Frederico. A Corrupção político-administrativa no Brasil. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.155.

Este trabalho não tem o objetivo de pôr fim à controvérsia; todavia, quer discutir e posicionar-se sobre os enfoques possíveis do problema segundo a situação *de lege ferenda* ou de *lege lata*. Convém ressaltar, entretanto, que uma coisa é discorrer sobre as fundações instituídas pelo poder público em face ao ordenamento jurídico vigente e outra é definir, doutrinariamente, as diretrizes que se espera sejam adotadas, diante dos parâmetros da ciência jurídica e das necessidades emergentes, presentes os princípios do direito, na criação de fundações.

O artigo 37, XIX de nossa Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, art. 3º., preceitua que *somente por lei específica poderão ser criadas a autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.*⁴ Com essa obrigatoriedade, e diante da conjuntura social, econômica, política e cultural do país, aumentaram as indagações referentes à interpretação do artigo citado. Tem-se a impressão de que este dispositivo constitucional foi assim expresso para favorecer as conveniências e interpretações de acordo com os benefícios que se deseja dar. É a razão do jeito manifesta na lei.

A questão que se estuda neste trabalho é, portanto, se o preceito transcrito colocou fim à discussão sobre a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público. Não se deseja estabelecer confrontos de posições, mas discutir o problema para tornar claros os procedimentos jurídicos atuais no que tange à instituição de fundações pelo poder público. Por isso, para melhor clarear a discussão, começar-se-á pela conceituação jurídica das fundações, procurando responder às seguintes indagações:

Qual é, de acordo com a legislação vigente, a doutrina e a jurisprudência, a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público? O poder oficial, como ente instituidor de natureza pública, tem força normativa para criar fundações de direito privado? A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as fundações criadas pelo poder público com personalidade privada, para diversas finalidades, sobretudo para fins de pesquisa, extensão e ensino, perderam esta condição? Fundação pública tem o mesmo sentido que fundação de direito público? Quais os vínculos determinantes que definem a natureza jurídica das fundações? Estará, a partir de 1988, a natureza jurídica de um ente, diretamente relacionada à natureza do poder instituidor?

Estas questões serão respondidas ao longo do trabalho, através de um estudo sistemático, seguindo o método de abordagem, com o objetivo de discutir e analisar a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público.

⁴ DINIZ, Marcos Antônio. Natureza jurídica e controle das fundações instituídas pelo poder público na Constituição Federal de 1988. Legislativo ADCOAS. São Paulo:BLA, Ano XXIV,n.10,p.312-313, abril 1990.

1.1.2. Fundações no Direito Positivo Brasileiro

a) Pessoas jurídicas de direito público e de direito privado

Antes de distinguir o público e do privado, parece significativo fazer uma pequena digressão sobre a classificação das pessoas jurídicas segundo a legislação positiva e a inserção da fundação nesse universo. A expressão *pessoa jurídica* serve para dar nome a um grupo personalizado de pessoas, embora essa denominação seja ambígua, diz Orlando Gomes⁵, *porque, propriamente falando, todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é um conceito jurídico e seus atributos se regulam pelo direito. Mas, apesar de sua impropriedade, incorporou-se definitivamente ao vocabulário.*

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, de origem romana, admite a existência de duas classes de pessoas: físicas ou naturais e jurídicas ou morais. A primeira é o ser humano a quem a lei estabelece a aquisição da personalidade civil com o "... nascimento com vida..."(art. 4º. do Código Civil), ao passo que a personalidade jurídica só é concedida quando as autoridades competentes do Estado verificam que a entidade tem fins dignos de proteção jurídica e reúne condições necessárias para realizar os fins para os quais foi instituída. Sua existência só se concretiza a partir do momento em que os atos constitutivos são inscritos no registro público próprio.

De acordo com o entendimento de Luiz Fernando Coelho⁶, distinguem-se duas espécies de pessoas jurídicas: as associações e as fundações. Diz o autor:

As do tipo associativo são conjuntos de pessoas, agrupamentos que a Ordem Jurídica considera como uma só pessoa, inconfundível com as dos seres que as formam; tais agrupamentos podem consistir em universalidades de pessoas naturais ou jurídicas ou formas híbridas e, bem assim, por uma ficção, em uma só pessoa. As do tipo fundacional são constituídas por um patrimônio, conjunto de bens, dotado de personalidade jurídica; nisto radica a diferença específica de tais entidades, na natureza do suporte factual ao qual a Ordem Jurídica reconhece atributos de sujeito de direito, com aptidão para a titularidade de direitos e obrigações.

Como se vê, a natureza é o gênero que pode conter atributos de direito tanto públicos como privados. Além disso, com a finalidade de tornar claras estas questões, deseja-se, também, distinguir o público do oficial. Será público somente o que é oficial ou todo oficial será obrigatoriamente público?

Por público, entende-se aquilo que deriva do povo. De Plácido e Silva registra que público, derivado do latim *publicus* formado de *populicus* (povo, habitantes), em sentido geral quer significar o que é comum, pertence a todos, é do povo, pelo que, opondo-se ao

⁵ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Apud DOWER, Nelson Godoy. Bassil. Instituições de direito público e privado. 8. ed. São Paulo: Nelpa, 1995. p. 145.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 108.

privado, se mostra que não pertence e nem se refere ao indivíduo ou ao particular. Diz o autor⁷:

Assim, extensivamente, público equivale a notório, geral, publicado, divulgado, conhecido. No entanto, como o anotamos acima, público e comum possuem acepções próprias e inconfundíveis. Público é o que pertence a todo o povo, considerado coletivamente, isto é, tido em sua expressão de organismo político. Comum é o que pertence ou se estende distributivamente ao povo ou a todos, considerados como indivíduos.

O tema sobre a esfera pública e privada apresenta-se, em geral, como uma dicotomia entre o Estado e a sociedade. Medauar⁸ mostra que no século XIX a necessidade de consolidação do poder estatal na função de garantir a ordem, a segurança e o exercício de alguns direitos dos cidadãos, sobretudo para exercer atividades privadas, levou ao aprofundamento dessa distinção. O público, na acepção de renomados estudiosos, é aquilo que afeta a maioria ou a todos, sendo, portanto, o comum, o que se contrapõe ao privado, porque afeta a poucos, ou a indivíduos em particular. Também, entende-se por público aquilo que é acessível a todos, em contraposição ao que é reservadamente particular ou pessoal.

O entendimento de Bobbio⁹ é que a distinção entre o público e o privado está relacionada entre a política e a economia, de tal modo que ao público corresponde tudo aquilo que está aberto a todos e realizado de modo transparente diante de espectadores, enquanto que o privado equivaleria ao restrito ou a um círculo fechado de pessoas e realizado em segredo.

O que se nota, hoje, de modo até freqüente, segundo Marcos Juruena Vilela Souto¹⁰, é que há uma publicização do privado e uma privatização do público, dificultando uma clareza conceptual. Para o autor citado, aquilo que afeta a poucos passou a ser de interesse comum. Ademais, a política está interferindo na economia e, por outro lado, grandes grupos, pessoas particulares e instituições privadas passam a interferir no público, fazendo pressão sobre o Estado, participando na gestão da atividade de interesse geral para levar fatias e solucionar problemas mediante acordos e negociações, gerando a privatização do público. Então, não há mais nitidez entre o que é público e privado, trazendo conseqüências administrativas, trabalhistas e tributárias.

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.II, p. 504.

⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo em evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 112.

⁹ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral na política. Apud OLIVEIRA JÚNIOR. Bobbio e a Filosofia dos juristas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.

¹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

Contudo, não nos parece tão verdadeira a posição do autor, embora nem tão irreal que não mereça crédito. Considera-se, portanto, que público é aquilo que não pertence a ninguém, mas é da coletividade. Assim, por exemplo, os logradouros e os rios são comuns a todos, por isso são públicos, porque não têm dono e todos podem ter acesso a eles. Então não pertencem a ninguém em particular, mas a todos em comum, porque todos participam de sua utilidade. Naturalmente, os que venham a compor o patrimônio das fundações são os “dominicais”.

Ora, se interpretarmos o conceito *ad literam*, entenderemos que o próprio Estado, hoje, tem donos e, portanto, não é público. O autor acima citado diz que o público e o comum têm aplicações conjuntas: as rendas são públicas assim como são públicos os órgãos que as administram. Já os serviços que o Estado presta são comuns, todos podem fruir de suas utilidades. Portanto, o público opõe-se ao particular porque traz a acepção de geral e se refere a todos.

Público, portanto, distingue-se de privado, porque a subordinação das coisas públicas pertence ao Estado. Revela que as afetações das coisas é administradas pelo poder oficial, seja ele Federal, Estadual ou Municipal. Assim o público integra-se à autoridade oficial do Estado. Mas público nem sempre é o que provém somente da ordem administrativa do Estado.

E, nesta razão, é que o conceito público não se refere simplesmente à condição de ser coisa de interesse comum ou de interesse coletivo, mas à íntima conexão ou à identificação da própria coisa com as finalidades do Estado e os interesses superiores deste, pairando acima dos interesses particulares e coletivos.

Privado, em oposição, do latim *privatus* - de *privus* (próprio, pessoal, particular, individual) na significação jurídica exprime o sentido daquilo que é pertinente às pessoas, consideradas isoladamente como indivíduos ou como particulares.

Conforme alguns estudiosos, opõe-se, assim, ao sentido de público, em que se integra a idéia de pessoas consideradas como uma organização política, e encaradas por seu todo ou pela coletividade que compõem, sem qualquer atenção às individualidades. Ordem privada, pois, é a que se refere às pessoas individualmente consideradas. Interesses privados são aqueles que afetam individualmente a cada pessoa, atuando dentro dos próprios direitos privados e particulares que lhe são assegurados por lei.

A natureza do privado assegura a cada pessoa o que lhe pertence e é o Direito privado que assinala os preceitos e regras que limitam as ações particulares dos indivíduos ou das instituições privadas quanto aos bens e direitos.

Aqui também reside a questão se o público é, necessariamente, o oficial. E todo o oficial deve ser considerado público? Por oficial, do latim *officialis*, de *officium* (obrigação, dever), adjetivamente é alusivo a tudo o que vem de ofício, ou promana da autoridade, do governo ou do poder público. Assim, tudo aquilo que é ordenado pelo

governo é oficial. Na terminologia jurídica, o oficial, de acordo com De Plácido e Silva,¹¹ é todo ato de governo ou de poder público que reconhece ou institui, isto é, oficializa instituição, cargo, atividade ou qualquer outra coisa que tenha caráter público ou particular. Ora, como se vê, nem todo oficial é público ou deva ser obrigatoriamente considerado público.

Os romanos, em oposição ao homem, sujeito de direito natural como pessoa física, reconheceram a qualidade de sujeito de direito em alguns entes imateriais ou abstratos, cujas finalidades transcendem a vida e os interesses de cada indivíduo. Esses entes, no que se refere às relações patrimoniais, consideram-se como pessoas jurídicas ou morais. Distinguem-se em *corporações e fundações*, conforme sejam constituídas por um complexo de homens e de bens destinados a um escopo determinado. O que lhes dá natureza é a sua finalidade. Correia e Sciascia¹² dizem que os romanos não tinham termo genérico para designar tais sujeitos de direito e nem mesmo construíram uma doutrina a respeito. Mas distinguiam princípios gerais caracterizando e diferenciando o que era público do privado. Eis aí uma distinção fundamental do direito conhecida desde os tempos romanos que consideravam o direito público como a coisa pública: *quod ad statum rei romanae spectat*, enquanto que o direito privado era considerado tudo aquilo de interesse pessoal do particular: *ad singulorum utilitatem*. É Ulpiano¹³ quem distingue as duas naturezas dizendo: *jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*.

Em nossos dias, graças à evolução das Ciências Jurídicas, o direito público é distinguido como sendo de direito público interno e internacional. O primeiro tem por objeto o Estado, suas funções e organização, bem como a ordem e a segurança interna, os serviços públicos e os recursos indispensáveis para manutenção de atividades de interesse desse Estado. O segundo regula as relações entre os Estados soberanos. Diz Paulo Dourado de Gusmão¹⁴:

Os Juristas, desde os romanos, têm tentado dar as razões dessa distinção. O critério mais antigo, que vem desde os romanos, é o do interesse. É direito público aquele que trata de relações e situações jurídicas em que o interesse é público ou geral, enquanto direito privado aquele que trata de coisas de interesse privado.

A questão fundamental, então, é entender se interesse público é somente o interesse do Estado. O autor entende que interesse público é o interesse do Estado e das pessoas jurídicas de direito público e o interesse de todos sem ser de nenhum em particular. Então, o ponto fundamental da questão do que é público está no fato de o

¹¹ DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., v. I, p. 278.

¹² CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Caetano. Manual de Direito Romano. São Paulo: Saraiva, 1961, v. I, p. 51.

¹³ ULPIANO, apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 189.

¹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Op. cit., p. 190.

Estado se apresentar como o portador supremo, investido de império. Já o direito privado é de interesse individual, sendo que o Estado, quando se vale de instituição de direito privado para praticar atos jurídicos de sua responsabilidade, se coloca em posição de igualdade com o particular.

Para Kelsen¹⁵ não existe essa diferenciação entre o direito público e privado. No seu entender o que interessa é a norma ou o fenômeno jurídico como elemento normativo eficaz. Para ele, todas as formas jurídicas se apoiam na vontade do Estado, por isso, todo direito, na sua origem e validade, é público por sua natureza e forma.

Nader¹⁶ assim se expressa sobre esta questão:

É um equívoco supor que há antítese entre o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Positivo não se compõe de substâncias diferentes, estranhas entre si. A principiologia básica, fundamental, informa a todos os ramos da árvore jurídica. Há um conjunto de princípios onipresentes na esfera do ser jurídico. Além de necessários e universais, proporcionam ao Direito o foro da ciência. Igualmente é a única fórmula da justiça, que enlaça tanto o Direito Público quanto o Privado: constante e permanente vontade de dar a cada um o que é seu.

b) Fundação: conceito, finalidades e vínculo jurídico

Muitos doutrinadores entendem que o verdadeiro sentido da fundação está no patrimônio; outros acham que sua essência reside nos fins e objetivos a que se direcionam, e outros ainda dão ênfase ao interesse público como característica mais importante.

Guido Henrique Meinberg reconhece que a fundação é um ente unitário, formado por um complexo de bens destinados a um fim específico, de caráter perpétuo. Esclarece:

Entre tais entidades contavam-se as instituições de beneficência, com seu número largamente aumentado sob a influência do cristianismo, destinadas ao amparo dos pobres, dos velhos e dos peregrinos. O bispo era o legítimo representante dessas entidades que podia figurar como herdeiro e réu em juízo¹⁷.

O autor citado concorda com Clóvis Beviláqua dizendo que a fundação é, independente de quem a institui, uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade e pode ser formada diretamente pelo seu instituidor ou por

¹⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2.ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962, p.167.

¹⁶ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 120.

¹⁷ MEINBERG, Guido Henrique. Da natureza jurídica das fundações. JUSTITIA. São Paulo: Documentação jurídica do Ministério Público, ano XXXIII, V.72, p.64, 1º semestre 1971. São Paulo: Documentação jurídica do Ministério Público, 1º. semestre, 1971, p. 64.

terceiros, conforme a vontade de seu criador. Este pode ser uma pessoa natural, uma pessoa jurídica de direito privado ou o próprio Estado.

Para Edson José Rafael¹⁸, as fundações são pessoas jurídicas que têm suporte factual no patrimônio inicial, em razão de suas características específicas (modo de constituição, administração e representação). Os caracteres intrínsecos de cada fundação, com suas peculiaridades extrínsecas, ainda que acidentais, poderão colocá-la como uma entidade de direito privado, de direito público ou, de direito social, chamado pelo autor de terceiro direito.

Desde as mais remotas origens do antigo Egito, como a Biblioteca de Alexandria, por exemplo, ou Grécia antiga (Academia legada por Platão a seus discípulos, ou em Roma quando os imperadores constituíam fundos assistenciais ou com a igreja católica que, com autorização do governo recebiam doações para fins assistenciais), o instituto jurídico fundacional sempre se vinculou a três objetivos fundamentais: *a finalidade, o patrimônio e o interesse coletivo.*

Tomáz de Aquino Resende¹⁹ assim se pronuncia:

Juridicamente fundação é assim conceituada: "...uma pessoa jurídica instituída por liberalidade privada, ou pelo Estado, para um fim de utilidade pública ou de beneficência..." Ou, segundo Clóvis Beviláqua, uma "universalidade de bens personalizada, em atenção fim, que lhe dá unidade" ou "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe a serviço de um fim determinado". Ou ainda, na clássica síntese feita por Pontes de Miranda: "uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade."

Caio Mário da Silva Pereira²⁰ demonstra que a distinção entre as sociedades, associações e fundações nasce na própria Constituição. Enquanto as primeiras nascem do aglomerado de pessoas, as fundações têm origem no patrimônio. Então as fundações são um conjunto de bens com fim determinado que a lei atribui a condição de pessoa.

Entes unitários do tipo fundações formados por um complexo de bens com fins específicos e na tentativa de um caráter perpétuo, remontam o período pós-clássico do direito romano. Posteriormente, com a influência do cristianismo, o número de tais entidades aumentou significativamente, com objetivo principal de amparo aos pobres, aos velhos e aos peregrinos. Segundo Alexandre Correia e Caetano Schiascia²¹ reforçam a idéia de que o bispo era o legítimo representante dessas entidades.

¹⁸ RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito*. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 44.

¹⁹ RESENDE, Tomáz Aquino. *Novo manual de fundações*. Belo Horizonte: Inédita, 1997. p. 19.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Apud. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 66.

²¹ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Caetano. *Op. cit.*, p.35.

A fundação de direito privado, para o autor acima citado, seja instituída por particular ou pelo poder público, por ser um patrimônio personalizado, completamente independente do seu instituidor, não tem nenhuma responsabilidade, nenhum vínculo, nenhuma obrigação e nem deve prestar contas a quem a instituiu, mas tão somente a seus órgãos diretivos e ao Ministério Público. Esta, porém, não é uma posição pacífica, especialmente quando se trata de fundações criadas pelo poder público com natureza privada.

Como se viu, compreendendo a teoria das pessoas jurídicas, distinguem-se duas espécies de instituições: as associações ou corporações e as fundações. As instituições do tipo associativo, cuja característica são os conjuntos de pessoas que as compõem, têm finalidades específicas, são agrupamentos que a ordem jurídica considera como uma só pessoa, inconfundível com as pessoas físicas que as formam. Por outro lado, existem as instituições do tipo fundacional, que são constituídas por um patrimônio, isto é, um conjunto de bens dotado de personalidade jurídica. Assim, na associação, o que existe de fato é um grupo de pessoas, tratado juridicamente, como se fosse uma única, enquanto que na fundação esse suporte jurídico é um patrimônio.

Etimologicamente, a palavra fundação, do latim *fundationes*, de *fundare*, quer significar manter, estabelecer ou construir, mas juridicamente significa a instituição ou estabelecimento que tem origem num patrimônio com fim específico. De Plácido e Silva²² entende que fundação, dadas as determinações civis, tem um sentido especial e estrito e quer designar a instituição que se forma ou se funda, pela constituição de um patrimônio ou complexo de bens para servir a certo fim de utilidade pública ou em benefício da coletividade. Diz:

E, assim, se caracteriza a fundação, além dos fins pios ou de benemerência tidos como objetivo principal, pelo fato de ocorrer, com a sua instituição, uma personalização patrimonial, em virtude da qual, os bens convertidos para o seu estabelecimento, automatizados, passam a ter uma configuração jurídica, toda própria, independente dos indivíduos ou das pessoas físicas, que possam intervir nela.

Portanto, as fundações se distinguem dos demais entes jurídicos, sociedades ou corporações, porque a fundação nasce de um patrimônio a que se dá uma finalidade e que os romanos chamavam de *piae causa*. De acordo com o direito pátrio, por determinantes históricos, fundação é um ente jurídico de caráter social, criada e mantida por iniciativa particular ou Estado, com finalidades filantrópicas, educacionais, assistenciais, culturais, científicas ou tecnológicas, tendo, como fundamento de sua existência, um patrimônio destinado a uma finalidade específica.

Para Pontes de Miranda²³ a fundação é um sujeito de direito cujo nascimento é o suporte fático sobre o qual incide a regra jurídica, tornando-o, assim, fato jurídico, sendo

²² DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 331.

²³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 104.

que nisto se distingue de associação. Vê-se, portanto, que no suporte fático da constituição de fundação não há pluralidade de pessoas, não há ficção e nem direito sem sujeitos. O que existe é um ente jurídico que nasce do negócio jurídico fundacional, a declaração de vontade do instituidor. Assim, como elementos necessários à fundação distinguem-se o patrimônio e os fins.

Sobre este aspecto, Luiz Fernando Coelho²⁴, referindo-se a Pontes de Miranda, afirma:

Segundo esse autor, a doutrina tradicional, que mais convém ao texto como o artigo 24 do Código Civil Brasileiro é artigo 80 do Código Civil Suíço, foi no sentido de ser exigido como substrato o patrimônio. Mas considera que o patrimônio é um dos pressupostos do negócio jurídico fundacional, pressuposto que pode ser satisfeito com a simples promessa de dotação de bens.

Clóvis Beviláqua (Apud Coelho, 1976)²⁵, fazendo comentário sobre o artigo acima mencionado do Código Civil Brasileiro, diz que “fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade”. É o patrimônio transfigurado pela idéia a serviço de um fim determinado. Também Orlando Gomes, citado pelo autor mencionado, entende desta mesma maneira: “a fundação é uma pessoa jurídica do tipo especial... é um acervo a serviço de um fim”.

Também Rodrigues²⁶ entende que fundação é uma organização que gira em torno de um patrimônio com uma finalidade específica. Da mesma maneira se reporta Monteiro²⁷ dizendo que, no que se refere às fundações, além do patrimônio e fins, importa analisar os princípios de administração e que devem estar definidos em seus estatutos, sendo que estes disciplinam a forma de gestão, devendo ser aprovados pelo Ministério Público.

É praticamente unânime, também entre os administrativistas, o caráter essencial do patrimônio como condição essencial para a existência jurídica da fundação. Porque de acordo com Bastos²⁸ fundação é uma entidade de gênero típico, do qual são espécies a pública e a privada. Contesta, de certa forma, o conceito antigo originário de patrimônio apenas quando diz:

Muito se relutou no nosso país em aceitar a fundação como submetida a um regime de direito público, presos os autores que perfilharam esse entendimento à circunstância de que originariamente a fundação nada

²⁴ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 110.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. 22a. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p.79.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 119.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

mais era do que um patrimônio voltado à realização de uma finalidade definida pelo seu instituidor.

Dentre os administrativistas reconhecidos, podemos considerar o que afirma Hely Lopes Meirelles,²⁹ que a fundação é uma universalidade de bens personalizada em atenção ao fim que lhe dá unidade, isto é, um patrimônio transfigurado numa idéia. Cavalcanti³⁰ entende que as fundações são um gênero de pessoa com caráter jurídico muito particular porque consistem num complexo de bens (*universitatis bonorum*) dedicados à consecução de fins próprios.

Dower³¹ diz que, além das pessoas naturais, há outras pessoas jurídicas como as constituídas por pessoas. Entretanto, uma única exceção em que a pessoa jurídica não é composta por uma sociedade de pessoas é a fundação, em que há a formação de um patrimônio através de uma doação de bens livres por alguém: *para criar uma fundação far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina (CC, art. 24).*

Pode ocorrer que o patrimônio, ao ser instituída uma fundação, seja parco e o fim deficitário. Então, da fundação criada pode ter uma ajuda de outros entes que não se confundem com a finalidade. Em caso de não conseguir atingir os fins a que se propõe, seu estatuto deve prever a destinação de bens em caso de extinção. Cretella Júnior³² também concorda com esta conceituação, embora dirigindo-se para uma visão de fundação pública, dizendo:

Patrimônio personalizado dirigido a um fim é a fundação, in genere, que não se confunde com a corporação ou associação, pluralidade de pessoas físicas determinadas que, aplicando os meios próprios, cooperam ativamente para a consecução dos fins da entidade.

Carvalho Filho³³, concordando com o que afirma Cretella Júnior acrescenta que a fundação, como pessoa jurídica oriunda do direito privado, se caracteriza pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio com finalidade social. Descreve:

Esse tipo de entidade não pode abstrair-se da figura daquele que faz a dotação patrimonial - o instituidor - e, embora a lei civil não seja

²⁹ MEIRELLES, H. Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 310.

³⁰ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 133.

³¹ DOWER, Nelson Godoy Bassil. Instituições de Direito Público e Privado. 8. ed. São Paulo: Nelpa Edições Jurídicas, 1995. p. 157.

³² CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 45.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p.300.

expressa, é também inerente às fundações sua finalidade social, vale dizer, a perseguição a objetivos que, de alguma forma, produzam benefícios aos membros da coletividade. Essa finalidade as distancia de alvos que visem à percepção de lucros, deixando-as em agrupamento diverso daquele em que se encontram, por exemplo, as sociedades comerciais.

Gasparini³⁴, ao nosso entender, completa o conceito quando conceitua natureza como o gênero do qual a fundação privada ou fundação pública são espécies. Concorde com os demais autores que somente existe fundação quando estão presentes o patrimônio personalizado e um fim. Diz:

O patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relações jurídicas pertencentes a um dado sujeito. Personalizado porque sobre ele incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direito e obrigações. Afetado a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir uma finalidade que, no caso das criadas, instituídas ou mantidas pela administração pública, são sempre de interesse público.

Como se vê, os administrativistas têm entendimentos comuns quanto ao conceito de fundação e, teoricamente, enfatizam a personificação de interesses e finalidades, assim como, adeptos das doutrinas da pessoa jurídica fortalecem a afetação personalística do patrimônio com função de pessoa. A controvérsia mais patente, hoje, não é quanto ao conceito, mas, sobretudo naquelas instituídas pelo poder público, é a definição a que regime jurídico se subordinam e o que são instituições públicas.

Para Cretella Júnior,³⁵ fundação é uma categoria jurídica porque é pessoa, matriz indiferenciada, gênero de que pessoa física ou jurídica são espécies, porque há diferenças que as particularizam. A categoria jurídica, na verdade, é uma formulação genérica, abstrata, com conotações especiais e não comprometida com nenhum ramo da ciência jurídica. Ora, a categoria jurídica não se define, conceitua-se, porque são figuras *in genere*, nem peculiares ao direito privado, nem peculiares ao direito público. Ora, se assim é, então pode-se afirmar a existência de fundações públicas e fundações privadas.

1.2. O sentido social das fundações

1.2.1. Considerações abrangentes

O objetivo desta digressão não é fazer um estudo exaustivo sobre o sentido social das fundações, porque isso demandaria uma consistente argumentação sobre as funções

³⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 278.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Fundações e Categorias Jurídicas. FUNDAÇÕES. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, ano I, n. 1. p. 11-14, 1995.

sociais do Estado. O que se quer e, apenas, trazer para o trabalho, alguns pontos, às vezes polêmicos, que se interpenetram nas ações da Sociedade e da organização das instituições.

Joaquim de Arruda Falcão³⁶ apresentando suas idéias no Primeiro Seminário Nacional sobre Fundações, afirmou que existe uma dicotomia insuficiente ao pensar o Brasil, hoje. Diz:

O Estado é o planejamento; a sociedade é o mercado; o Estado é o bem comum, a sociedade é o lucro; o Estado é o coletivo; a Sociedade é o individual; o Estado é a lei; a sociedade é o contrato; o Estado é hiérarquia; a Sociedade é a concorrência; o Estado é o bem público; a sociedade é o bem individual; o Estado é o altruísmo e a sociedade é o egoísmo.

Este é o esquema clássico com o qual estamos habituados a pensar, porém, com o qual não podemos concordar. Ora, esse não é um esquema apropriado, porque o Estado não é o único bem público e nem a Sociedade o bem exclusivamente privado. Estes conceitos se devem ao fato de que, entre nós, o Estado se tornou uma propriedade e, não raramente, o Estado se apropriou de interesses privados. Então, sempre consideramos, equivocadamente, Estado, governo e público, como sinônimos. Hoje, o público não é apenas privilégio do Estado.

Bárbara Freitag³⁷, orientada pelos pensamentos de Dewey e Mannheim, entende que a sociedade é empiricamente imperfeita, contraditória e conflituosa. Por isso, a democratização global será alcançada com a influência de instituições organizadas que vão além da função tradicional do Estado. Engels³⁸ afirma que o Estado nasceu para garantir alguns direitos já conquistados pelos cidadãos na organização tribal. Dentre esses direitos a necessidade de perpetuar a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito à propriedade privada e de a classe possuidora explorar a não possuidora.

Historicamente, em nossa concepção, deve-se considerar que a partir do século XVIII se consolida a teoria contratual de Estado. Então passamos a ter a figura clara e cristalina do cidadão, este entendido como ente político, titular de direitos e deveres, especialmente na esfera política. Esta é a idéia clássica e liberal de cidadania, que ressurge no neo-liberalismo com novas roupagens iluministas. Isto é, o Estado não intervencionista e que se responsabiliza apenas pelas garantias das funções mínimas do poder público, relativas, basicamente, à distribuição da justiça, manutenção da segurança e relações exteriores.

³⁶ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Importância do terceiro setor, através das fundações privadas para o desenvolvimento social. Idem. p. 82.

³⁷ FREITAG, Bárbara. Escola, Estado e Sociedade. São Paulo: Moraes, 1980. p. 23.

³⁸ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. São Paulo: Global, 1984. p. 153.

Em nosso entendimento, durante o século XX, mais precisamente agora em seu final, com o surgimento de novas necessidades, o papel do cidadão avolumou-se e passou-se a dizer que também são suas responsabilidades, não apenas as políticas, mas também as sociais ou comunitárias e econômicas. O cidadão é o titular de direitos e deveres, enquanto o Estado é o protetor do cidadão. Para garantir esta idéia o Estado implementou intervenções na realidade econômica e social. Entendimentos, sob certos aspectos divergentes, porém mais esclarecedores sobre este assunto podem ser encontrados em pormenorizado estudo do professor Doutor César Luiz Pasold³⁹.

Ao findar o século, com a observação de que o Estado não atende os direitos fundamentais do cidadão, caem a maioria dos regimes de Estados comunistas e surgem as idéias de uma ordem institucional nova que alimenta determinadas parcerias, cooperações ou colaboração entre o Estado e a Sociedade organizada que não ocupa funções essenciais dentro do aparato estatal. É o caso das fundações de direito privado, diz Antônio Augusto Junho Anastasia⁴⁰.

Neste final do século XX, começam a surgir novas demandas sociais e a constatação de que o Estado não atende às necessidades do cidadão. Procura-se então, o abandono das soluções autocráticas e começa o incentivo da participação popular na vida política e a integração dos mercados, do conhecimento e dos valores, todos compreendidos no fenômeno da globalização. Surgem as idéias de tornar o Estado em tamanho adequado para desempenhar suas tarefas, essenciais ou necessárias que lhe comete a Sociedade e, pelo princípio da subsidiaridade, iniciam-se os processos de desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Nesse ambiente, os institutos jurídicos denominados de fundação ganham força e são considerados como mecanismos essenciais para garantir aos cidadãos mais marginalizados seus direitos essenciais.

Para Marcos Juruena Vilela Souto⁴¹, desde que o homem passou a viver em Sociedade, sentiu a necessidade de ter alguma instituição zelando pela convivência harmônica. Assim é que o Estado nasceu com a função primeira de atender o bem-estar geral. Foram instituídos os governos, cujas estruturas se deram na Grécia e Roma antigas, com a tripartição de poderes. Diz o autor:

Entendido o Estado como a sociedade política criada pelo povo para zelar pelo bem estar geral, é fundamental identificar o que dele se espera, em termos de ações concretas, para que esse objetivo seja alcançado; sabe-se que tais ações, num regime de separação de

³⁹ PASOLD, César Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 2 ed. Florianópolis: Editora Estudantil, 1988. 103 p.

⁴⁰ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Novos instrumentos de Cidadania: o papel das fundações. Fundações. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Anais. Belo Horizonte: Fundamig, 1995. p. 142.

⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 2.

poderes, cabem em regra, ao poder Executivo. Entretanto, num Estado de Direito - aquele cujas ações são limitadas pelo ordenamento jurídico - somente a lei legitima essa atuação. É o princípio da legalidade que norteia a Administração Pública.

Clóvis de Souto Goulart⁴² entende que a vocação política do homem o obriga a ter uma autoridade natural que organiza e orienta as ações sociais. As teorias anarquistas que pretendem abolir o Estado, segundo o autor, tropeçam na aplicação prática da organização social como uma dificuldade insolúvel: a autoridade como uma necessidade irremediável. Por isso, a Sociedade organizada cria instituições com finalidades sociais, de benemerência e voltadas para a satisfação das necessidades mais humanitárias. Dentre elas, à nossa compreensão, estão as fundações.

A organização e o planejamento do Estado democrático deve permitir que a Sociedade organize seus mecanismos para fazer cumprir, inclusive, funções que deveriam ser pertinentes ao próprio poder público. Se o Estado é autoridade, ele existe em benefício do indivíduo e do grupo dentro do qual se estabelece. O direito limita a autoridade do Estado e, portanto, sua organização em termos de instituição jurídica, neste final de século, tende a se estruturar com base na doutrina do liberalismo político e econômico, em nome da liberdade individual e da livre iniciativa. Assim sendo, o Estado abstém-se de atuar na ordem social e econômica, permitindo que instituições como as fundações, por exemplo, sejam fortalecidas e venham a suprir parcela de funções que antes eram atribuídas ao poder público.

Mas Antônio Carlos Wolkmer⁴³ afirma que, na verdade, a tradição jurídica brasileira é marcada por um modelo de legalidade estatal e que na formação das instituições jurídicas brasileiras coexistiu desde as origens de nossa colonização, uma prática nem sempre reconhecida de pluralismo normativo. O direito estatal, protegido pelas oligarquias e pelas leis oficiais, quase não permitiu que a população se organizasse de modo mais eficaz.

O caminho da organização do Estado parece seguir, neste final de século, os caminhos da primeira concepção. Marcos Juruena Villela Souto⁴⁴ mostra que o caminho, hoje é o da desestatização e da privatização. Para o autor, a exigência de descentralização administrativa surge, antes de mais nada, como um instrumento de libertação do Estado do formalismo que rege a ação administrativa. A adoção de formas de direito privado na gestão pública, na escrituração contábil e na celebração de contratos torna o Estado mais ágil. Inicialmente, essa descentralização se dava pelas autarquias, hoje, por uma variada

⁴² GOULART, Clóvis de Souto. Formas e sistemas de governo: uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995. p. 16.

⁴³ WOLKMER, Antônio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. ROCHA, Leonel Severo (org.). Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 15.

⁴⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit., p. 47 e ss.

gama de instituições. É nesta concepção, de acordo com nosso entendimento, que nascem as principais finalidades das fundações criadas pelo poder público.

1.2.2. Os objetivos das fundações

Barassi, citado por Tomáz de Aquino Resende⁴⁵, diz que a motivação principal e o grande objetivo na criação de uma fundação é a determinação do fim e dos meios econômicos para atingi-lo, dada pela vontade da pessoa física ou jurídica, que destina um complexo de bens a uma dada finalidade, criando uma pessoa jurídica autônoma.

Existem mais de quatro mil fundações, atualmente, no país. Essas instituições são entendidas como força do terceiro setor da economia, considerados o Estado e a indústria como os primeiros, e se constituem em instrumentos valiosíssimos para implantação do desenvolvimento social e do exercício da cidadania plena. A maioria dos autores entende que são forças criadas para consecução de atividades e objetivos de utilidade pública e interesse social, como pesquisa, meio ambiente, educação, saúde, filantropia, cultura, arte, apoio às universidades, previdência e outros.

Cássio Eduardo Rosa Resende⁴⁶ diz:

Gravitando em torno delas, do ideal fundacionário, encontram-se as grandes lideranças da sociedade no âmbito político, empresarial, intelectual, religioso, social, moral e da imprensa. Essas forças poderão aglutinar-se, articular-se e potencializar-se, através das fundações, para o implemento de ações transformadoras, eficazes e revolucionárias, com vistas ao atingimento de uma nova ordem social e política, visando a inclusão dos excluídos, acesso de todos aos bens de produção, igual oportunidade para todos, cidadania plena e implantação da democracia econômica e social.

As fundações são instrumentos através dos quais se operam atividades fundamentais na sociedade que o Estado não tem conseguido realizar. Quem analisa mais profundamente a realidade mundial e do país, pode entender que não mais se pode contar com grandes aportes do governo para modernização de laboratórios, oficinas, escolas e outros aparatos fundamentais. A ciência caminha rapidamente e faz surgir novos instrumentos tecnológicos, que as instituições mantidas pelo Estado não conseguem acompanhar.

Surgem então as fundações com um papel excepcional, exatamente no momento em que a massa crítica das universidades e das escolas públicas está sendo afugentada pelo o temor dos novos tempos quanto às garantias de aposentadoria. Essas fundações surgem

⁴⁵ RESENDE, Tomáz de Aquino. Novo Manual de Fundações. Belo Horizonte: Inédita, 1997. p. 28.

⁴⁶ RESENDE, Cássio Eduardo Rosa. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I.Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Belo Horizonte: Fundamig, 1995. p. 8.

como esperança de fortalecimento de atividades consideradas fundamentais tanto para os trabalhadores intelectuais e técnicos, como para os fruidores dos seus trabalhos.

O governo tem a tendência a diminuir suas atividades e trazer à tona os grandes problemas que envolvem as atividades essenciais. Há uma espécie de consenso, hoje, entre os diversos setores, de que há necessidade de envolvimento da Sociedade para enfrentar os problemas reais da globalização da economia. Há uma emergência de que as sociedades não governamentais, hoje chamadas de terceiro setor, que são as instituições, que não visam lucro, procuram o bem estar comum, o atendimento social, o público tem, portanto, uma característica de iniciativa da própria sociedade civil sejam multiplicadas e recebam do poder público o incentivo ao seu trabalho.

O terceiro setor, o da sociedade civil organizada, caminha para ser o mais dinâmico na absorção de empregos. O governo tem uma certa tendência de diminuir suas atividades centralizadas e trazer à tona os problemas que conhecemos fazendo com que setores da Sociedade se envolvam para resolvê-los. O Estado se financia com impostos; o setor privado, com lucros; as fundações, basicamente vivem de dotações.

O crescimento da organização de fundações deve-se a quatro motivos importantes: o primeiro é a falência do estado social, isto é, o Estado não deu conta da função social; o segundo é a crise do desenvolvimento; o terceiro é a crise dos modelos de Estado; o quarto motivo são os problemas do meio ambiente.

Vivemos um momento especial de revoluções que se processam subliminarmente. As comunicações tornam-se um fenômeno indispensável e importante na conjuntura mundial. Por outro lado vivemos a revolução da explosão urbana e, em terceiro lugar, a revolução tecnológica, que proporciona exclusão da mão de obra numa velocidade fantástica. Então aparecem as fundações como instituições importantes do terceiro setor, contribuindo com atividades especiais como pesquisa, educação, meio ambiente, atividades culturais e que movimentam milhares de empregos e bilhões de dólares.

Apesar de tudo o que podem fazer as fundações, vendo que se fortalecem no mundo todo, no Brasil há um certo desestímulo à sua organização quando se trata de acabar com incentivos dados pelo governo, como por exemplo os certificados de reconhecimento filantrópico. Sérgio de Andréa Ferreira⁴⁷ assim se expressa:

Volto a dizer que as fundações particulares, criadas, instituídas e administradas por particulares é que são exemplo de fortalecimento de cidadania. É claro que as fundações públicas são importantíssimas e não quero praticar nenhum deslize de ordem etimológica. As fundações públicas são fundamentais, e lembro que há também as fundações particulares com a participação do poder público, sem que se

⁴⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações privadas sob a ótica do Ministério Público, e o fortalecimento da cidadania. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Belo Horizonte: fundamig, 1995. p. 61.

desnaturem. Isso é muito comum. Todos aqui conhecem esses exemplos, comuns no âmbito municipal. O município não tem condição de, sozinho, instituir uma fundação. Então, a constitui juntamente com uma sociedade, ou até com pessoas físicas. Aquela entidade não faz parte da organização municipal, ou governamental.

Como se pode inferir, além das concessões, permissões, delegações, desestatização e privatização, é permitida, portanto, a iniciativa do Estado em constituir dois tipos de instituições que exercem suas funções delegadas: as que se destinam à intervenção na atividade econômica e as que titularizam a prestação de serviços. Neste sentido estão as fundações criadas pelo poder público como autárquicas, ou de direito privado, são mecanismos para exercer *função delegada do Estado*, com objetivos definidos em lei que autoriza a criação. Entretanto, com um caráter filantrópico mais acentuado, estão as fundações de natureza puramente privada, ditas particulares, criadas por pessoas jurídicas ou físicas individuais ou em forma de cooperação.

Jaime Spricigo⁴⁸, em sua dissertação de Mestrado faz importante análise das Fundações instituídas pelo Estado de Santa Catarina mostrando que as contradições do Estado liberal e as transformações sociais provocadas pelas relações de trabalho determinaram o intervencionismo na Sociedade, com a conseqüente mudança para o Estado de serviços. Neste processo, a estrutura estatal se descentraliza com a utilização de novos instrumentos de atuação: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

Para o autor citado acima, o Estado brasileiro adaptou-se a estes fenômenos e buscou no direito privado a figura jurídica da fundação para atendimento de finalidades de interesse coletivo, em virtude de sua estrutura simples e flexível. Ao servir-se de tal instrumento, o Estado ficou indeciso, ora submetendo-a ao regime público e ora ao regime privado.

Sob esta visão, temos necessidade de saber como se distinguem, quanto aos objetivos no exercício das fundações delegadas do poder público, essas fundações ora autárquicas ora de direito privado. O poder público não pode tudo, e, como se pode constatar atualmente, especialmente, os municípios, têm capacidade de investimentos e de inovação praticamente exaurida. Sem a participação dos segmentos organizados, o poder público não poderá desenvolver aquelas políticas públicas que são de sua responsabilidade.

Então, o papel da sociedade organizada assume relevo, dentro de uma nova visão, de cidadania, que não é mais exclusivamente a cidadania clássica, política (o direito de votar, ser votado e de participar de decisões políticas), nem a cidadania que titulariza, em relação ao poder público, direitos subjetivos de educação, de saúde, assistência, previdência, transporte, saneamento, etc., mas, mais que isso, uma

⁴⁸ SPRICIGO, Jaime. Análise das Fundações Instituídas pelo Estado de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 1978 (dissertação de Mestrado).

*cidadania cooperada e participativa em relação ao aparato do Estado*⁴⁹.

O caráter de não ingerência pelo poder público criador com as fundações de direito privado facilita o alcance de seus objetivos e as transformam num vigoroso instrumento de cidadania. Mas o processo de atuação das fundações está profundamente vinculado a uma renovação da legislação e à substituição que se lhe dá. Elas não são apenas instituições benemerentes, isto é, entidades jurídicas que têm como função assistir, apoiar, estimular, auxiliar e defender a plenitude das ações humanas no contexto social.

*Dai a nossa maior dificuldade no país: trabalhar na prática para que esta proteção se universalize, embora o caminho mais eficaz para isso não seja exclusivamente pela via do fortalecimento da esfera estatal e governamental, mas pelo alargamento de esferas públicas não governamentais cuja maior virtualidade é garantir a sociabilidade política das pessoas (no sentido de sua livre e criativa associação, encontro e reunião)*⁵⁰.

Ou como afirma Rodolfo Daniel Alfredo Borghi⁵¹:

As fundações, como instituições filantrópicas, representam a sociedade civil em toda a sua problemática e busca de soluções. Isto se constrói natural e espontaneamente. As pessoas com genuíno altruísmo e vocação de servir com verdadeira consciência social e sentido de solidariedade(...) buscam soluções para melhorar o que está ao seu redor.

Borghi, presidente da Federação de Fundações Argentinas, afirma que estamos à procura de um estado de bem-estar social que exige do poder público atenção especial com o cidadão. Durante alguns anos, na América Latina, se enfatizou a expansão do Estado como protetor dos direitos. Alguns ganhos a população tem conseguido. Entretanto, hoje, o caminho da participação social parece ser a única forma de conquistas. Assim as organizações da sociedade civil, como as fundações, estão trabalhando em todas as áreas que podem ser necessárias ao ser humano e ao mundo.

Há dúvidas de que, na atualidade apenas três atores sejam protagonistas do desenvolvimento: o Estado, como árbitro e mediador dos conflitos, garantidor de uma vida digna, da participação e dos direitos fundamentais do cidadão; as empresas privadas, que ao lado da selva competitiva estão percebendo que também têm uma função social

⁴⁹ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Op. cit., p.144.

⁵⁰ NADER, Ricardo Toledo. As ONGs na reconstrução da sociedade civil. Petrópolis: Vozes, ano 89, n. 6, v.89.p.42-50,1995.

⁵¹ BORGHI, Rodolfo Daniel Alfredo. El fortalecimiento de la sociedad civil, la globalización y la integración. Fundações. Porto Alegre, ano I, n. 1, p. 15-21, 1995.

que vai além do simples lucro; e o terceiro setor, as instituições organizadas, dentre as quais se destacam as fundações de natureza jurídica privada.

Conclui-se, então, que a fundação é um patrimônio com fim social. Esta é a concepção de uma fundação que delimita sua essência clara e simples. Há um caráter solidário e uma filosofia de solidariedade que interpenetra os fins de uma fundação. Conclui-se, daí, que as fundações nasceram com orientação humanística e como consequência de fatores emergentes na sociedade que motivam os indivíduos ou grupos a se posicionarem como cidadãos numa visão de solidariedade social. A fundação não nasce com o propósito de dividir lucros entre os sócios ou acionistas ou entre os membros da sua administração. Ao contrário, seus possíveis lucros são aplicados e reinvestidos na sua finalidade.

Leonor Esguerra Portocarrero⁵² entende que o poder público, assim como a sociedade, deveria dar mais atenção a essas instituições fundacionais privadas, que trabalham socialmente em benefício do público. Diz que a realidade latina americana é esta: *o Estado não está presente em grande parte do território, está longe dos problemas da maioria, sobretudo das populações mais carentes*. Ora, o papel do Estado é exercer o poder que a Sociedade lhe tem conferido para conduzir as comunidades às metas de bem estar. Portanto, o Estado pode exercer suas funções por delegação, sendo as fundações valiosos instrumentos para esse fim.

A Sociedade é responsável pela construção do país que deseja. O projeto de Nação e de Estado Social de Direito, nasce da Sociedade organizada. Em meio à sociedade civil, é importante mencionar o papel social das fundações privadas que trabalham imperativos públicos e estão influenciando o desenvolvimento social. Mas a sua tarefa não é simples, diz Milena Grillo R.,⁵³ porque se trata de reformar o próprio Estado.

Léo Voigt⁵⁴ aponta que, apesar do mundo globalizado sofrer severas críticas, apresenta perspectivas e grandes possibilidades de conquistas do homem nas áreas dos direitos humanos e da cidadania. Mas, para o autor, esse avanço deve ser de todos e não de apenas alguns. O cenário próximo se apresenta com vislumbres de enxugamento de empregos e diminuição da máquina estatal. Nesse cenário, cresce a cooperação civil e, portanto, as fundações terão importantes papéis em ações comunitárias.

Também Mauro Knijnik⁵⁵ considera que os tropeços econômicos e impasses políticos têm ensinado ao Brasil que nenhum setor, público ou privado, é auto-suficiente ou pode prescindir do diálogo e da colaboração. Para o autor, a sociedade precisa se

⁵² PORTOCARRERO, Leonor Esguerra. *El rol de las fundaciones en el desarrollo de políticas sociales. El caso colombiano*. Fundações. Porto Alegre, ano II, n. 2, p. 63-71, 1996.

⁵³ GRILLO R., Milena. *La articulación de lo gubernamental y lo privado: el reto que plantea el paradigma de la participación social*. Idem, p. 73-82.

⁵⁴ VOIGT, Léo. *Solidariedade e o mundo empresarial*. FUNDAÇÃO. Porto Alegre: Fijo, ano III, n-3, p.6-8, 1997.

⁵⁵ KNIJNIK, Mauro. *O compromisso social da empresa e as fundações*. FUNDAÇÕES. Porto Alegre: Fijo, ano III, n.3, p. 9-12, 1997.

movimentar porque o Estado não pode mais e está desacreditado. Como ninguém pode virar as costas ao problema social, ganha espaço o instituto das fundações, que podem suprir as lacunas dos órgãos oficiais.

É neste sentido que Primitivo Gutiérrez Sánchez⁵⁶, em conferência proferida no I Encontro das Fundações do Mercosul, em Porto Alegre, em 20 e 21 de março de 1997, destaca a vigorosa presença das fundações nos países do Mercosul, com finalidades sociais, sem fins lucrativos, perseguindo ideais e atuando em áreas que o Estado não pode dar conta. Nesta mesma direção, no seminário acima mencionado, foram as argumentações de Guillermo Enrique Ragazzi, da Argentina, Nílvia A. Etcheverry de Xiviller, do Uruguai, Maria Cecília M. F. Kother, do Brasil e German Domínguez Gajardo, do Chile, todos recomendando atenção especial para o fortalecimento das fundações como instrumento que podem cooperar e realizar diversos objetivos que são função do poder público e que este não vem suportando.

⁵⁶GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Primitivo. Presencia de las fundaciones privadas en el Mercosul. ANAIS do Primeiro Encontro das Fundações do Mercosul. Porto Alegre: Centro Brasileiro de Fundações – Cebraf, 1997. p. 19.

CAPITULO II

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO, OS FINS, O CONTROLE E A GESTÃO DAS FUNDAÇÕES

2.1. Das fundações em geral e das pessoas jurídicas administrativas no direito brasileiro.

Como já se mencionou no início deste trabalho, as fundações têm sua origem no espírito de solidariedade, numa espécie de impulso do ser humano em ajudar seu semelhante, especialmente aqueles mais necessitados. A história da humanidade registra fatos significativos de homens e mulheres que tiveram atitudes altruístas, movidos pelo amor ao seu semelhante, às artes e à sabedoria. Como exemplos significativos, nos primórdios da humanidade, são citados os casos da biblioteca de Alexandria, cujo acervo fora doado por Ptolomeu, com características de patrimônio desligado de seus proprietários. O mais antigo exemplo é a Academia de Platão, consagrada às musas, legada pelo filósofo aos seus sucessores.

A origem das fundações encontra-se vinculada à história grega e ao mundo jurídico romano. No caso grego, essas instituições nasceram como cultuação aos deuses. Posteriormente, a Grécia se tornou província romana. Os conquistadores assimilaram “in totum” as instituições gregas e deles sofrem forte influência jurídica e lingüística.

Como ensina Luiz Fernando Coelho¹, no direito romano, embora somente os entes do tipo associativo tivessem personalidade jurídica, consentia-se a existência de um patrimônio vinculado a determinados fins. O direito romano clássico não adotou a existência de patrimônios dotados de autonomia jurídica que pudessem ser antecedentes do que hoje se denomina de fundação². Os particulares não podiam criar fundações com seus bens, mas podiam doá-los ou legá-los a uma pessoa jurídica, com estipulação do *modus operandi*. Então, o donatário ou legatário se obrigava ao cumprimento dos encargos especificados.

Os romanos não elaboraram uma teoria de pessoa jurídica. Como seu espírito era eminentemente prático, criavam suas instituições e iam aperfeiçoando suas formas jurídicas de acordo com as necessidades da vida, sem preocupações com justificativas teóricas ou filosóficas. Essas preocupações teórico-científicas surgiram posteriormente com a necessidade de sistematizar as normas jurídicas e precisar o significado dos conceitos, o que começou a ocorrer com Justiniano (*Corpus Juris Civilis*), quando o Direito começa a nascer como positivo ou como ciência. Mas algumas características das fundações podem ser encontradas nas organizações fiduciárias romanas, inclusive a vigilância do Estado, através do *curator reipublicae*.

Diz Luiz Fernando Coelho³:

*Na história das fundações, dois acontecimentos assumem especial relevância: o primeiro é a constituição de uma *actio popularis* com o fim de serem efetivadas as fundações instituídas por legado ou doação; o segundo relaciona-se com o desenvolvimento das entidades religiosas, em especial, a concepção da Igreja como pessoa.*

Estudando as teorias jurídicas, encontra-se a de Ihering⁴ propondo que as fundações são por si mesmas o objeto e centro de gravidade de todas as rodas jurídicas que as fazem mover, mas o eixo do seu mecanismo está nas pessoas naturais. Vê-se que, desde os primórdios, as fundações nasceram de vertentes privadas. A personificação da fundação é a forma apropriada de um patrimônio a serviço de fins determinados por quem destina os bens. Foi a partir da *actio popularis*, que surge entre os romanos um Direito novo e subjetivo, para o autor citado, dos destinatários das fundações: pobres, enfermos, viúvas, órfãos, protetores das artes e do ensino etc.

Mas as fundações, como entes jurídicos, começam a conquistar espaço com o advento do cristianismo, sendo que as características de benemerência e culto se confundem com a personalidade das igrejas, mas que, aos poucos, vão adquirindo autonomia até se firmarem como entes em si, embora sob a proteção e vigilância

¹ COELHO, Luiz Fernando. *Fundações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.8.

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. I, p. 78.

³ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 10.

⁴ IHERING, Rudolf Von. *O Espírito do direito romano*. Apud COELHO, Luiz Fernando. Idem, p.11.

eclesiástica. Posteriormente, surgem as instituições públicas eclesiásticas com a finalidade das causas pias, organizadas segundo o direito comum romano.

Essas "*pieae causae*", independentes da pessoa natural e de seus administradores, tem origem no direito germânico e marcam uma evolução importante na ordem jurídica ocidental. É uma concepção materialista que repercute na teoria das fundações, onde ao direito germânico parece impossível existir um patrimônio dotado de personalidade ideal. Assim se constituem, diz Luiz Fernando Coelho, em propriedades dos santos, aos quais são dedicados hospitais, conventos, escolas, casas de caridade, asilos etc.

Somente a partir do século XVIII, na Europa, constata-se uma notável expansão das fundações. Mas é nos Estados Unidos, que surgem o maior número delas, por dois motivos: o primeiro para socorrer os problemas sociais decorrentes da guerra da Secessão (1861-1865) e o segundo face ao progresso econômico extraordinário, onde a concentração de riquezas incalculáveis se dá nas mãos de particulares. Cabe lembrar que o espírito público americano permitiu, por particulares, a instituição de muitas fundações, inclusive fora do seu próprio país.

Atualmente, no mundo todo, registram-se mais de 20 mil fundações, sendo que as cinco maiores estão em território americano: a Ford Foundation, a Rockefeller Foundation, a Duke Endowment, a John Hartford Foundation e a Carnegie Corporation⁵. Na Europa, destacam-se a Fundação Nobel (Suécia), a Guggenheim Memorial Foundation, a Fundação Catalouste Gulbenkian (Portugal) e a Humbolt Stiftung (Alemanha).

De acordo com Maristela Basso⁶, nos países do Mercosul percebe-se que há uma filosofia comum em relação às fundações. A legislação aplicável é semelhante no que tange às disposições materiais. Em outras palavras, em que pesem as diferenças de competências para aprovação e fiscalização das entidades, não existem diferenças substanciais quanto à finalidade e organização.

No Brasil, afora o período de colonização portuguesa, a história legal das fundações, segundo Edson José Rafael⁷, inicia-se entre o fim do século XIX e o nascimento do século XX. O primeiro esboço de fundação inicia-se em 1738, quando Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, achou por bem separar parte de seus bens para formar um fundo para auxiliar, exclusivamente, os expostos ao desamparo. Portanto, os estabelecimentos fundacionais mais antigos são, pela ordem, a Casa dos Expostos e a Santa Casa de Misericórdia (Rio de Janeiro), que datam dos primeiros tempos da colonização. A Fundação Pão dos Pobres (Porto Alegre), a Fundação Abrigo Cristo Redentor, a Fundação Brasil Central e a Fundação Getúlio Vargas, são marcos históricos importantes.

⁵ ENCICLOPÉDIA BARSA. Apud COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p.14.

⁶ BASSO, Maristela. Fundações Privadas nos Países do Mercosul: uma análise comparada. Anais do I Encontro de Fundações do Mercosul. Porto Alegre: Cebrap, 1997.

⁷ RAFAEL, Edson José. Op. cit., p.68.

A primeira fundação instituída pelo poder público no Brasil, pelo Decreto-lei n.878 de 4 de outubro de 1943, foi a Fundação Brasil Central, de natureza privada “*num estilo assemelhado ao sistema político brasileiro e adaptada às regras do processo jurídico privado tradicional no que concerne a esses tipos de entes*”.⁸

Na atualidade da vida jurídica nacional verifica-se, como já se mencionou, uma verdadeira torrente de fundações, sobretudo criadas por Estados e Municípios, sendo que grande parte delas são instituídas sem conhecimento jurídico mais apurado, e que, neste sentido, degeneram o verdadeiro objetivo do instituto *fundação*. Na maioria dos casos, há equívocos, inconsistências e carência de sentido, pois criadas pelo poder público, são concebidas como pessoas jurídicas de direito público e confundidas com autarquias. Ora, se uma fundação é constituída por um patrimônio ou conjunto de bens a que a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica, nisto está a diferença específica de tais entidades com as associações, corporações ou autarquias.

Para melhor caracterizar a diferença, deve-se entender que a autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público: capacidade de reger por si os próprios interesses, embora estes respeitem também o Estado. Distingue-se a autarquia da capacidade comum, predicado de cada pessoa de gerir os próprios negócios, em que se trata de interesses que também dizem respeito ao Estado, que os poderia administrar diretamente, excluindo aquela capacidade. A Autarquia, segundo Celso Bandeira de Mello,

*é a expressão ampla que abrange todos os seres de direito público, seres que prosseguem atividades de interesse estatal. Ser autárquico é consequência do caráter público de uma pessoa jurídica. É o que esclarece Zanobini: La conseguenza fondamentale del carattere pubblico di un ente è una particolare capacità, nota sotto il nome di autarchia*⁹.

Vê-se que o termo autarquia é reservado para designar todas as pessoas jurídicas de direito público interno, indistintamente, com exceção, apenas da União, dos Estados e Municípios, cuja capacidade é ainda mais ampla. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰ define a Autarquia como *a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei*.

⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Fundações e empresas públicas. Apud COELHO, Luiz Fernando. *Idem ibidem*.

⁹ MELLO, Celso Bandeira de. Fundações públicas. Tribunal de Justiça e Tribunal de alçada de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 52, v. 338, p. 62, 1963.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p.316.

Neste mesmo sentido, Cretella Júnior¹¹ demonstra que a autarquia, em essência, é toda pessoa jurídica pública que, dentro dos limites do direito objetivo e com capacidade para administrar-se, é considerada pelo Estado como um de seus entes. É, portanto, um atributo próprio da pessoa jurídica pública e serve para indicar a relação que se estabelece entre ela e o Estado.

É consenso entre os juristas estudiosos do direito administrativo que a autarquia tem traço saliente de participar, pela sua própria natureza, do regime jurídico que preside a atividade administrativa centralizada. Nada mais é do que uma porção desintegrada da própria administração pública, mas que carrega consigo a natureza daquela. É por isso que os atributos próprios do ato administrativo são a elas extensíveis automaticamente.

A fundação, todavia, mesmo instituída pelo poder público, de acordo com Celso Ribeiro Bastos¹² não se confunde com autarquia, nem com corporação de direito público, com sociedade de economia mista ou com empresa pública. Assim se expressa o autor:

É procedente a crítica feita por Toshio Mikai ao não ver em que consistiria a administração fundacional em relação à administração direta e indireta. Estas sim radicalmente diferenciadas. (...) É que as fundações não foram incluídas nos Decretos-leis 200 e 900 como órgãos da Administração indireta do que resultou ficar como que vagando no espaço e prestando-se muitas vezes à fruição por aquelas entidades de benefícios que não lhes eram extensíveis em razão da condição de integrantes da administração. É portanto, uma emendação feita pela Constituição, que tem caráter reforçador no sentido de impedir por qualquer forma que estas entidades sejam excluídas da condição de integrantes da organização administrativa.

Muito se relutou em aceitar, em nosso direito, a fundação criada pelo poder público como fundação autárquica. São fundações governamentais que acabam por assemelhar-se à autarquia, já que ambas são regidas pelo direito administrativo. Porém diferenciadas, porque na autarquia cria-se um serviço administrativo com fins especiais e asseguram-se receitas com as quais deve fazer face às despesas do seu funcionamento e do cumprimento das suas atribuições. Essas receitas e despesas devem fazer parte de lei orçamentária do poder público. A autarquia tem o seu patrimônio constituído pelos bens de capital e por direitos sobre coisas que estejam no comércio jurídico e de que seja titular. Porém esse patrimônio ocorre após a sua constituição, fruto do seu trabalho.

Para constituir uma fundação, o Estado individualiza, dentre os seus bens, um conjunto de coisas imóveis, um capital produtivo, um patrimônio que pode ser gerido autonomamente de modo a manter-se e atingir as finalidades para as quais foi constituída, dando-lhe uma forma de organização e conferindo-lhe uma personalidade jurídica. A

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 40/41.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 77.

fundação autárquica também se constitui a partir de um patrimônio? Ao nosso entender, toda fundação se origina de um patrimônio. Isso não impede que tanto a fundação de direito privado criada pelo poder público, como a fundação autárquica tenham dotações orçamentárias específicas.

Portanto, o patrimônio personalizado dirigido a um fim é a fundação “in genere”, que não se confunde com corporação ou associação, nem empresa pública ou sociedade de economia mista, pluralidade de pessoas físicas determinadas que, aplicando os meios próprios, cooperam ativamente para a consecução dos fins da entidade. No caso da fundação criada pelo poder público, consiste na afetação, por uma pessoa pública, de um patrimônio a um serviço público personalizado, criado por pessoa pública, com regime jurídico próprio, informado por princípios de direito público.

As corporações públicas são entidades constituídas por várias pessoas, possuindo objetivos e interesses comuns, satisfazendo certas exigências legais, atribuindo-se-lhes a qualidade de pessoa jurídica. Cretella Júnior, autor já citado, diz que as corporações públicas, forma estrutural da personalidade jurídica, apresentam-se como uma relação jurídica *ob personam*, estabelecidas entre seres humanos que se reúnem para compô-las. São três tipos de corporações: as profissionais, as assistenciais e as mercantis. Podem ser instituídas de direito público ou privado.

O estabelecimento público, de origem do direito francês, é toda pessoa de direito administrativo que se propõe a realizar um objetivo especializado. Apesar de inúmeras controvérsias, entende-se que o estabelecimento público é uma pessoa jurídica pública, detentora de patrimônio afetado a um determinado fim e gerido segundo as disposições do texto legal, não se confundindo com corporação, por faltarem membros ou associados (*personae*); nem com a fundação, visto que sua personificação não se concretiza tão somente pela existência do patrimônio endereçado a um fim; nem com empresa pública ou autarquia, porque os objetos do estabelecimento público são sempre educacionais, assistenciais ou de previdência.

Empresa pública é um conjunto unitário de pessoas e bens dirigidos à produção. A empresa pública é definida pelo Decreto-Lei 200/67, art. 5º, II, como entidade com finalidades de natureza empresarial. É entendida, pois, como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo, criada por lei para a exploração da atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (Art. 5º, II do Decreto-Lei 200, alterado pelo art. 1º do Decreto-Lei 900 e atualmente prevista no art. 37, §6º da CF/88).

As sociedades de economia mista são entidades de direito privado, não se incluem entre as pessoas públicas, já que são disciplinadas pelo direito mercantil e comercial. Por isso, em nada se confundem com as fundações instituídas pelo poder público, nem se verifica nenhuma incompatibilidade com a atividade das autarquias. São entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para exploração de atividade

econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.

Essas rápidas observações, sem aprofundamento dos conceitos, parecem importantes no sentido de possibilitar a compreensão diferenciada da fundação criada pelo poder público de outras entidades também por ele criadas. Embora a fundação criada pelo poder público de direito público seja uma espécie do gênero de autarquia, com ela não se confunde. Ademais, a fundação de direito público só nos últimos tempos recebeu, entre nós, tratamento sistemático rigoroso a ponto de situá-la, sem sombra de dúvida, no âmbito do direito administrativo. Isto porque a fundação sempre teve uma orientação de natureza privada sob a orientação do Código Civil.

O Código Civil regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às relações. Clóvis Beviláqua, ao comentar o art. 1º do Código Civil, quer assinalar que nele não existem disposições que normatizam as ações públicas. Por isso, suas disposições sobre fundações se referem ao direito privado.

O artigo 5º, §3º, do Decreto - Lei 200, de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a Organização Administrativa Federal, abre uma espécie de exceção às disposições do Código Civil no que se refere à aquisição de personalidade jurídica pelas fundações públicas, resultante da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Isto é, quando o poder público cria um ente de natureza privada, obriga-se ao registro e escrituração dos seus estatutos pelas disposições do Código Civil. Somente com o advento da lei 7.596/87, que altera dispositivos do Decreto - Lei 200/67, modificado pelo Decreto-Lei 900/69 e pelo Decreto-lei 2.299/86 é que surge a nomenclatura de fundação pública, porém, persistindo a natureza privada, sem fins lucrativos, com origem por autorização legislativa, mas em nada fugindo à orientação do Código Civil. A Constituição Federal de 1988, ao nosso entender, confirma essa disposição.

Assim, a regra geral é que as fundações de direito privado, seja quem for seu instituidor, regem-se pelo Código Civil e as fundações autárquicas pelo regime jurídico do ente criador. Para Verter Faria¹³, deve-se partir do que dispõe o artigo 24 do Código Civil, que determina as exigências da criação de uma fundação: dotação de bens, finalidade e a organização. Se esses são os elementos essenciais, não há, portanto, menção a interesse público ou coletivo que enseja essencialidade na criação de uma fundação. Os interesses podem ser meramente particulares. Assim diz o autor acima mencionado:

Desse modo, junto às fundações de interesse público pode haver fundações de interesses particulares, não públicas. Estou falando em fundações privadas, uma de interesse público e outras de interesses particulares. Encabeçada por Bevilacqua, a doutrina brasileira

¹³ FARIA, Verter. Fundação pública e fundação privada: semelhanças e distinções. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I seminário nacional de fundações de direito privado. Belo Horizonte: Fundamig, 1995. p.123.

considera pessoa jurídica do tipo fundação todo complexo de bens destinados a determinado fim.

Recentemente, compreendeu-se que a personalidade jurídica não encontra sua razão de ser, quer na existência de um agrupamento de pessoas - pense em uma associação de meia dúzia de pessoas ou mais, que criam uma associação para defesa dos interesses de um bairro, ou outra finalidade, quer na existência de um patrimônio ou de uma afetação patrimonial.

A concepção formal das fundações considera públicas as criadas por leis específicas, e, privadas, as constituídas por escritura pública ou testamento. A outra concepção, chamada de realista, faz notar que as fundações são organizações instituídas e regradas pelo instituidor para realizar o fim a que se destina a dotação de bens

Não há dúvida, até então, de que a fundação é uma pessoa jurídica. Ela nasce, no direito, como uma forma de perpetuar a pessoa física no tempo. Realmente, apesar de também as instituições e organizações terem o seu tempo e ciclos de vida¹⁴, é nelas que o homem tem o desejo de perenizar suas ações. Como se vê, o homem passa, mas suas criações jurídicas, como a fundação, a corporação, a associação, a empresa, permanecem. E as pessoas jurídicas, de acordo com os paradigmas da ciência do Direito, se classificam em pública e privada, de acordo com os interesses, como já se analisou, cuja as pessoas sintetizam as atividades que desempenham e o regime jurídico que lhes é conferido. Pierre Wigny, apud Araújo¹⁵ afirma que há, de longa data, uma discussão passional sobre o caráter real ou artificial da personalidade jurídica. Uma fundação privada ou pública, uma associação ou empresa são dotadas de personalidade também naturalmente como um indivíduo?

A personalidade é sempre uma criação da lei e, portanto, artificial. Por que, então, tamanha preocupação? É que a definição de natureza jurídica, à luz do direito positivo, traz consigo conseqüências diferentes e divergentes. Este é um problema que vem desde os tempos da Roma antiga. Uma espécie de artifício que orienta um modo de proceder em vários campos, assim como, por exemplo, o vínculo trabalhista.

A pessoa jurídica, verdadeira ficção legal, tem marco existencial contado a partir do momento em que seus atos constitutivos são assentados em registro próprio de acordo com o objetivo específico. O registro é o ato jurídico através do qual um particular, delegado de função pública, verifica a existência de certas características e manifestações destinadas a produzir efeitos jurídicos, realizados, em casos especiais, nos termos do art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil, normatizados pela Lei 8.935/94.

¹⁴ ADIZES, Ichak. Os ciclos de vida das organizações: como as empresas crescem e morrem e o que fazer a respeito. 2 ed., São Paulo: Pioneira, 1993. O autor mostra que a mudança de cultura de sociedade, apesar de lenta, também vai alterando o comportamento das organizações. Por mais sólidas que sejam, têm um ciclo de vida. Algumas, certamente, muito mais perene do que outras.

¹⁵ ARAÚJO, Admir Netto de. Pessoas jurídicas públicas, ARAÚJO, Admir Netto de. e TELLES, Antônio A Queiroz. Direito Administrativo na Década de 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 215.

Na fundação, como se viu, o que importa é um patrimônio afetado por um fim; os demais caracteres tais como o modo de sua constituição, administração e representação são fatores acidentais, dependentes das peculiaridades do sistema jurídico de cada época e lugar; da mesma forma, os critérios pelos quais se destacam, no moderno Direito, as instituições criadas pelo poder público, que, no dizer de Marcelo Caetano¹⁶, pertencem à categoria dos institutos públicos e não se confundem com as de direito privado, “*são um fenômeno acidental no desenvolvimento histórico da entidade, pois não alteram a essencialidade decorrente da personificação jurídica do patrimônio*”.

Dessas considerações infere-se que existem muitas fundações criadas por leis estaduais e municipais, especialmente aquelas que se destinam a fins educacionais, e enquadram-se nesta situação. Talvez, isso possa ser explicado mais pelo desconhecimento das normas que disciplinam a matéria do que por uma tendência teórica de constituir um ente especial. A competência de legislar sobre as fundações é da União (CF art. 22., I). Desta forma, fundações de direito privado são institutos típicos do Direito Civil, como as sociedades civis. As fundações públicas de direito público, de acordo com o Eminent jurista prof. Dr. Paulo Henrique Blasi, em manifestação durante a defesa da dissertação afirmou que as fundações públicas de direito público, *são fundações apenas de nome, pois são verdadeiras autarquias*.

Voltamos à questão inicial: pode o poder público constituir fundações de direito privado? E se pode, elas são diferentes daquelas de direito público? O fato é que no atual panorama do Direito brasileiro coexistem vários tipos de fundações: as criadas pelo poder público de direito privado, chamadas, por alguns estudiosos de governamentais; as criadas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado com natureza privada, ditas particulares, e as instituídas pelo poder público como públicas. As privadas foram instituídas sob a orientação do Código Civil e sujeitas ao controle e fiscalização do Ministério Público e as demais sujeitas ao controle dos Tribunais de Contas.

As controvérsias persistem e vinculam-se à caracterização daquelas criadas pelo poder público como pessoas jurídicas de direito público ou privado. Embora haja configuração de um patrimônio ou de interesses de utilidade pública, muitas fundações criadas pelo poder público foram enquadradas como de natureza privada. É sobre este enquadramento que reside a problemática que muitos, depois da Constituição de 1988, insistem em afirmar que “todo ente criado pelo poder público é de natureza jurídica pública”.

No entendimento de João Pedro Lama Paiva¹⁷, o que caracteriza a natureza jurídica da fundação é o seu modo constitutivo. A legislação brasileira, desde o século passado, obriga a constituição de entes jurídicos através do lançamento registral. Assim

¹⁶ CAETANO, Marcelo. Apud, COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 109.

¹⁷ PAIVA, João Pedro Lama. Breves considerações sobre as fundações de direito privado, seu “modus” constitutivo. FUNDAÇÕES. Porto Alegre: Fijo, ano I, n.1, p.30, 1995.

orienta o artigo 301 da Lei 556 de 25 de junho de 1950, no que se refere às sociedades comerciais. Mas em 1916 passaram a ser obrigatórios os registros públicos pela lei 3.071/1916. Ora, no dizer desse renomado estudioso, a fundação somente se personifica a partir do registro estatutário no serviço de registro civil de pessoas jurídicas. Há o momento da criação, mas somente passa a existir no mundo jurídico a partir da escrituração dos registros.

2.2. Fundações de Direito Privado

Werter Faria¹⁸, citando Clóvis Beviláqua, diz que não se pode confundir fundação com outro tipo de pessoas jurídico-administrativas no direito brasileiro, como anteriormente se viu. Afirma que o autor do projeto que se converteu em Código Civil não tinha a intenção de criar duas classes de pessoas jurídicas: as sociedades civis lato sensu e as associações. O que deve ser entendido é que as associações são entidades de fins não econômicos. A prevalência das características das associações reside na reunião de pessoas, enquanto que das fundações está no patrimônio. A vontade do instituidor impõe-se aos administradores, aos beneficiários, ao Ministério Público e ao juiz.

A fundação de direito privado, não importando quem seja o instituidor, tem seu nascimento com a inscrição de seu estatuto e da escritura no registro civil das pessoas jurídicas, após aprovação do Ministério Público. O caput do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 16 do Código Civil orientam para que as fundações sejam instituídas com fins de interesse coletivo e de direito privado, como se pode notar:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo como as sociedades e as fundações ...

Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado:

I- as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

Para constituir uma fundação, segundo a maioria dos doutrinadores, é necessário: um patrimônio composto de bens desembaraçados e livres; o ato constitutivo, ou a dotação, que deverá constar de escritura pública ou testamento; declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação; estatutos que atenderão as bases deixadas pelo instituidor; uma organização administrativa; o registro, com prévia aprovação dos atos de constituição pelo Ministério Público, sem os quais a fundação não adquire personalidade.

É importante notar que temos por tradição expedir uma exaustiva e complexa legislação sobre tudo, “até os mais diversos e impensáveis temas”, diz Resende. O mais notável é que quanto mais leis existem, mais passam desconhecidas pela maioria e desobedecidas por muitos.

¹⁸ FARIA, Werter. Peculiaridades das fundações privadas. FUNDAÇÕES. Porto Alegre: Fijo, ano I, n. 1, p. 37, 1995.

Sobre as fundações, quase não há legislação específica. A Constituição de 1988, em 16 artigos, expressa-se sobre as fundações públicas, às vezes contraditoriamente. Sobre instituições privadas, a regulamentação fica por conta do Código Civil, em que, por exigência do art. 24, para criar uma fundação é preciso um instituidor que, por escritura ou testamento, faça dotação especial de bens livres, especificando a finalidade a que se destinam e declarando, se quiser, a maneira de administrá-los.

O artigo 25 do Código Civil orienta que quando os bens são insuficientes para constituir a fundação, estes serão convertidos em títulos da dívida pública se outra coisa não dispuser o instituidor, até que sejam bastantes para atender ao fim proposto. Já o artigo 26 do CC diz que cabe ao Ministério Público velar pelas fundações, onde estiverem situadas, com exceção das fundações consideradas entidades fechadas de previdência privada que, neste caso, de acordo com a Lei 6.435 de 15.7.77, artigo 86, seu controle e fiscalização competem exclusivamente ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

O art.27 do Código Civil obriga a elaboração do estatuto com a aprovação do órgão competente. Para alteração dos estatutos a regra é determinada pelo artigo 28 do Código Civil e estabelece a necessidade da participação da maioria absoluta dos competentes para as deliberações; que não contrarie os fins e que seja aprovada pela autoridade competente.

O art. 29 do Código Civil dá à minoria vencida na modificação do estatuto o direito de recurso para nulidade, salvo direito de terceiros. Todavia, o art. 30 estabelece que, quando se verificar “ *ser nociva, ou impossível a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado a outras*” com fins semelhantes. Esta verificação poderá ser feita pelo Ministério Público ou pela minoria de que trata o artigo 19 do Código Civil.

Para terceiros, o fato de nascer a personalidade jurídica é da máxima importância: se a fundação consta do registro, existe como pessoa jurídica. Se dele não consta, então não existe (Art. 20,§2º., do CC). A fundação perde a personalidade jurídica se não atingir o objetivo para o qual foi constituída. Se a fundação perde a personalidade jurídica, tem-se a perguntar se a causa foi a finalidade ou se atingiu apenas o registro. Neste caso, pode pensar-se em novo registro. Se não atingidas as finalidades da fundação, as consequências são diferentes: o que resta do patrimônio, depois de pagas as dívidas, não se submete à regra jurídica do art. 30 do Código Civil, apenas devolve-se ao fundador ou aos terceiros que fizeram doações à fundação.

Gasparini¹⁹ entende que as fundações de direito privado não observam, nem devem, a mesma simetria das orientações da instituição e extinção das fundações públicas. Com efeito, sua criação obedece aos dispositivos básicos do Código Civil. Mesmo as instituições criadas pelo poder público de direito privado, uma vez existindo a lei

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p.280.

autorizadora, segundo o autor citado, devem obediência ao Código Civil e por ela devem se orientar.

Os atos constitutivos de uma fundação de direito privado, que significam a inequívoca manifestação escrita da vontade (escritura de instituição ou testamento), acompanhados do estatuto, serão inscritos, após a aprovação do Ministério Público, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (ou registro civil de títulos e documentos, em comarcas e cidades menores). A inscrição, portanto, personifica a fundação. O Código Civil Suíço, art. 31, segundo Paiva²⁰, traz na primeira alínea, a regra sobre o pressuposto formal (escritura pública ou testamento) e, na Segunda, a forma ou regra sobre o registro (inscrição). Isso não ocorre no Código Civil brasileiro, porque na Seção III, em que se fala das fundações de direito privado, nenhuma palavra há sobre inscrição, matéria do artigo 18, incluído na Seção I (Disposições Gerais) e referente a sociedades, associações e fundações. Essa matéria vem regulamentada pela Lei, 6.015/73 que trata do registro e escrituração das pessoas jurídicas e das sociedades.

Portanto, existe o direito e o dever de registro. Aqueles a quem o instituidor cometeu a aplicação do patrimônio têm direito e dever de inscrição e, de igual maneira, a pessoa que teve tal incumbência. Tem direito de inscrição, também, qualquer interessado, inclusive o Ministério Público, este porque tem o dever de velar pela fundação e promover-lhe a feitura dos estatutos, assim como tem o dever de promover a inscrição.

Não podem ser inscritas as fundações que sejam nocivas ao bem público. A Lei 6.015/73, em seu artigo 115, diz que não podem ser inscritas as fundações que sejam nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividades, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

A criação de uma fundação de direito privado pode se dar entre vivos ou por testamento, como já se comentou. No caso da instituição entre vivos, se perfaz através da declaração unilateral escrita (por instrumento público), não receptícia, que se aperfeiçoa com a assinatura do instituidor e das testemunhas, além das demais formalidades próprias das escrituras públicas.

De acordo com a legislação brasileira, somente o sujeito plenamente capaz pode instituir fundação por escritura pública. Todavia, feita a escritura e assinada, a morte ou incapacidade do instituidor nenhuma consequência tem, ainda que não se haja inscrito. O Registro pode ser feito pelo herdeiro ou por alguma das pessoas encarregadas de aplicar o patrimônio, ou qualquer dos destinatários, ou interessados, ou pelo Ministério Público, posto que o art. 121 da Lei 6.015/73 fala de "*representante*".

Pontes de Miranda defende a idéia de que o negócio jurídico fundacional pode estar contido em negócio jurídico bilateral, isto é, por contrato, não perdendo, a fundação, natureza jurídica unilateral. Se duas ou mais pessoas criam uma fundação por instrumento contratual, não há bilateralidade das declarações de vontade. O que ocorre, nesse caso,

²⁰ PAIVA, João Pedro Lamana. Op. cit., p. 32.

são declarações unilaterais de vontades convergentes, dando ensejo a um ato jurídico criativo.

Ainda, no que se refere às fundações privadas, Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro²¹, reportando-se a Clóvis Beviláqua, comentam que antes de criar uma fundação é importante saber quem pode criar. Além daquilo que já se mencionou, frise-se que ela pode “*ser criada pelo Estado, uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica privada*”. Mas, evidentemente, para criação de uma pessoa jurídica dessa natureza, fazem-se necessários alguns requisitos: a) patrimônio composto de bens livres no momento da constituição; b) o ato constitutivo ou a dotação que deverá constar de escritura pública ou testamento; c) a declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação; d) estatutos, que atenderão às bases deixadas pelo instituidor; e) organização administrativa.

De acordo com Maria Cecília Medeiros de Farias Kother²², não é costume, no Brasil, a criação de fundações por testamento. Em pesquisa realizada pela autora, 45% das fundações foram criadas por pessoas físicas, 12% por vontade expressa em testamento e as demais, instituídas por pessoas jurídicas.

É importante notar que, mesmo sendo constituída pelo Estado, não se dispensa os requisitos acima e a fundação se constitui ente jurídico autônomo, independente do instituidor.

O Direito brasileiro não admite revogação da declaração de vontade criativa da fundação, quer pelo instituidor, quer pelos herdeiros. Em caso de criação por testamento, trata-se de declaração testamentária e, portanto, revogável pelo testador nos termos dos artigos 1.746 a 1.752 do Código de Processo Civil.

Quando o negócio jurídico fundacional se faz por testamento, trata-se de disposição causa mortis, portanto, também unilateral, não receptícia, formal, de pessoa jurídica. O testador há que ser capaz (arts. 1627 e 1628 do Código de Processo Civil Brasileiro), não podendo intervir o titular do pátrio poder, tutela ou curatela. Caso a dotação seja feita acima da quota disponível, pode ser reduzida. Cabem, neste caso, as mesmas ações de nulidade ou de anulação, por incapacidade, ou a respeito das outras disposições de última vontade.

A fundação em testamento é negócio jurídico, revogável com o testamento ou por testamento posterior que só revogue a fundação, quer se trate de instituição de herdeiro ou de herdeiro fideicomissário, quer de legado, quer de “modus” ou encargo. Se encargo, discute-se

²¹ SENNA, Homero e MONTEIRO, Clóvis Zobaran. Fundações no direito na administração. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970. p. 105.

²² KOTHER, Maria Cecília de Farias. Aspectos da estrutura e do funcionamento das fundações privadas no Brasil. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão- Fijo, 1997, p. 11.

*quem é o fundador: o testador ou o obrigado - Lehrbuch Ennecerus-entende seja o obrigado*²³.

A elaboração dos estatutos obedece aos artigos 27 do Código Civil e 1.200, 1.201 do Código de Processo Civil. A aprovação dos estatutos é elemento essencial à fundação: não basta a personificação. Pontes de Miranda²⁴ assim se posiciona a respeito:

a) A personificação só se adquire com o registro, e para a inscrição são precisos dois exemplares dos estatutos publicados (lei 6.015/73, art. 121); entende-se que os estatutos serão aprovados, pois que a aprovação é constitutiva integrativa. Se o oficial registra a fundação sem mencionar ou mencionando falsamente a aprovação, e essa não se deu ou foi negada e ainda pendia de reexame que lhe foi desfavorável, a terceira de boa fé não pode sofrer prejuízo.

b) se houver alteração dos estatutos e consta do registro, o terceiro de boa-fé que desconhecia, sem negligência da sua parte, a falta de aprovação, é protegido pelo registro; se a conhecia, não, da mesma maneira se a desconhecia por negligência. O ônus da prova do conhecimento pelo terceiro, quanto à falta de aprovação, se houve registro, é da fundação ou dos legitimados à inscrição: o ônus da prova do desconhecimento, sem negligência, a despeito do recurso contra o registro incumbe ao terceiro.

Portanto, é pressuposto de registro a aprovação dos estatutos. Estes podem ser alterados: antes da aprovação; depois da aprovação e antes da inscrição; depois da inscrição. Nesta última hipótese, deve-se fazê-lo, com justificativa, pelo órgão competente nos termos do artigos 27 a 29 do Código Civil e do Art. 1201, § 1º, do Código de Processo Civil, e suas alterações devem ser averbadas nas respectivas inscrições, atendidas as exigências legais em vigor.

A fundação, como nasce, também pode ser extinta. Alguns doutrinadores entendem que as fundações podem ser perpétuas ou por tempo determinado. Extinguem-se: com o implemento da condição resilitiva ou com o advento do termo; pela decretação de ilicitude; pela impossibilidade de manutenção; pela impossibilidade ou por haverem desaparecido os destinatários, ou por se ter tornado inexecutível a finalidade da instituição ou, finalmente, por acordo, se o previu o fundador.

Conforme o art. 1.204 do Código de Processo Civil, tornando-se ilícito o objeto da fundação, ou impossível a sua manifestação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público ou qualquer interessado lhe promoverá a extinção.

O art. 30 do Código Civil entende que, havendo omissão dos estatutos, verificado ser impossível a manutenção de uma fundação, o patrimônio será incorporado em outras fundações congêneres. Isto é, idêntico destino terá o patrimônio. Caso não haja outra

²³ PAIVA, João Pedro Lamana. Op. cit., p. 33.

²⁴ Idem ibidem.

fundação, segue-se a regra do art. 22 do Código Civil. A personalidade jurídica da fundação somente se extingue com a averbação. Enquanto ela não ocorrer não há extinção. Portanto, o único modo de extinguir uma fundação é através de uma ação judicial.

Quando proposta pelo próprio Ministério Público, nomear-se-á curador, in litem, para representá-lo em juízo. Se ao invés, a proposição para extingui-la for feita por qualquer outro interessado, deverá ser citado, para participar da ação, o representante do Ministério Público, juntamente com os administradores da fundação. Caberá ao juiz examinar as razões do pedido, julgando-o procedente ou não. A sentença que declara extinta a fundação, determinando o destino dos seus bens, deverá ser registrada, tal como foi o ato instituidor, no serviço de registro civil das pessoas jurídicas.

Convém lembrar que é importante distinguir associações de fundações privadas. As primeiras são formadas pela predominância do elemento pessoal; nas fundações, o que prevalece é o elemento patrimonial. Enquanto na organização de uma associação temos em vista um grupo de pessoas que se reúnem, que se agrupam visando determinado fim, nas fundações temos em vista um patrimônio que se constitui com vistas a uma finalidade específica. Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro²⁵ concluem dizendo que assim, perante o direito brasileiro, a *“idéia de fundação vazia, sem patrimônio, é inadmissível, princípio que convém desde logo fixar, pois para o mesmo nem sempre atentam as pessoas que imaginam criar entidades dessa natureza”*.

Para o autor, as fundações podem ser constituídas de modo perpétuo ou temporário, isto é, em seus estatutos deve-se constar o tempo de duração. A maioria delas obedece à regra histórica da ânsia de seus fundadores: perpetuar-se ao longo dos séculos. Disso decorre que as inúmeras fundações instituídas através dos séculos foram criadas por tempo indeterminado, mas muitas esquecidas. Vale lembrar aqui o que diz Marcelo Caetano²⁶, ilustre tratadista português, sobre este assunto:

“O minguar dos patrimônios, a transformação dos valores, a alteração das necessidades ou dos meios de lhes dar satisfação, a mudança de concepções políticas e sociais, a luta contra os bens de mão morta e a negligência dos homens, torna temporário o que audaciosamente se quis eterno. A perpetuidade é, pois, relativa”.

Mas, além dos motivos altruístas da vaidade típica dos mecenas, desejosos de serem eternos, existem outros propósitos, atualmente, muito comuns que, também, são a mola propulsora da criação de fundações: o *marketing institucional*. Grandes empresas, através de sua fundação, fazem boas ações à sociedade. Como exemplos dessa motivação encontra-se: Fundação Coca-Cola, Fundação Roberto Marinho, Fundação Boticário, Fundação Atilio Fontana, Fundação Saul Brandalise etc.

²⁵ SENNA, Clóvis e MONTEIRO, Homero Zobaran. Op. cit., p. 101.

²⁶ CAETANO, Marcelo. Apud SENNA, Clóvis e MONTEIRO, Homero Zobaran. Idem, p.110.

Também incentivos fiscais por parte do Estado e imunidades tributárias são fontes de motivação para criação de fundações nos tempos atuais, como prevê o art. 150 da constituição Federal. Alguns outros motivos podem ser destacados dentre aqueles que são levados a constituir uma fundação ao invés de uma associação: a disposição do patrimônio para fins especificamente filantrópicos e de benemerência social; a forma de constituição e a dificuldade de mudança estatutária exigida; controle pelo Ministério Público.

Os estudiosos das fundações, atualmente, os administrativistas e nossas reflexões levam à conclusão, até aqui, que o principal motivo para um ato criativo de fundação afeta a todos nós: é a necessidade de exercitarmos a cidadania plena, deixando de lado o atávico conceito de que ser cidadão é simplesmente votar e ser votado ou assumir responsabilidades civis. É preciso revogar a consciência da servidão, a razão ornamental, o jeitinho brasileiro, a lei de Gerson, o conceito de messias e de pais da pátria ou de que o governo é responsável por tudo e que solucionará nossos infortúnios e infelicidades. A fundação é uma medida inteligente porque não visa lucros, não reparte dividendos, aplica integralmente aos mesmos fins o superávit financeiro de cada ano. Portanto, é uma instituição, seja qual foi a motivação instituidora, de serviço social.

Quando a lei fala em dotação de bens livres, há entendimentos jurisprudenciais já firmados, que não se referem somente a bens corpóreos móveis ou imóveis, em sentido estrito, mas a todos os valores patrimoniais, inclusive direitos. Impõe-se, pelo exposto, duas conclusões: os bens das fundações são destinados a fins preestabelecidos pelos seus instituidores; nas fundações é a vontade dos instituidores que impera, não a dos dirigentes, nem a dos beneficiários. Disto se infere que os seus bens, como são afetados para um destino certo, são inalienáveis, isto é, de acordo com o artigo 69 do Código Civil, "*são coisas fora do comércio*". Porém, esta inalienabilidade é relativa, vez que comporta a substituição de bens e negócios com a finalidade de melhorar a dotação para atingimento dos fins. Contudo, sempre com a aprovação de órgão competente e supervisão do Ministério Público.

Entretanto, é preciso atentar para o verdadeiro conceito de inalienabilidade para não engessar a administração da fundação e, face às sucessivas mudanças, torná-la ultrapassada ou inadequada, não podendo atingir os seus fins. Existem bens que não são perenes e devem ser substituídos, modificados e alterados e até alienados. Essas coisas não devem ser consideradas como coisas certas, individualizadas ou permanentes na sua materialidade, mas consideradas em relação ao seu fim. Podem variar os bens, mas há de permanecer o valor patrimonial. Este é o sentido da inalienabilidade relativa. Como exemplo de inalienabilidade relativa veja-se o que diz o Código Civil no artigo 293: *os imóveis dotais não podem, sob pena de nulidade, ser onerados, nem alienados, salvo em hasta pública, e por autorização do juiz competente, nos seguintes casos: Parágrafo único - nos três casos, o preço será aplicado em outros bens, nos quais ficará subrogado*".

Outro exemplo é o que consta do artigo 72 do mesmo Código citado: "*o prédio não poderá ter outro destino ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e*

dos seus representantes legais". Portanto, três exceções rompem a inalienabilidade imposta pelo testador ou doador, no caso da constituição de uma fundação: a) a desapropriação em caso de necessidade de utilidade pública; b) a execução por dívida proveniente de impostos e c) a sub-rogação autorizada pelo juiz, exceção esta que atende à conveniência daquele que possui o bem clausulado.

Como ensina Tomaz de Aquino Resende, em obra anteriormente citada, a inalienabilidade decorrente de bens a um destino certo, como é o caso das fundações, tenha ou não o doador ou instituidor imposto a vedação alienatória, também não exclui a possibilidade de vendas e a aplicação do preço a outros bens, que igualmente são destinados ao mesmo fim. Então, como se vê, a regra da inalienabilidade comporta exceções. Mas continua valendo jurisprudência já firmada no Supremo Tribunal Federal, Acórdão proferido em 1.953 pelo Ministro Ribeiro da Costa:

*Os bens das fundações são normalmente inalienáveis, porque representam a concretização dos fins preestabelecidos pelos respectivos instituidores, não tendo os seus administradores qualidade para alterar o imperativo da vontade daqueles.*²⁷

Ou como afirma, ainda, a terceira Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo:

*Os bens que constituem o patrimônio de uma fundação são inalienáveis; e o são porque as pessoas que os administram não são seus proprietários e, ainda, porque a fundação é patrimônio personificado pela finalidade a que é destinado.*²⁸

Entretanto, em situações excepcionais e com a devida justificativa da necessidade da alienação, pode ser instaurado procedimento de jurisdição voluntária, com atuação do Ministério Público, para a obtenção de autorização judicial de venda, sob pena de nulidade. Assim, como se pode ver, o fenômeno da indisponibilidade dos bens é um fato inerente às características jurídicas da fundação, porque o seu patrimônio é personalizado.

Observe-se também que, apesar das fundações serem entidades sem fins lucrativos, não estão impedidas de auferirem lucros, decorrentes de suas atividades, em cada final de exercício. O que existe é que os lucros, necessariamente, devem ser revertidos integralmente aos objetivos da fundação, passando a integrar o seu patrimônio.

Quanto ao fim a que se destina a fundação, deve ser especificado pelo instituidor e descrito nos seus estatutos, podendo ser de qualquer espécie, desde que seja lícito e de interesse coletivo. No direito positivo brasileiro, os fins devem sempre visar o interesse coletivo e determinam a renúncia do instituidor à procura de lucros mediante a utilização desses bens.

²⁷ RT 252/661.

²⁸ Ap. Civ. N. 413 - 3ª. Câmara, RT 116/615. Apud RESENDE, Tomáz de Aquino. Op. cit., p.37.

O Estatuto é a lei orgânica da fundação e o regulamento maior do seu corpo coletivo. É o conjunto de regras que orientam a vida de uma instituição. Mesmo nas instituições criadas ou autorizadas pelo poder público, a lei não determina regras especiais mas a forma como eles devem ser elaborados, aprovados ou modificados. As regras do art. 19 do Código Civil e do artigo 12 da Lei de Registros Públicos não pode deixar de constar nos dispositivos estatutários da fundação. Um estatuto mínimo deve conter : denominação; natureza; sede; fins; duração; patrimônio e receitas; administração, disposições gerais e transitórias.

Anteriormente, já mencionamos a possibilidade de alteração estatutária, de modificações e transformações. Contudo, convém ressaltar que essas modificações podem se referir ao regime jurídico, à organização, à autonomia e ao próprio fim da fundação. Historicamente, no Estado de Santa Catarina, o exemplo bem patente de mudança de regime é o das fundações criadas pelos municípios catarinenses para manutenção do ensino superior. Todas elas, inicialmente, foram criadas como entes públicos. Posteriormente, várias delas mudaram seu regime para fundações privadas e, recentemente, a Fundação Regional de Blumenau alterou seu regime, novamente para público.

A alteração quanto aos fins não poderá atingir o objetivo principal da fundação. Poderá ampliar suas finalidades, como ocorreu, por exemplo, com a Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina, com sede em Joaçaba, que, com objetivos de manutenção do ensino, da pesquisa, da extensão e de atividades culturais, ampliou seus fins também para atividades de radiodifusão.

A administração das fundações, segundo recomendação da doutrina e sobretudo da farta jurisprudência, deve ser composta por gente honesta, interessada em trabalho gratuito, com credibilidade comunitária e que exerçam suas atividades com criatividade. A legislação não faz exigência sobre o número de pessoas e quantos e que tipo de órgãos deve criar uma fundação para ser gerenciada com sucesso.

Aliás, em quase todas as organizações, sobretudo aquelas de benemerência, a estrutura administrativa, embora importante tem menor significância do que o desempenho das pessoas. Nossa experiência e estudos sobre a estrutura administrativa de uma fundação indica que é necessário definir:

- a) primeiramente o órgão administrativo, que tem à frente um administrador que pratica os atos definidos no estatuto e gerencia a fundação;
- b) um órgão deliberativo, que normalmente é denominado de Conselho Curador, sendo este o órgão soberano da Instituição, comparável às assembléias gerais das associações, a ele competindo zelar pelo patrimônio e garantir a observação das finalidades estatutárias, além de eleger os integrantes dos demais órgãos e determinar as regras básicas para a fundação, decidir sobre os fatos importantes da vida, aprovar modificações estatutárias etc.;

- c) órgão de gestão ou executivo, geralmente chamado de Conselho Diretor ou Conselho de Administração, encarregado de prover recursos financeiros, físicos e de pessoal em função dos fins da entidade, representando a fundação, supervisionando, elaborando regimentos, dirigindo, enfim, a fundação;
- d) órgão de controle interno, ou Conselho Fiscal, encarregado da vigilância do patrimônio, da escrituração, da movimentação financeira, da observância estatutária e das leis pelos demais órgãos e pelos funcionários.

São muitas as fundações que nas funções do Conselho Curador acima mencionadas criam, aos moldes da associação, uma Assembléia Geral, deixando o Conselho Curador na função de Conselho Fiscal. Os estudiosos de fundações recomendam que o número de membros dos órgãos de administração não seja numeroso. Fazem, ainda, as recomendações de que para o órgão deliberativo sua composição, quando o instituidor é pessoa física, seja composto por pessoas relacionadas com a área de atuação da fundação e quando por pessoa jurídica, por membros desta pessoa.

Tomáz de Aquino Resende, já citado, aconselha que o estatuto mencione o número de reuniões ordinárias anuais, que a composição dos órgãos seja ímpar e que as pessoas que compõem o Conselho Fiscal não tenham vínculos afetivos nem funcionais com a instituição ou instituidor, bem como tenham seus suplentes para cada membro.

Os componentes da administração da fundação, de todos os seus órgãos, sempre exercem atividades voluntárias, não podendo ser remunerados. A não remuneração, todavia, é exigência da legislação para registro da fundação como entidade filantrópica ou declarada de utilidade pública. Este é mais um dos casuísmos do nosso estranho mundo jurídico. Em tudo, no mundo atual, se exige profissionalização. É difícil encontrar pessoas totalmente dedicadas a uma causa sem a remuneração devida. Assim, como consequência, surgem as formas irregulares, muitas vezes ilícitas, de as pessoas obterem ressarcimento financeiro do tempo dedicado ao trabalho que desenvolvem.

Ademais, por força do artigo 19, IV do Código Civil e do artigo 120, IV da Lei 6.015/73, deve-se declarar no estatuto se os membros da fundação respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais da entidade, isto é, se os bens pessoais respondem ou não pelos atos que praticarem seus dirigentes em nome da pessoa jurídica que comandam. Mesmo que os estatutos rezem a não responsabilidade, esta é limitada vez que a legislação tributária obriga esta responsabilidade, como está bastante firmado pelo jurisprudência. Nesses aspectos, o Código Tributário Nacional, prescreve:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes e por obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos:

.....

III- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Podem ainda os administradores das fundações ser responsabilizados criminalmente pelos atos ilícitos que praticarem no exercício da gestão, conforme determinam os artigos 168, 298 e 299 do Código Penal e a lei 8.429 de 2 de junho de 1992. Contudo, no que se refere à lei citada, somente se aplica à fundação privada criada pelo poder público e que receba subvenção para consecução de seus fins.

Legalmente, porém, o administrador somente responde pessoalmente quando age por dolo ou culpa. Não poderá ser responsabilizado, mesmo que ocorram danos a terceiros, quando sua atitude foi efetivada com diligência e boa-fé ou quando agiu em estado de necessidade, legítima defesa, ou no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, conforme dispõem os artigos 65 do Código Penal e 1.525 do Código Civil.

Além da responsabilidade objetiva dos administradores da fundação, há a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica prestadora de serviço público, independente de culpa, havendo prova de nexa causal entre a ação e o resultado danoso, ocorre a responsabilidade objetiva e o enquadramento no que dispõe o artigo 37, XXI, §6º da Constituição Federal, in verbis:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A jurisprudência sobre o assunto também indica esse caminho, como se vê na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1995:

Responsabilidade civil: Pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - CF, art. 37, XXI, §6º. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexa causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. No caso, não se comprovou culpa da vítima, certo que a ação foi julgada improcedente sob o fundamento de não ter sido comprovada culpa do preposto da sociedade de economia mista prestadora de serviço. Ofensa ao art. 37, §6º., da CF.

Quanto à extinção, como já comentamos, assim como o nascimento e morte de uma pessoa natural, somente se comprova através de registro públicos. Na mesma forma

da criação, procede-se à extinção da fundação de natureza privada. A lei determina os casos de extinção (art. 1.204 do CPC), mas há casos em que a fundação pode ser extinta sem observar os preceitos legais. J.M. Carvalho Santos, cita dois casos que explicam esta posição²⁹: no primeiro, quando o seu fim cessou de ser realizável; no segundo, ação judicial promovida pelos herdeiros ou credores do instituidor, com fundamento na nulidade do ato que a instituiu.

Estudos mostram que qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público pode promover a extinção da fundação. Contudo, ao analisar a jurisprudência e a doutrina, infere-se que devem existir motivos suficientes para tal ato. Porém, a regra é que: a) qualquer dos órgãos da administração ou de pessoas envolvidas com a fundação podem provocar a extinção da fundação, sendo que o Ministério Público deve fazê-lo, pela sua função precípua de proteção das fundações; b) a extinção deve ser judicialmente declarada; c) a sentença deverá dizer sobre o destino do patrimônio e, d) a extinção averbada no registro público.

As fundações obrigam-se à prestação anual de contas. Inicialmente aos seus órgãos internos através de relatórios contábeis e de atividades e, posteriormente, no caso das instituições filantrópicas, ao Ministério da Justiça, com objetivo de manutenção ou renovação do Registro de utilidade pública, ao Instituto Nacional de Serviço Social e ao Conselho Nacional de Assistência Social com objetivo de demonstração da aplicação dos recursos de filantropia. Esta prestação de contas deverá ser apresentada, observando as exigências do Ministério da Previdência, sempre até o dia 30 de abril de cada ano, com relatório contábil do exercício do ano anterior, publicado em jornal de grande circulação regional, estadual ou nacional.

Em alguns Estados brasileiros há a exigência da prestação de contas ao órgão do Ministério Público. É o caso dos Estados de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais. Este possui uma Promotoria especializada em Fundações, em Belo Horizonte, e que através de resolução própria, estabeleceu normas de procedimento para as fundações daquele Estado. Entretanto, como tem observado alguns painelistas no Primeiro Seminário Nacional sobre Fundações de Direito Privado realizado em Belo Horizonte, de 8 a 10 de novembro de 1995, na grande maioria dos Estados, não há um cuidado mais ordenado por parte do Ministério Público sobre as fundações.

De acordo com o art. 26 do Código Civil, cabe ao Ministério Público ser o curador das fundações, velando por elas onde estão situadas. Alguns estudiosos chegam a questionar a validade e a utilidade de tal norma, até porque, com raras exceções, os Promotores de Justiça pouco ou nada entendem sobre o instituto jurídico da fundação. Nosso entendimento é que o velamento seria suficientemente cabal quando feito pelo Conselho Fiscal ou Curador de cada instituição.

²⁹ SANTOS, J. M. Carvalho. Código brasileiro interpretado, p.420. Apud RESENDE, Tomáz de Aquino. Op. cit., p. 57.

Entretanto, há um bom número de estudiosos que atribuem ao velamento pelo Ministério Público a garantia do cumprimento dos fins a que a fundação foi criada, já que o patrimônio que compõe a fundação pertence à sociedade ou a uma parcela determinada desta, portanto, a um fim social, sem dono e prestando serviço público ou de interesse coletivo. Assim, é importante e obrigatória a participação do Estado, pelo Ministério Público, o acompanhamento e o cuidado para que as fundações não desvirtuem seus fins ou sejam administradas de modo ilegal ou contrário a seus objetivos. Para J.M. Santos, citado por Resende, já mencionado neste trabalho, é fácil justificar a participação do Ministério Público no velamento e inspeção das fundações privadas, porque a fundação é na essência *“uma doação feita ao povo, ou a uma parte mais ou menos determinada dele. É justo, pois, que o Estado, em nome desse populus, exerça a devida fiscalização...”*

Independentemente das atribuições legais, entende-se que o Ministério Público deve se aparelhar melhor e se inteirar mais sobre o tema, para que efetivamente possa ser um instrumento eficaz de vigilância sobre as fundações privadas.

Enfim, pode-se afirmar que, em função da realidade social brasileira, e não pela legislação, a dinâmica das ações das fundações tem mudado muito. A maioria delas atua na área educacional ou de saúde, o que, de acordo com Maria Cecília de Farias Kother³⁰, estaria refletindo o trabalho social dessas instituições e o afastamento do poder público ou de órgãos oficiais de atividades essenciais.

2.3. As fundações autárquicas

Entendemos que a fundação criada pelo poder público, quando instituída de direito público é autárquica. Quanto à instituição pública de direito público, é espécie do gênero de autarquia, mas com ela não se confunde, porque a fundação se constitui, sempre, de um patrimônio personalizado e destinado a fins específicos. A autarquia, entretanto, não nasce de um patrimônio personalizado, mas de fim próprio e seu patrimônio vai se constituindo a partir de sua atuação. Neste trabalho, consideraremos fundação pública de direito público, como fundação autárquica.

Vários são os estudiosos que consideram que as fundações, mesmo públicas, nasceram sob a inspiração do direito privado. Realmente, se observarmos atentamente a legislação brasileira, vamos encontrar equiparação da fundação pública de direito privado com a empresa pública. Por que haveria o poder público de criar as fundações públicas se tem a disposição outra figura que é a da autarquia (pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa), com finalidade de executar serviços próprios da administração pública?

³⁰ KOTHER, Maria Cecília de Farias. Op. cit., p. 22.

Esta questão tem sido o principal motivo de que, vários estudiosos, como Hely Lopes Meirelles, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e outros a despeito da existência de fundações de direito público, afirmam que somente pode existir fundação de direito privado, porque este é o espírito da lei, isto é, criadas de acordo com as regras do Código Civil Brasileiro. De acordo com esses autores, o Estado não pode criar fundações autárquicas. Para outros, como Cretella Júnior, Miguel Reale, Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello e outros, as fundações públicas tanto podem ser de direito privado como autárquicas.

Análise mais pormenorizada da legislação brasileira encontra uma resposta evidente: O Estado pode criar e instituir fundações dando-lhes a personalidade jurídica que lhe convier. Porém, sempre serão instituições públicas. Esta liberdade já não se pode dar ao particular. Se da vontade do Estado podem nascer pessoas jurídicas de direito público, como de direito privado, então público é aquilo que corresponde ao regime de direito público.

O Decreto - Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que se constituiu em autêntica consolidação do direito administrativo brasileiro, é a lei fundamental em matéria de administração pública, equiparou as fundações às empresas públicas (art. 4º, §2º e 5º, II), portanto, de direito privado. Até esta época, como já de viu, algumas fundações foram criadas como espécie de autarquia, é o caso da Fundação Serviço Social Rural, em 1955, e a Fundação Leão XIII, em 1947, estas de direito privado. Mas ao mesmo tempo, em 1969, foram criadas a Fundação Universidade Federal de Ouro Preto e a Fundação SESP, como entidades de direito público.

Em 1969, o Decreto-lei 900, de 29 de setembro, altera alguns dispositivos do Decreto - Lei 200, mantém o que dispôs o artigo 4º. e acrescenta orientações com requisitos mínimos para constituição de fundações (art. 2º.), mas sempre de natureza privada.

A equiparação da fundação à empresa pública, permite inferir que o legislador, ao determiná-la, considerou aquela como de direito privado, pois, em caso contrário, a teria comparado à autarquia. Entretanto, como diz Luiz Fernando Coelho³¹, na equiparação justificou fundação pública, *"que não é o mesmo que fundação de direito público"*. Concordamos com o autor que a fundação criada pelo poder público, seja autárquica ou de direito privado será sempre pública.

Convém ressaltar, também, que o artigo 2º. do Decreto - Lei 900 emprega o termo *"poder público"* no caput, ao invés de *"União"* ou *"Governo Federal"*, como habitualmente se usou na legislação, o que dá margem ao intérprete para estender a proibição aos Estados e aos Municípios, embora o texto se refira à administração federal.

Entre os Decretos - Leis 200 e 900, houve a Lei 5.540/68, que deu a possibilidade aos Estados e Municípios para criar fundações públicas de direito privado para

³¹ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 32.

manutenção do ensino superior. Em relação à manutenção do ensino, também a Lei 4.024/61 permitia que ele, em todos os seus níveis, fosse mantido por fundações cujas dotações e patrimônio fossem provenientes do poder público. A lei ainda possibilitava que as universidades se constituíssem sob forma de associação, autarquia ou fundação, porém sempre sob as orientações do Direito Civil. Porém, de acordo com o que reza o artigo 22, XXVII da Constituição da República Federativa do Brasil, compete União legislar sobre o que aqui é tratado.

A legislação sobre o tema sempre foi incongruente; por isso possibilitou a proliferação de inúmeras fundações, sobretudo com finalidade educacional, sem os mínimos requisitos necessários. Surge, então, a esdrúxula figura da “*entidade mantenedora*”, com personalidade jurídica que faz uma espécie de ligação entre o poder público e o ente acadêmico. É mais uma forma legislativa do jeito brasileiro de ordenar as coisas. Distingue-se, então, ente mantenedor, com personalidade jurídica, e ente acadêmico, mantido, para fins apenas educacionais, mas sem personalidade jurídica. Pipocam, em diversos Estados, inúmeras fundações criadas pelo poder público, mas de natureza privada, sobretudo municipais e estaduais. Em Santa Catarina, entre 1964 e 1976, são criadas as fundações municipais de ensino superior. No Paraná as Universidades Estaduais e outras fundações. Dada a proliferação de fundações, o Decreto-Lei 779 de 21 de agosto de 1969, dá privilégios econômicos a essas instituições que não têm fins lucrativos.

Mais recentemente, em 1986, o Decreto - Lei 2.299, que altera o Decreto-lei 200/67 e 900/69, inclui as fundações criadas por lei, na administração indireta e, finalmente, em 1987, a lei 7.596/87 altera os Decretos-lei 200/67 , 900/69 , bem como o Decreto - Lei 2.299/86 e admite as “*fundações públicas*”, mas entendidas como dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

Em 1988, surge a nova Carta Magna legitimando, em 16 artigos, a *fundação pública* que, ao nosso modo de interpretar, não proíbe o poder público de criar fundações de autárquicas ou de direito privado. Este assunto será objeto de análise no capítulo seguinte.

Esta posição é corroborada pelo art. 37, §6º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Aliás, é justamente a Carta Magna de 1988 quem confirma a possibilidade de criação da fundação pública de direito público. Assim reza o artigo 22, XXVII da Constituição: “*Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.* Pelo que se depreende do artigo 22 da CF, são as instituições constituídas e mantidas pelo poder público.

A partir do raciocínio *a contrário*, pode-se concluir que o poder público pode constituir fundações e não mantê-las. Mas o que significa mantida? Manter, *de manutere*, tem o significado de prover do necessário para sua subsistência, conservar, sustentar. Na

significação jurídica, De Plácido e Silva³² registra que aquilo que é mantido é sustentado por outro, isto é, vive às custas daquele. Então, na linguagem jurídica diríamos que a fundação que pertence ao Estado é mantida dele, se conserva e se sustenta dele. Não sendo assim, não pode ser considerada fundação pública. Portanto, para manter não significa apenas nomear seus dirigentes, mas dar-lhe os recursos financeiros suficientes ao cumprimento de seus fins.

É o Artigo 242, caput, das Disposições Gerais da Constituição da República Federativa do Brasil, que inclui, de modo significativo, uma exceção quando afirma:

Art. 242. O princípio do art. 206,IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

Ora, o que se observa é que este artigo entende que o ente oficial pode ser mantido no todo ou em parte, ou não mantido pelo poder que o criou. Este dispositivo constitucional está se referindo ao princípio do ensino gratuito em todos os estabelecimentos de educação criados pelo poder público e refere-se, especialmente ao ensino superior mantido pelas fundações municipais em Santa Catarina. Ora, novamente fica evidenciado que uma fundação pública não é, necessariamente, uma fundação autárquica.

Constata-se que o constituinte entendeu que “ser mantida” significa receber recursos financeiros. Por outro lado, abre a possibilidade da continuidade das instituições serem ou não mantidas pelo poder oficial que criou. Nesta interpretação do art. 242, infere-se que tanto as instituições autárquicas como de direito privado, quando instituídas pelo poder público, são públicas.

Mas, é o artigo 37, XIX da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece a forma de criação de fundações públicas, quando afirma:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....
XIX –somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

³² DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p.151.

Ao tratar do tema relativo à administração pública, parece que sobre o significado do público, a doutrina pátria nem sempre aponta para uma mesma direção. Hely Lopes Meirelles, em seu tradicional *Direito Administrativo Brasileiro*, discorre sobre os quatro princípios explicitados no caput do art. 37, dizendo que o conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, mas que se resume em administrar ou gerir interesses com objetivo de satisfação do bem comum da coletividade, trazendo características de *munus público*. Celso Antônio Bandeira de Mello³³, contudo, vai mais além, elencando onze princípios, a saber: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; princípio da legalidade; princípio da finalidade; princípio da razoabilidade; princípio da proporcionalidade; princípio da motivação; princípio da impessoalidade; princípio da publicidade; princípio da moralidade administrativa; princípio do controle dos atos e princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos. Como se vê, a administração das fundações criadas pelo poder público passa a se reger por esses princípios.

O art. 61 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz referência se a fundação é pública de direito público ou pública de direito privado. Assim reza:

Art. 61. As entidades educacionais a que se refere o artigo 213, bem como as fundações de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei, que preencham os requisitos dos incisos I e II do referido artigo e que, nos últimos três anos, tenham recebido recursos públicos, poderão continuar a recebê-los, salvo disposição legal em contrário.

O artigo mencionado, ao nosso entender, refere que não são apenas as instituições autárquicas que podem receber recursos, públicos. Ora, o artigo admite que as fundações criadas por lei, portanto do poder oficial, filantrópicas, podem receber recursos públicos. Admite então que há possibilidade de o poder oficial criar por lei instituição privada e filantrópica, porque somente a fundação privada pode ser ter natureza assistencial e filantrópica. É assim que define toda a legislação relativa à filantropia. O que parece significativo observar, entretanto, é que este artigo está posto nas Disposições Constitucionais Transitórias. Ora, as disposições transitórias são situações e fatos de efeitos instantâneos, passageiros e únicos que não têm caráter permanente. Se são transitórias, até quando isso tem valor?

O art. 71 da Constituição citada diz que as fundações instituídas e mantidas pelo poder público estão sujeitas ao controle externo e fiscalização de seus exercícios financeiros pelo Tribunal de Contas. Nota-se que aqui fala-se expressamente de fundações instituídas e mantidas, portanto, públicas.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. In: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *A Constituição na visão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, v. 1. p.367. 1997.

Já o art. 72 das Disposições Transitórias entende que *“integram o Fundo Social de Emergência: I- o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive suas autarquias e fundações.*

Aqui também há clara referência à fundação instituída e mantida pelo poder público. Já o artigo 150 diz:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
 VI- *Instituir impostos sobre:*

a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros;

.....
 § 2º. *A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

Por que haveria o constituinte escrito **fundações instituídas e mantidas pelo poder público** e não de modo genérico? Ao nosso ver, é a clara convicção de que o poder público pode instituir também fundações com personalidade jurídica de direito privado.

O artigo 157 diz que pertence aos Estados e ao Distrito Federal *“o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias pelas fundações que instituírem e mantiverem.* O artigo 158 I, dá os mesmos benefícios.

As fundações instituídas por lei municipal e mantenedoras de ensino, em Santa Catarina, ainda que não preponderantemente mantidas pelo município, obtiveram parecer favorável da Receita Federal quanto aos benefícios do artigo 158 da Constituição Federal.

Ao tratar sobre o modo constitutivo de fundações, Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁴ entende que, quando o poder público institui uma fundação de natureza privada, deve o ato constitutivo ser por lei autorizativa. Entretanto, a autora distingue o papel do instituidor particular daquele governamental. Quando a fundação é instituída por particular, papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição, que não dispensa o registro dos estatutos, a partir do que a fundação adquire existência e personalidade jurídica, ganhando vida própria. O instituidor não exerce mais nenhum poder sobre ela e seu ato é irrevogável. As alterações estatutárias têm de ser feitas por deliberação dos administradores da fundação com observância do artigo 28 do Código Civil. O patrimônio

³⁴ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Op. cit., p. 318.

da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde. Já não ocorre o mesmo quando a instituição da fundação se dá por ato de governo. Diz a autora:

Todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a administração pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo poder executivo; a legislação federal, o mesmo quando declarava que tais entidades não integram a administração indireta (art. 3º. do Decreto-lei 900, de 29.9.69), ainda assim as submetia a esse tipo de controle.

No âmbito da administração pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como ocorre no Estado de São Paulo (art. 22 do Decreto Lei Complementar n. 7 de 6.11.69).

Como se vê, o legislador quis adaptar a fundação criada pelo poder público mas de direito privado às exigências do Código Civil, sem ter a consciência de que ele não é adaptável às exigências do serviço público porque este tem regras que exigem a observância de princípios administrativos específicos e, em especial, o da **indisponibilidade** do interesse público, o da **continuidade** do serviço público e o da **tutela**. Entretanto, há doutrinadores contrários a essa posição dizendo que, paradoxalmente, a fundação é um tipo de pessoa jurídica que, quando instituída e de acordo com sua forma de instituição, mesmo quando criada pelo poder público pode ser regida pelo Direito Civil.

Para a autora sob citação, o poder público, ao instituir uma fundação, não pratica um simples ato de liberdade destacando bens e afetando-os a fins específicos alheios aos do interesse do Estado. Ora, se ao instituir uma fundação, mesmo de direito privado, o Estado assim procede para atingir determinado fim de interesse público e serve-se, portanto, da fundação para realizar um serviço que é de sua competência, da mesma forma que faz com as autarquias, sociedade de economia mista ou empresas públicas, então permanece um certo vínculo público.

Por esta razão uma fundação instituída pelo poder público, mas de caráter privado não adquire, *in totum*, uma vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. Se é o interesse público que determina sua criação, então o destino da fundação pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer pela alteração da lei que autorizou sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma seria desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a administração.

Além disto, quando uma fundação criada pelo poder público, mas de caráter privado não tem condições de ter vida própria porque a dotação orçamentária inicial nem sempre é suficiente para permitir a consecução de seus fins, vincula uma legislação que obriga o poder público continuar passando verbas para sua manutenção. É o exemplo das

fundações educacionais do Estado de Santa Catarina criadas pelos municípios. Em todos eles, sem exceção, a lei orgânica desses municípios determina formas para repasse de recursos a esses entes criados.

O ato do poder público - como instituidor - não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o poder público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo artigo 178 do Decreto-lei 200, com nova redação dada pelo Decreto-lei 2.299 de 21.11.86³⁵.

Ora, a legislação mencionada pela autora não foi revogada. Além disso, como nas sociedades de economia mista e empresas públicas, o poder instituidor pode fazer alterações na lei criadora que, por própria natureza vai interferir nos estatutos, mesmo que não seja o poder público o responsável pela sua alteração. Para alteração da lei instituidora, o poder público não depende de prévia autorização ou decisão de órgãos colegiados da fundação.

No dizer de José dos Santos Carvalho Filho³⁶, a fundação pública é subsidiária do Estado porque este é uma entidade controladora do ente criado, embora tenha ele autonomia descentralizada. Na prática, as fundações públicas nasceram com o objetivo de satisfação dos mesmos objetivos das fundações privadas e têm sido denominadas de diversos modos: *fundações instituídas pelo poder público, fundações instituídas e mantidas pelo poder público (art. 71, II da CF), fundações controladas pelo poder público (art. 163, II da CF), fundações sob controle estatal (art. 8, §5º, ADCT, C. F.), fundações públicas (art. 19, ADCT, C.F.), fundações governamentais e outras do gênero*. O que importa é discutir mais adiante é se esses liames jurídicos implicam direitos, por exemplo, dos servidores, de pleitearem os benefícios de funcionários públicos. Este é um dos objetivos deste trabalho.

Vários estudiosos, a partir da reflexão do modo constitutivo acima mencionado, entendem que a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações criadas pelo poder oficial, mesmo de natureza privada, é totalmente desnecessária, pois não é ele o poder competente e, por isso, duplicam-se os controles. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades é o Tribunal de Contas, conforme dispõe o art. 26 do Decreto-lei 200/67, além do que reza a lei 6.223/75 e agora torna indiscutível face à Constituição de 1988 (arts. 71; 49, X; 165, §5º e 169, parágrafo único).

A argumentação neste sentido, por diversos autores, é que somente se justifica a participação externa do Ministério Público quando a fundação é criada por particulares. Neste caso, o patrimônio se desvincula integralmente do instituidor e se torna irrevogável, por isso exige uma tutela. Faz sentido, neste caso, o controle exercido por órgão da administração direta. Porém, Pontes de Miranda ensinava que nas fundações constituídas

³⁵ *idem*, p. 322.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 301.

pelo poder público “há o poder de ingerência do Estado, que se não confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado(RF-102/76)³⁷.”

Por outro lado, as fundações autárquicas, apresentam características um pouco diversas. Há inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, porque sua personalidade jurídica já decorre de lei. Neste caso a lei cria e normatiza seu funcionamento. No caso de fundações privadas, a lei autoriza e orienta a forma de organização dos estatutos que devem ser registrados na forma legal.

Conclui-se, portanto, que somente por lei autorizativa (Art. 37,XIX da Constituição Federativa do Brasil de 1988) o poder público pode criar fundações públicas. Por outro lado o inciso seguinte do mesmo artigo faz depender de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiária, assim como a participação da fundação em empresas privadas.

Tomáz de Aquino Resente³⁸ entende que a fundação autárquica é criada por lei, regulamentada por decreto. A lei substitui a escritura pública ou testamento e o decreto substitui o estatuto. Todavia, a Emenda Constitucional 19/98, que alterou o art. 37,XIX da Constituição da República Federativa do Brasil, reza que tanto a fundação autárquica como a de direito privado quando criadas pelo poder público, faz-se por lei autorizativa.

Para o autor, a fundação autárquica é instituída exclusivamente com recursos públicos, mantida com recursos do erário e administrada, ainda que indiretamente, pelo instituidor. Sujeita-se às regras do direito administrativo e tem seus atos vinculados às diretrizes e orçamento do instituidor, prestando contas ao Tribunal de Contas, que é o órgão externo de fiscalização. Pode ser extinta por lei ou por decreto.

Já fundação pública **de direito privado** é instituída por autorização legislativa e regida por um estatuto elaborado de acordo com as diretrizes da lei autorizadora. A lei substitui a escritura pública ou o testamento e o estatuto submete-se às normas do Código Civil, como as demais fundações de direito privado e às regras do Código de Processo Civil quanto aos atos de registro em cartório. Neste caso, cabe ao Ministério Público velar pelo cumprimento dos fins e aprovar seu estatuto antes do registro.

Muitos doutrinadores não concordam com esta última parte, dizendo que se a fundação receber recursos públicos ou existir qualquer lei que obrigue repasse de recursos públicos, o órgão externo de controle não deveria ser o Ministério Público, mas sim o Tribunal de Contas. Eventualmente, nos diversos seminários e encontros sobre fundações, têm surgido questionamentos sobre a razão por que deveria ser o Ministério Público o guardião da fundações de natureza privada. Alguns poucos, porém importantes, estudiosos do tema chegam a questionar a validade, utilidade ou necessidade da norma que assim determina.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956 t. II e XIV.

³⁸ RESENDE, Tomáz de Aquino. Op. cit., p. 24.

Outros mais entendem que as fundações públicas de natureza privada deveriam ser submetidas à vigilância do Tribunal de Contas porque este estaria mais presente no acompanhamento da administração fundacional.

Nosso entendimento é o de que as fundações criadas pelo poder público de direito privada submetem-se às normas do Código Civil, cujo teor do art. 26 é: *velará pelas Fundações o Ministério Público, onde situadas*. É preciso entender o sentido do verbo velar, que, de acordo com o ilustre professor Dr. Silvio Dobrowolski, não contém o significado de velare (cobrir ou encobrir), mas de vigilare (proteger e cuidar).

Consideramos correta a norma civil pelas seguintes razões: primeiramente porque o patrimônio que compõe a fundação pública de natureza privada pertence à sociedade; em segundo lugar, porque, diferentemente das demais pessoas jurídicas, a fundação é um ente cujo patrimônio se transforma em pessoa; em terceiro lugar porque a fundação pública de natureza privada é uma entidade que presta serviços de interesse coletivo, dentro de objetivos e fins delineados pelo poder instituidor; em quarto lugar, porque os cargos de administração são sempre temporários, existindo para tornar possível os objetivos estabelecidos, ao passo que os fins da pessoa fundacional são, na maioria dos casos, perenes; finalmente, em quinto lugar, porque a fundação pública de direito privado supre e coopera com a organização estatal no atendimento à coletividade, recebendo, por tal motivo, benefícios fiscais e / ou tributários do Estado.

Tais fatos, além de envolver questões de interesse geral, ampliam a possibilidade de que pessoas desonestas tentem se utilizar dessas fundações para, ilicitamente, se locupletarem. Portanto, a presença do Ministério Público não vigia apenas aspectos financeiros, mas no destino das finalidades a que a fundação foi constituída. O Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ao nosso ver, melhor tem condições de acompanhar a fundação pública de direito privado que é, na essência, uma doação de bens feita ao povo ou a uma parte mais ou menos determinada dele.

CAPITULO III

A NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO

3.1. Distinção inicial: direito público e privado

Sem entrar no mérito da discussão sobre o conceito e origem da pessoa jurídica de natureza pública ou privada, deseja-se firmar um convencimento sobre os fundamentos da natureza pública ou privada das fundações. Por isso, inicialmente, procura-se abordar, mesmo que superficialmente, a distinção entre o que se entende por público e por privado.

A origem da natureza de toda a polêmica parece residir na conceituação das categorias jurídicas do que se entende por público e privado no universo da Ciência Jurídica. Esta divisão do direito em público e privado, bem como a crescente complexidade da divisão do direito em especialidades, exige, também, novos conceitos, novas classificações e novas instituições.

Os romanos dividiram o Direito em *jus civile* (cidadãos); *jus gentium* (comum ou não) e *jus naturale* (comum aos homens e à natureza). O processo de divisão do Direito ganha contornos na Idade Média, com distinções entre o Direito Civil e o Canônico, fazendo surgir os ramos: Penal, Civil, Comercial, Internacional e, bem mais tarde, o Direito do Trabalho.

Na Europa, a divisão entre o direito público e privado é basilar para a compreensão da norma jurídica. No direito positivo brasileiro, quando se fala em natureza privada, tem-se em mira a norma do Direito Civil, Comercial e certas normas do Industrial, Bancário, do Trabalho.

O direito público pertence ao direito do Estado, abrangendo o Constitucional, o Administrativo, o Penal, o Internacional Público, o Tributário e o Processual. Não há nitidez entre os limites do poder público e o privado, porque o Estado tem se envolvido com inúmeras atividades privadas e ocupa-se com uma variada gama de relações de Direito Sindical, Aeronáutico, Navegação, Bancário e outras que, anteriormente, eram exclusividade do direito privado.

A diferença é relevante porque tem interferência na aplicação e interpretação do Direito. Assim, na administração indireta, assume relevância a definição da natureza, porque envolve conseqüências de várias ordens. Os romanos, pela sua cultura prática, dedicaram-se mais ao direito privado do que o público. Porém, encontramos a passagem de Ulpiano que entendia que o direito público se ocupa com a "*res publica*" e o direito privado com as coisas particulares: *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*¹.

Esta é, portanto, uma distinção da Ciência Jurídica tradicional. Aos poucos, à medida que o mundo contemporâneo vai forçando o desaparecimento de fronteiras, crê-se que também esta divisão deverá superar-se. Há atos jurídicos dimanados de pessoas eminentemente de direito público que assumem formas peculiares de direito privado. O Estado, não raramente, intervém nas relações entre particulares, como se particular fosse, e há organizações criadas pelo Estado de caráter privado. Ora, como se pode inferir, se a divisão é de caráter histórico e didático, então pode ser dispensada e começar a trabalhar o "Direito" que não seja público nem privado, mas "Direito".

Porém, no direito positivo brasileiro, a distinção existe, originária do Direito Romano sendo que duas correntes se debatem em defender a existência dos dois ramos. A primeira é aquela que distingue o direito público do privado pelo conteúdo material. Assim o direito público pertence ao interesse e finalidade do Estado e o direito privado tutela os interesses particulares. De outro lado, há os que distinguem o direito público do privado pela forma processual. Para todos os efeitos, no direito positivo brasileiro, com mediana clareza, aquelas relações jurídicas que têm por fim satisfazer a necessidade da coletividade, são consideradas públicas e aquelas que defendem interesses particulares são privadas.

Não há dúvida, os fins públicos são distintos dos fins privados e, portanto, suas relações jurídicas são diferentes. São evidentes as dificuldades para separar o público do privado, como se fossem categorias opostas. Como o individual e social se interpenetram, as relações jurídicas do público e do privado se complementam. É importante decidir-se que, face ao interesse, este deve ser o prevalecente: o público, geral e o privado, individual. Ora, saber se determinado interesse é individual ou coletivo, depende do intérprete. De outra

¹ GIRARDI, Justino. Curso de Direito Romano. Porto Alegre: Acadêmica, 1986, p.47.

maneira, saber se é público ou privado pelas relações formais implica em ver se os indivíduos estão em pé de igualdade ou submetidos ao “*jus imperium*” do Estado.

A tese de Kounov², citado por Luiz Fernando Coelho, sobre as normas adaptativas e distributivas, é assim entendida: direito privado é distributivo porque objetiva os bens entre os indivíduos e o público é adaptativo porque visa adaptar as coisas ao bem comum.

Também Kelsen (apud Coelho)³, preocupado em fazer do Direito uma ciência pura e pura, preconiza, como distinção entre o público e o privado, o modo de constituição do dever jurídico. Aceita que o direito público se funda na heteronomia dos sujeitos, sendo dever determinado pelo Estado, o que não ocorre com o direito privado, fundado na autonomia dos sujeitos, onde o dever jurídico se constitui pelo concurso de ambos os sujeitos e igualdade de condições. Assim, o direito público se aplica “*ex officio*”, enquanto o direito privado por motivação do interessado.

A norma de direito público tende sempre a regular um interesse, direto ou indireto, do próprio Estado em que tem vigência, seja para impor um princípio de caráter político e soberano, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade, que se indica o própria alicerce do poder público. O direito privado é entendido como o conjunto de normas que regula as atividades ou os interesses do homem considerado como um ser individual. Todavia, quando se toma o homem como um elemento da sociedade e se exige dele a solidariedade para com todos os outros homens e respeito às instituições constituídas, estamos adentrando o direito público.

De Plácido e Silva⁴ registra que o interesse, como traço distintivo entre o público e privado, não pode ser tomado em sentido amplo, pois que toda e qualquer regra jurídica, como *norma agendi*, é sempre de interesse público, visto que o Estado, pela coação ou força coercitiva, que impõe o respeito à lei, sempre tem interesse em vê-la cumprida e respeitada. Então, direito privado é o que se constitui de toda espécie de regra que venha organizar juridicamente os interesses de ordem individual, nos seus aspectos civis ou comerciais, que se registram nas relações entre particulares, ou mesmo entre estes e as pessoas jurídicas de direito público.

Assim sendo, para o autor citado, o direito privado está relacionado com as pessoas dotadas da mesma autonomia e interdependência; já o público preside a integração das pessoas na grande organização social. O que se observa, atualmente, é uma certa e progressiva tendência de dar valor e recuperar a autonomia individual, face a alienação e despersonalização do indivíduo. Por isso, constata-se uma certa tendência à privatização e desejos de mudança da ordem jurídica, voltada ao pluralismo tão bem descrito por Antonio Carlos Wolkmer⁵. Diariamente vê-se os meios de comunicação alertando para as

² KNOUV, N. M. *Cours de théorie générale du droit*. Apud. COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 64.

³ COELHO, Ulhoa Fábio. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Limonad, 1995.

⁴ DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit., p. 93.

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa -Omega, 1994.

necessidades de reformas administrativas, da Previdência, da legislação em geral e da própria Carta Magna.

As relações sociais reclamam novos ordenamentos jurídicos e o surgimento de instituições que realizem funções sociais, mas desvinculadas do emaranhado de obrigações e burocracias de natureza pública. Hoje, constata-se que tudo o que pertence à administração estatal, portanto pública, não funciona bem. Por isso, a sociedade procura alternativas para instituições comunitárias que, ao mesmo tempo, não sejam públicas e nem sejam particulares, mas comunitárias. Surgem, então, as fundações criadas pelo poder público, mas de direito privado e filantrópicas, como alternativas confiáveis, porque operam sem dono e sem fins lucrativos. A proliferação das fundações na Europa e nos Estados Unidos é uma manifestação desse desejo.

O Estado tem um caráter alienante, combatido pelos humanistas, porque despersonaliza o indivíduo. Daí, o fenômeno do neo-liberalismo como uma percepção do Estado mínimo. Parece importante, neste momento citar o que diz Sérgio De Andréa Ferreira⁶ ao referir-se ao grande Jurista Pontes de Miranda :

O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas, que o direito público cria por lei ou por ato administrativo legal são de direito público, se o próprio sistema jurídico não as privatiza, desde logo ou mais tarde. As pessoas jurídicas que, oriundas de direito privado são por lei ou ato administrativo legal, tornadas de direito público, são de direito público, enquanto não lhes tira esse caráter. Tudo se reduz a certo arbítrio do legislador, dentro dos princípios constitucionais.

Transportando o que se comentou para as fundações, José dos Santos Carvalho Filho⁷, entende que pública é a instituição que exerce atividade de Estado, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade. Por isso, público e estatal têm o mesmo significado, enquanto que privada é instituição regida pelo Código Civil.

3.2. A natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público, na legislação vigente.

Como referência às reflexões que são feitas em seguida e para melhor distinção dos problemas referentes à natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público, entende-se apresentar, mesmo que de modo simples e sucinto, a legislação vigente que trata da instituição, do patrimônio, dos fins e objetivos, do estatuto, da gestão, enfim, da organização jurídico-institucional da fundação.

⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fundações de direito privado instituídas pelo Estado. Rio de Janeiro: Rio, 1973, p. 21.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 199.

O Brasil, tradicionalmente, é um país cujo sistema jurídico tem por tradição uma legislação complexa e exaustiva sobre todos e os mais impensáveis temas. À medida em que a legislação prolifera, mais e mais se torna desconhecida e, o que é pior, desobedecida por muitos. Por isso, embora o princípio jurídico do art. 3º. da Lei de Introdução ao Código Civil expresse que *“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”*, não é comum, entre nós, a preocupação, nem com o conhecimento e nem com a eficácia de legislação promulgada.

Todavia, de acordo com Resende⁸, apesar da farta e abundante legislação, sobre quase tudo, *“o legislador pátrio se absteve demasiadamente com relação às fundações criadas pelo poder público de direito privado”*. Disciplina as fundações de direito privado em alguns poucos artigos do Código Civil. Mais recentemente, a doutrina e a jurisprudência, ainda que bastante insuficientes, têm permitido melhor análise e interpretação dos preceitos legais sobre a constituição e gestão de fundações, de modo geral.

O Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi⁹, em circunstanciado parecer que responde consulta do Sindicato dos Servidores de Ensino Superior de Blumenau sobre a Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, entende que *“as pessoas jurídicas nada mais são do que entidades fabricadas pelos homens para sobreviverem independentemente deles”*. Para o eminente professor, a fundação é um patrimônio personalizado, destinado a um fim definido pelo instituidor. Citando Adilson Abreu Dallari, faz clara distinção dizendo: *“quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica de direito público... Quando, por outro lado, a lei apenas autoriza a instituição, pelo poder público de uma fundação, na forma prescrita pelo Código Civil, tem-se uma fundação privada...”*.

Vê-se, aqui, uma distinção clara e consistente. Porém a partir da Emenda Constitucional 19, art.3º. , que alterou o art. 37, XIX da Constituição da República Federativa do Brasil, esta distinção já não existe mais, uma vez que tanto uma como outra, quando criadas pelo poder público, faz-se por autorização legislativa.

Para efeitos de fundamentar as respostas às indagações de pesquisa desta dissertação, a seguir, sem comentários aprofundados, serão apresentadas considerações sobre o ente jurídico **fundação**, iniciando sobre o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seguida sobre a legislação específica, sendo que toda a parte legal está em anexo ao presente trabalho, na mesma ordem dos comentários aqui elaborados.

3.2.1. As fundações de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É oportuno dizer, antes de discorrer sobre o conteúdo legal expresso na Constituição

⁸ RESENDE, Tomás de Aquino. Op. cit., p. 27.

⁹ BLASI, Paulo Henrique. Parecer. Florianópolis, 30 de setembro de 1993 (mimeo).

federal de 1988 sobre esse instituto, que a menção “*fundação*,” em nossa Carta Magna, quer significar uma estrutura e não um regime. Ora, por estrutura entende-se a organização das partes num todo. Regime é o modo como as coisas, as instituições e as pessoas, na estrutura, devem ser conduzidas.

A recente Reforma Administrativa, através da Emenda Constitucional 19 de 1998, que modifica o regime e dispõe sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências, em seu art. 1º. modifica a redação do art. 22, XXVII da Constituição, porém mantém as regras obrigatórias de licitação para as *administrações fundacionais*. Por sua leitura, infere-se que são consideradas públicas as administrações diretas, autárquicas e fundacionais, independentemente se estas últimas são de direito público ou privado.

O art. 37 XIX c/c o art. XX e o §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, até o advento da Emenda Constitucional 19/98, incluía a administração fundacional como administração indireta e orientava o modo constitutivo da fundação autárquica e da fundação pública de direito privado.

Todavia, a Emenda Constitucional 19, no art. 3º. altera o artigo 37 da Constituição, modificando o caput, porquanto dele retira a inclusão das fundações como administração indireta. Porém, também altera o inciso XIX, substituindo a obrigatoriedade de criação de fundação pública por lei, mas afirmando: *somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação*. Porém, a reforma não atingiu o inciso XX e o § 6º. do mesmo artigo citado, evidenciando que, tanto as fundações públicas de direito público como privado, dependem de autorização legal para sua instituição.

Como se pode ver, o legislador, quando da Reforma Administrativa, inclui as fundações junto a outros entes administrativos públicos mas de direito privado, numa aparente intenção de orientar o poder público à compreensão da fundação como um ente de direito privado, já que no caput do art. 3º. retira a fundação como administração indireta. Infere-se que há o desejo de não confundi-la com a autarquia e aproximá-la da empresa pública, embora distintos os fins. Fica evidente, pois, que fundação pública não é, necessariamente, fundação autárquica.

Ao analisar estes dispositivos constitucionais não se tem, de modo preciso, qual o tipo de fundação quer a Constituição, face à imprecisão terminológica que emprestou ao termo *fundação*, no texto original e suas reformas.

O poder público, diante dessa imprecisão, estaria livre para instituir tanto fundações públicas de direito público como públicas de direito privado? Inicialmente, convém mencionar a teoria de Hely Lopes Meirelles, que entende a fundação como ente de natureza privada. Diz:

A nossa Constituição não alterou a natureza jurídica das fundações, apenas adotou a denominação de fundação pública para essas entidades mantidas pelo poder público... O equívoco é manifesto. As fundações não perdem a sua personalidade privada; nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas como se vem afirmando¹⁰.

Esta posição, porém, não é pacífica entre os estudiosos do assunto. Mesmo os adeptos da teoria do autor citado, hoje curvam-se à idéia de fundação pública, expressa no texto constitucional, entendida como um ente estatal, quando criada pública de direito público. É com o próprio Hely Lopes Meirelles¹¹ que encontramos a informação de que as fundações públicas, mencionadas na Constituição Federal, prestam-se, principalmente, a atividades não lucrativas e atípicas do poder público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura e pesquisa, sempre merecedoras do amparo estatal.

As Constituições do Brasil, anteriores a de 1988 não falavam de fundações públicas. Já o texto constitucional de 1988 a elas se refere utilizando vários sentidos, como já se disse. Mas vale reforçar que, com exceção do art.37 XX e seu §6º., a Carta Magna sempre se refere às fundações de modo impreciso. Lincoln Antônio de Castro¹² chama atenção para vários artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 que dizem respeito às fundações e com elas têm alguma relação, observando que a imprecisão faz inferir que houve o desejo do constituinte em manter a idéia de que o Estado pode criar instituições tanto de direito público como de direito privado. As primeiras seriam estatais ou governamentais, enquanto que as públicas de direito privado são consideradas públicas não governamentais, mas privadas sem serem particulares. Então parece evidente que a ilação pública é o gênero, enquanto que ser de direito privado ou de direito público é a espécie ou o atributo.

O art. 39 de nossa Constituição incluía, expressamente, as fundações públicas no regime jurídico único quando se tratava dos planos de carreira dos funcionários. Sobre este aspecto, o artigo 5º. da Emenda Constitucional 19, que trata da Reforma Administrativa, altera substancialmente este artigo, retirando as fundações da política pública de remuneração, numa clara alusão à fixação do plano de carreira daquelas instituições de acordo com sua natureza jurídica e numa demonstração de desvinculação com o poder público.

O art. 71 de nossa Constituição atribui ao Tribunal de Contas o exercício do controle externo das fundações "*instituídas e mantidas*" pelo poder público. Aqui, o legislador define com clareza a competência do Tribunal de Contas em fiscalizar as fundações de direito público. Assim sendo, ao nosso entender, como já se comentou no final do capítulo

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.332.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.317.

¹² CASTRO, Lincoln Antônio. O Ministério Público e as fundações de direito privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 51-57.

anterior, as fundações públicas de direito privado são vigiadas pelo Ministério Público, porque regem-se pelo que estabelece o Código Civil.

O art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantido pelas Emendas Constitucionais 01/1994 e 10/96, obriga que o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidentes na fonte sobre pagamentos efetuados a qualquer título, pelas fundações, integrem o Fundo Social de Emergência. O dispositivo constitucional não explicita se o caso se refere às fundações instituídas e mantidas. Neste sentido os artigos 157 e 158 da Constituição Federal dizem que o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, pagos pelas *fundações que instituírem e mantiverem*, pertencem respectivamente aos Estados e Municípios. É evidente, no nosso entender, que aqui se trata de fundações autárquicas.

Também os artigos 163 e 165, que dispõem sobre o orçamento, orientam que compete à lei de iniciativa do poder executivo dispor sobre finanças públicas, num sentido expreso às fundações controladas pelo poder público. Todavia, é impreciso o emprego do termo fundações no artigo 167, quando trata da vedação do emprego de recursos orçamentários, sem autorização legislativa, para cobrir déficit de empresas, fundações e fundos...

Contudo, o artigo 169 (modificado pelo art. 21 da Emenda Constitucional 19), que trata das despesas com pessoal ativo e inativo, e os artigos 18, 19,35 e 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referem-se com clareza às fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Mas é o artigo 242 da Constituição Federal que, ao nosso ver, protege as fundações criadas pelo poder público de direito privado, quando afirma que *o princípio do art. 206,IV (ensino público e gratuito) não se aplica às instituições oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos*. O dispositivo mencionado veio proteger as fundações educacionais existentes no Estado de Santa Catarina e define que essas instituições, embora algumas de direito privado e outras de direito público, são oficiais e podem cobrar mensalidades.

Várias vezes a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 considera as fundações instituídas pelo poder público, como pessoas de direito público: dentre estas trata-se do art. 39, que dispõe sobre o regime estatutário único (agora modificado pelo artigo 5º da Emenda Constitucional 19 de 1998, que trata da Reforma Administrativa) de incidência obrigatória sobre os servidores das fundações públicas, que deve ser utilizado por pessoas jurídicas de direito público. Este é, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na decisão de recurso extraordinário em Mandado de Segurança, RE 122 568/ ES, Rel. Min. Néri da Silveira. 2ª Turma. Decisão em 08.03.93 (Rev. de Jurisp., v. 1.719-03, p.397. DJ de 1.10.93, p. 20.215)¹³.

Infere-se, portanto, que apesar da imprecisão do uso do termo fundação, empregado na Constituição, a fundação é autárquica, quando *"instituída e mantida"*. Por outro lado, é

¹³ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *A Constituição na Visão dos Tribunais*. São Paulo; Saraiva, 1997, V. 1, p. 465, 1997.

evidente, no nosso entender, que o legislador admite, embora não expressamente, a fundação pública de direito privado, criada por autorização legal, para cumprir atividade delegada do poder pública e que, não precisa ser, necessariamente mantida pelo poder público, conforme dispõe o art. 242 da nossa Carta Magna.

Os termos *fundações e fundações instituídas e mantidas*, utilizados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que se referem às fundações, não são sinônimos, como quer o ilustre professor Helly Lopes Meirelles, nem empregados no mesmo sentido. Para alguns estudiosos, tais como José Cretella Junior¹⁴, Antônio Queiroz Telles, Admir Netto de Araújo¹⁵ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, o constituinte utilizou o termo fundações em sentidos diversos para se referir, genericamente, a fundações, tanto de direito público como de direito privado.

Sobre o assunto, assim se refere o renomado professor Plínio Salgado:

Aliás, seria de todo incoerente usar locuções diferentes em assunto tão polêmico, caso tivessem o mesmo sentido. Afinal, nenhuma razão haveria para o uso de uma expressão longa, "fundações instituídas e mantidas pelo poder público", que aparece dez vezes no texto constitucional ao invés de uma mais concisa, "fundações públicas", mencionada apenas três vezes¹⁷.

A palavra fundação, pelo que se depreende dos anais da Constituição da República Federativa do Brasil, quer significar mais uma estrutura do que um regime. Se assim é, então "fundação" poderá ser tanto de direito público como de direito privado, dependendo de como o desejo a entidade política que a criar, de acordo com os fins para os quais necessite ser instituída.

Não parece propósito do constituinte considerar a expressão "administração fundacional", como algo diferente da administração indireta. O legislador, no entendimento de Plínio Salgado, objetivou enfatizar que o ente "fundação" é integrante da administração indireta e não escapa ao âmbito da aplicação da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e outros mencionados no art. 37 da Magna Carta. Essa posição não é pacífica e, certamente, não é a intenção da Reforma Administrativa promovida pela Emenda Constitucional 19/98.

Como muitas fundações passaram a ser subterfúgio evasivo ao rigor dos controles públicos, a Constituição, para não sobrepair controvérsias sobre elas, tratou de definir que fundações públicas são aquelas **instituídas e mantidas** pelo poder público ou **"fundações que instituírem e mantiverem"**. Ora, se não há proibição expressa de que o poder público

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹⁵ TELLES, Antônio A Queiroz e ARAÚJO, Admir Netto de. Direito Administrativo na Década de 90; estudos jurídicos em homenagem ao prof. J. Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8, ed., São Paulo: Atlas, 1997.

¹⁷ SALGADO, Plínio. A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado. TC - TRIBUNAL DE CONTRAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, ISSN 0102-1052, p. 89, 1994.

pode instituir e não manter, então este mesmo poder público pode criar fundações de natureza privada. Daí a conclusão de que a Constituição abrange fundações de direito público e de direito privado. É o caso do artigo 22, XXVII, que submete ambas à licitação.

Por outro lado, cabe discussão sobre o significado do termo “manter”. Significa apenas repasse de recursos financeiros ou há também ingerência na gestão administrativa? O entendimento, ao nosso ver, de manutenção, se refere a recursos financeiros, porque o sentido é de provisão do que é necessário à subsistência. É sustentar, conservar, dar condições físicas, financeiras, de pessoal e de material para atingimento dos fins para os quais a fundação foi criada. Não queremos entrar no mérito se a manutenção é preponderante ou não preponderante, como afirma o artigo 242 da Constituição Federal.

O art. 150, §2º. trata com a mesma abrangência da imunidade de impostos e, esta imunidade não está restrita às fundações públicas. Aliás, seria ato discriminatório se as fundações privadas, filantrópicas, de assistência social e educacional não tivessem assegurada a imunidade referida no artigo mencionado e o mesmo não fosse dispensado às fundações instituídas e mantidas pelo poder público de direito privado atuando no campo da pesquisa científica, da assistência social ou da educação. O mesmo é o sentido expresso nos artigos 157, I e 158, I no que se refere ao Imposto de Renda.

Aliás, é este o entendimento do STJ¹⁸. ROMS 6005/RJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma. Decisão 06.09.95. DJ 1 de 16.10.95, p. 34.610. Como também do TRF¹⁹ – 1ª Região. AC 91.01.03068-0/GO. Re.: Juiz Eustáquio Silveira. 4ª Turma. Decisão 20.03.95. DJ 2 24.04.95, p. 22.956, afirmando que as fundações, desde que instituídas e mantidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios não necessitam recolher aos cofres da União o produto da arrecadação do Imposto sobre Renda e Proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos a qualquer título. Isto significa dizer que o imposto referido pertence a quem instituiu a fundação.

Roque Carraza²⁰, ao comentar art. 157, I e referindo-se, concomitantemente, ao art. 158, I, que é norma paralela, assim se expressa:

Esta disposição constitucional tem a virtude de afastar a dívida que reinava, a respeito, durante a vigência da Carta de 1967, em relação às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelo Municípios. Agora, incontendivelmente, o imposto de renda (da União) retido na fonte, sobre rendimentos pagos por autarquias e fundações estaduais, distritais e municipais, não devem ser remetido aos cofres federais, mas permanecer nos cofres da pessoa política que os pagou.

O sentido amplo da locução revela-se, ainda, no artigo 165, §5º, I, que dispõe sobre a lei orçamentária anual. Já o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 18, ao

¹⁸ In: TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. Op. cit., p.1.150.

¹⁹ Idem, p. 1.151.

²⁰ Idem, p. 1.150.

declarar extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Constituinte, que tenha por objetivo a concessão de estabilidade do servidor admitido sem concurso público, alcança às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, sentido que portanto, refere-se apenas às fundações de direito público. Disso se infere que somente as fundações instituídas e mantidas pela União, pelo Estado ou Município, devem ser, obrigatoriamente, de natureza jurídica pública.

Os termos “fundações mantidas pelo poder público”, que aparecem uma vez no texto constitucional (art. 37, XVII), inserindo a locução proibitiva de acumulação de cargos, empregos ou funções, ao lado das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, denotam a sua aceção ampla, compreendidas as fundações instituídas pelo poder público de direito privado e de direito público, contanto que sejam “mantidas”...

A Constituição, ao referir-se à fundação pública”, quer encerrar o conceito de fundações de natureza jurídica pública, criada por lei (art. 39, caput) para o exercício de uma atividade típica do Estado nela definida. Já no art. 37, XIX, segundo Plínio Salgado, a fundação pública é empregada “lato sensu” ao se prescrever que “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”.

Em verdade, a fundação de direito público é criada por lei, com a qual adquire sua personalidade, ao passo que a fundação de direito privado tem a sua criação, a exemplo da empresa pública ou da sociedade de economia mista, por lei autorizativa, adquirindo personalidade jurídica a partir do registro do estatuto no órgão próprio.

A imprecisão do termo “fundação pública” do art. 37 XIX, parece abranger todas as fundações instituídas pelo poder público, independentemente da sua natureza jurídica. Então, infere-se, segundo o autor acima mencionado, que o termo “públicas” usado no artigo 39, caput e no artigo 19, caput do ADCT, para designar fundações de direito público não é capaz de conferir, por si só, o elemento substancial do regime jurídico de direito público a essas entidades. Parece estranho, mas daí conclui-se a existência de fundação pública de natureza privada. Pública porque instituída pelo poder estatal e privada porque seu regime obedece as orientações do Código Civil. A constituição reafirma o que se havia consubstanciado pela lei 7.696/87.

Breve análise das várias Constituições brasileiras mostra que os constituintes não se preocuparam diretamente com o instituto da fundação, deixando a regulamentação ao Código Civil. Nada consta nas Cartas Magnas Brasileiras, quer na Constituição Imperial, quer nas Cartas republicanas de 1934, 1937, 1967 e 1969, sobre fundações, numa evidente alusão do instituto orientado pelo primado do Direito Civil:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, procura, ainda que imprecisamente, dar diretrizes quando no seu art. 22, XVII, assinala a competência da

União para legislar sobre fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Diga-se, de passagem, que esse tipo de fundação, como adiante se verá, surgiu no Brasil com o Decreto – lei 200, de 1967, mas o Decreto - lei 900, de 1969, art. 8º, o suprimiu. Tratava-se de fundações públicas de direito privado, prestando contas ao Tribunal de Contas e ficando sob a supervisão do ministério competente.

Contudo, é o artigo 242 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que orienta no sentido de entender que as fundações criadas pelo poder público sejam, tanto autárquicas como de direito privado, porém, são sempre oficiais. O referido artigo, ao reportar-se ao art. 206, IV da nossa Carta Magna que prevê o princípio “*da gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais*”, exclui as fundações criadas pelo poder público criadas por lei municipal ou estadual que não sejam por eles preponderantemente mantidas. É uma clara alusão às fundações oficiais criadas pelo poder público, mas de direito privado.

Entretanto, o legislador constituinte, de acordo com Cretella Júnior, em conferência no I Encontro Internacional de Fundações Privadas, realizado em outubro de 1995, em Porto Alegre, não tinha noções claras e precisas sobre a distinção entre fundações autárquicas e públicas de direito privado, sabendo-se que aquelas nada mais são do que uma das espécies em que se desdobram as autarquias. Por isso, o art. 39 da Constituição Federal de 1988 faz equívoca referência aos “*servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das Fundações Públicas*”.

3.2.2. As fundações segundo a Constituição do Estado de Santa Catarina

Neste trabalho, interessa também saber, além das disposições da Carta Magna, o que reza a Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 sobre as fundações. Em Santa Catarina proliferam dois tipos de fundações instituídas por lei:

- a) fundações autárquicas, como a Udesc (Universidade para o Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina), a Esag (Escola de Administração e Gerência), a Furb (Fundação Universidade Regional de Blumenau), a Febe (Fundação Educacional de Brusque) e outras estaduais e municipais, especialmente aquelas para atividades de cultura e desporto, mantidas com recursos orçamentários, do tipo de fundação administrativa, mas de direito público;
- b) fundações públicas de privada, instituídas pelo poder público municipal, mantenedoras de várias universidades, tais como a Fepevi (Fundação mantenedora da Universidade do Vale o Itajaí – Univali), a Unoesc (Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina), a Univille (Universidade de Joinville), a fundação Unisul (Fundação Mantenedora da Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina) e outras, sobrevivendo com recursos de sua própria atividade e de eventuais contribuições e doações de particulares, de pessoas jurídicas e físicas e de algum recurso financeiro orçamentário do Estado, por

conta do que dispõe o art. 170 da Constituição estadual e das leis orgânicas dos municípios instituidores e daqueles municípios da área de abrangência de cada fundação.

Blasi²¹, em seu parecer já mencionado diz que “*a algumas , as leis de criação conferiram personalidade jurídica de direito público, a outras, de direito privado*”. Diz que, na doutrina há dissenso sobre a personalidade jurídica das fundações criadas pelo poder público. Os inúmeros organismos criados com o designativo de **fundação**, após o advento dos Decretos – Leis 200/67 e 900/69, pela União, Estados e Municípios, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora os desencontros de denominação espalhados pelo texto, *ficou registrado que a administração fundacional deve obedecer aos princípios elencados no art. 37, em nível de identidade com a administração direta, indireta e autárquica*.

A Constituição do Estado de Santa Catarina, quando dispõe sobre o assunto *fundações*, admite, no art. 13 §1º, b, que faz parte da administração pública a fundação pública. Porém, o art. 24, parágrafo único, que trata da vedação de acumulação de cargos públicos, se define a fundação pública é aquela instituída e mantida pelo poder instituidor. Nossa interpretação é que esta é a fundação autárquica.

Porém, ao atribuir às funções institucionais do Ministério Público, o art. 95, V da Constituição do Estado de Santa Catarina se reporta ao que dispõe o Código Civil Brasileiro, dizendo que *são funções do Ministério Público, além... : velar pelas fundações*, numa clara alusão de que o emprego do termo *fundações*, quando não acompanhado de *instituídas e mantidas*, se refere a fundações públicas de direito privado. Esta conclusão se dá, também, pela leitura do artigo 170 da Constituição Citada.

Em Santa Catarina, muitas fundações criadas em virtude de lei, especialmente as que se destinam a fins educacionais, enquadram-se, algumas como de direito privado e outras como de direito público. Há uma indefinição e insegurança quanto à atribuição da personalidade jurídica das fundações criadas pelo poder público. Sobre isso, Luiz Fernando Coelho²², assim se expressa:

O fato é que, no panorama atual do direito brasileiro, coexistem dois tipos de fundações: as particulares, instituídas nos termos do Código Civil e sujeitas ao controle do Ministério Público, e as públicas, instituídas pelo poder público, com ou sem observância do Código Civil, sujeitas ou não ao controle do Ministério Público e, mais das vezes, sujeitas ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas”.

Para alguns juristas, que tratam da natureza jurídica sobre o tema, não há mais controvérsia emergente, porque entendem que fundações instituídas e mantidas pelo poder público, também chamadas de fundações administrativas, são de natureza pública. Por outro lado, aquelas criadas pelo poder público, mas não mantidas ou não

²¹ BLASI, Paulo Henrique. Op. cit., pp.3/4.

²² COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 113.

preponderantemente mantidas pelo poder público, definidas em seus estatutos como de direito privado, são regidas pelo que dispõe o Código Civil, também chamadas de fundações de cooperação, portanto públicas de direito privado. As primeiras regem-se pela lei que as criou e são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas e administradas pelo poder que as criou. As fundações de cooperação regem-se pelo Código Civil, são autônomas, de direito privado e descentralizadas.

3.2.3. As fundações de acordo com o Código Civil e Processo Civil brasileiros

A fundação, como ente jurídico especial, isto é, uma universalidade de bens personalizada, em atenção a um fim que lhe dá unidade e autonomia, no direito positivo brasileiro sempre esteve sob o domínio da norma civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de direito privado. Mesmo que o Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 900/69, alterados, posteriormente pelas leis 2.299/86 e lei 7.596/87, tivessem comparado a fundação à empresa pública, foi definida como entidade de natureza privada. Foi a Constituição Federal de 1988 que instituiu, definitivamente, a fundação pública. Até então, era o Código Civil a norma e a diretriz orientadora sobre o tema.

a) O Código Civil:

Muitos estudiosos asseveram que as fundações sempre estiveram sob a orientação do Código Civil. Somente a partir de 1987 começou-se a admitir as fundações de direito público. Entretanto, mesmo quando criadas pelo poder público, esses estudiosos entendem que devam se submeter ao regime do direito privado e, portanto, sob a orientação do Código Civil (Artigos 11, 13, 14, 16, 18, 21 e 24 a 30). As diretrizes orientadoras do Código Civil apontam, art. 16, que as fundações, não importa quem seja o instituidor, são sempre de direito privado.

Observação importante deve ser feita, aqui, ao se tratar de sociedades civis, porque o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil diz:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem a lei do Estado em que se constituírem.

O Código Civil brasileiro estabelece, no seus artigos 18 e 24, o modo constitutivo das fundações, dizendo que aquelas de direito privado iniciam sua existência com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar. Já no art. 21 orienta a forma de dissolução, enquanto que o art. 25 fixa as regras para a insuficiência de bens. O art. 26 determina que o Ministério Público é o responsável pela vigilância das fundações de direito privado, enquanto os artigos de 26 a 30 disciplinam outras providências às fundações de direito privado.

O Código Civil, em nenhum momento, faz menção às fundações instituídas pelo poder público. Unicamente se limita a regular a vida das fundações de direito privado, numa clara alusão de que pouco importa o poder instituidor.

Nosso Código Civil está para ser modificado. Mais do que necessário. O vetusto instituto deve remodelar-se para atender aos anseios e aspirações da nova sociedade ao final do século XX, já que vige deste 1916. Naquela época, as relações sociais e de produção tinham outras exigências. Hoje, sabe-se que a legislação que não acompanha as mudanças sociais perde a eficácia e impede que se aplique o direito para fazer justiça.

Enquanto se elabora esta dissertação, observamos, atentamente, as ponderações do Senado Federal na aprovação do novo Código Civil. Sobre ele, pode-se perceber que não há alterações substantivas quanto à regulação do instituto das fundações. Certamente, os artigos que a seguir serão mencionados, não sofrerão alterações essenciais até a sua aprovação final e promulgação.

O artigo 40 do novo Código Civil, ao tratar das pessoas jurídicas, repete o artigo 13 do atual. Já o artigo 41 inclui como instituições públicas, as autarquias e outras criadas por lei. Disto se depreende que as fundações criadas por lei são de natureza pública. Porém, a recente Reforma Administrativa, pela Emenda Constitucional 19 de 1998, em seu art. 3º, que altera o artigo 39, XIX da CF/88, fala de autorização legal e não de criação por lei. O novo Código Civil passa a admitir a fundação pública, o que não ocorria com o anterior. Além disso, a nova proposta inclui um parágrafo único ao art. 41, que contempla a fundação criada pelo poder público mas de direito privado. Assim se refere o novo Código Civil:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I – A União.

II – Os Estados, o Distrito Federal e os Territórios.

III – Os Municípios.

IV – As autarquias.

V – As demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Entretanto, no artigo 44, enquadra as fundações como pessoas jurídicas de direito privado, que devem ser constituídas através de inscrição no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do governo e averbadas no registro todas as alterações (art. 45).

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – As associações.

II – As sociedades.

III – As fundações.

Parágrafo único – As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial, deste Código.

Cabe observar, porém, que são os artigos 62 a 69 do novo Código Civil, no seu Capítulo III da Parte Geral, que tratam, especificamente, sobre as fundações. Deve-se notar que, em relação ao Código antigo, o artigo 62 acrescenta um parágrafo único ao artigo 24 do Código anterior dizendo: *A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.* Mantém-se a forma jurídica da constituição da fundação, a necessidade de bens suficientes ao fim a que se destina.

Além disso, como se vê adiante, não importa quem seja o instituidor, o novo Código orienta que as fundações de direito privado se farão por escritura pública, como está na proposta dos artigos 62 a 67, descritos em anexo a este trabalho.

b) O Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, nos artigos 1.199, 1.200, 1.201, 1.202 e 1.203, indica os procedimentos de criação, estruturação e organização da fundação, assim como de sua extinção. O diploma mencionado faz clara alusão à fundação de direito privado. Em seu artigo 1.199 determinada a necessidade do estatuto, o que não é necessário na fundação pública de direito público. Os artigos 1.200, 1.201 e 1.202 estabelecem que o estatuto deve ser vistado e aprovado pelo Ministério Público, como o art. 26 Código Civil reza em relação às fundações de direito privado. O artigo 1.204 estabelece quando pode ser extinta a fundação.

3.2.4. As fundações de acordo com a legislação específica

Como já se falou, não é abundante a legislação brasileira sobre as fundações. Além de contraditória e conflituosa, a terminologia é antinômica e faz Sérgio de Andréa Ferreira²³ chamar de "*promiscuidade terminológica e legal*", por que há fundações criadas como autarquias (Fundação Serviço Social Rural criada pela Lei 2.613/55 e Fundação Leão XIII, pelo Decreto 22.498/47); outras são criadas como fundações de direito público (Universidade Federal de Ouro Preto - fundação de direito público, pelo Decreto-lei 778/69); outras instituídas de direito privado (Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, mais tarde Fundação Serviços de Saúde Pública (Fundação SESP, Decreto 904/69). Inicialmente firmou-se a proposição de criar fundações com fins próprios voltados às atividades sociais. Porém, firmou-se, depois, a orientação de se utilizar a nomenclatura de fundação para os institutos de direito privado, com entidades formadas de patrimônio personalizado, e para as autarquias emprega-se o termo superintendência ou instituto.

A legislação brasileira, consagrou durante muito tempo o tipo de fundações privadas, entendidas como particulares, instituídas por bens específicos de instituidor particular. Mas, também há referência às instituições públicas, especialmente aquelas de cooperação científica como as Universidades. Qual é o critério para caracterizar as

²³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fundações de direito privado instituídas pelo Estado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973, p. 70.

fundações públicas e as privadas? Evidentemente, o do instituidor. O que distingue umas das outras não é a personalidade jurídica distinta, mas o fato de o instituidor ser o poder público. O fato de ser o poder estatal o instituidor, de acordo com a legislação, não obriga que a fundação seja, necessariamente, de natureza jurídica pública.

Sem tecer comentários exaustivos, vamos verificar os dispositivos legais que tratam das fundações, procurando observar quais são as orientações e enfoque dados pela legislação. Iniciamos, de acordo com uma linha histórica, pelo Decreto - lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre organização da administração federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Nele o art. 4º, §2º, equipara as fundações às empresas públicas, portanto de direito privado, como estão definidas no art.5º, II do mesmo Decreto - lei.

Posteriormente, o Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969, altera disposições do Decreto - lei 200; contudo mantém a orientação dada no que se refere às fundações, equiparando-as às empresas públicas, portanto de direito privado, mesmo que tenham sido instituídas pelo poder público. O art. 3º integra essas fundações criadas pelo poder público na administração indireta, porém sob a orientação do Código Civil, com exceção da fundação federal, que permanece como estava definida no art. 3º do Decreto - lei 200, dizendo que *essas entidades constituídas em virtude de lei federal não pertencem à administração indireta, aplicando-se-lhes o controle pelo Tribunal de Contas quando recebem subvenção públicas.*

Por expressa determinação legal (art.18 do Código Civil e 119 da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos) a fundação somente adquirirá personalidade, só passará a ser sujeito de direito, após os seus atos constitutivos no Registro Público. Por força do art. 120,IV da mesma lei, há de se declarar no estatuto de uma fundação se os membros da administração respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais da entidade, se os bens pessoais dos dirigentes respondem, ou não, pelos atos que praticarem em nome da pessoa jurídica que está sob seu comando. Como se pode inferir, a compreensão do legislador é a de que a fundação, embora criada pelo poder público, se rege pelo Código Civil, portanto, de direito privado.

Mais tarde, a Lei 6.225 de 14 de julho de 1975, que dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu artigo 7º, diz que as entidades públicas de direito privado cujo capital pertença majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou aos Municípios, ficam submetidas à fiscalização do Tribunal de Contas.

Mais tarde, o Decreto - lei 2.299, de 21 de novembro de 1986, altera o Decreto - lei 200/67, substancialmente o seu art. 4º, integrando as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União, na administração indireta, excetuando-se as fundações universitárias quando os efeitos tratam de inclusão de cargos, empregos, funções do seu pessoal, no plano de cargos e salários instituído pela lei 5.645/70.

O legislador, que até o momento; ao menos expressamente, não havia admitido a fundação criada pelo poder público de direito público, no ano seguinte ao Decreto – lei 2.299/86 expede a Lei 7.596 de 10 de abril de 1987, alterando alguns dispositivos do Decreto – lei 200, modificado pelos Decretos – lei 900/69 e 2.299/86, admitindo, pela primeira vez, em seu art. 1º, II, d, que modifica o art. 4º do Decreto – lei 200, as **fundações públicas de direito privado**.

Para melhor explicitar o sentido de fundação pública, a lei 7.596/87, em seu art. 1º, IV, a define como sendo :

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

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

Mais recentemente, a Lei 8.958 - de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e dá outras providências, admite, expressamente, em seu artigo 2º, a criação, pelo poder público, de fundações públicas de direito privado.

Constata-se diferentes posicionamentos expressos na legislação que regulamenta benefícios sociais e institui fontes de custeio ou aquela destinada a fins filantrópicos, como é o caso da Lei 8.212/91, a Lei 9.429/96, da Lei complementar 84/96, sobre o parecem não obrigar que a fundação instituída pelo poder público como filantrópica. A tendência é de não conhecer a instituição criada pelo poder público como entidade de fins filantrópicos, que ao nosso entender é um equívoco social e jurídico.

Observa-se, pela análise da legislação acima citada, que a submissão das fundações públicas às regras de direito público não lhes retira o caráter de direito privado, expressamente declarado pelo legislador. Em suma, a fundação pública de direito privado existe e é uma modalidade de descentralização administrativa ou uma forma de delegação de função do poder público, mediante a personalização de um patrimônio, que gravita na órbita do Estado e cujas suas diretrizes devem obediência à lei civil. É uma definição de Cretella Júnior: *uma entidade paraestatal, isto é, porque caminha lado a lado com o poder estatal*.

Plínio Salgado²⁴, analisando a legislação específica sobre as fundações, admite que o Estado pode criar, após a Constituição de 1998, dois tipos de fundações: pública de direito público (fundação autárquica) e pública de direito privado.

Se assim podem ser distinguidas, diríamos que a fundação administrativa, embora de natureza jurídica privada, é mantida pelo poder público, enquanto a de cooperação pode receber recursos públicos mas é mantida por suas atividades. Portanto, administrativamente autônomas. Ambas, de acordo com o autor citado, parecem assumir importância ímpar para a sociedade do terceiro milênio.

Tanto as fundações autárquicas como as de direito privado, instituídas pelo poder público, somente podem ser criadas em virtude de lei autorizativa (art. 37, XIX da CF). Até o advento da Reforma Administrativa, pela Emenda Constitucional 19/98, para as de direito público, a lei lhes deu a existência; para as de direito privado, a lei é apenas autorizativa. Havia, portanto, uma diferença de forma, que, face a esse paralelismo, a extinção, também, se dava da mesma maneira. Diz Plínio Salgado:

A definição da personalidade jurídica da fundação, ou melhor, a escolha do tipo fundacional desejado, é privativa da entidade política (União, Estado, Distrito Federal ou Município). Isto porque cada qual é livre para dispor sobre a estrutura administrativa que lhe parecer mais conveniente à execução dos seus serviços, desde que, apenas, observe se as linhas mestras da administração federal, a vista do preceito constitucional (artigo 25 da CF), que determina o respeito e as normas estabelecidas na Constituição, dentre os quais o da forma organizacional administrativa (art. 37, XIX))²⁵.

Como se vê, a legislação inicial (Decreto – lei 200/ 67, art. 4 , § 2.º) comparava a fundação, instituída em virtude de lei, à empresa pública. Esta, no art. 5.º, II, no mesmo diploma, fora definida como de natureza privada. O Decreto – lei 900/69, art. 3 definiu esta situação, integrando as fundações criadas pelo poder público na administração indireta sob a orientação do Código Civil, portanto, de direito privado.

Posteriormente, a legislação caminha no sentido de compreender e amparar dois tipos de fundações criadas pelo poder público: as de direito público, pertencentes à administração indireta, instituídas e mantidas pelo poder público e as fundações públicas de direito privado, isto é, instituídas pelo poder público, mas não por ele mantidas ou preponderantemente mantidas e regidas pelo que determina o Código Civil.

²⁴ SALGADO, Plínio. A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado. TC –Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Revista do Tribunal, ISSN-0102-1052, p.92,1994.

²⁵ Idem, p.93

3.2.5. A fundação segundo a jurisprudência e pareceres: panorama ilustrativo.

Existem poucos julgados sobre esta matéria nos tribunais. O Supremo Tribunal Federal entendeu, em acórdão que teve como relator o Ministro Evandro Luís Silva²⁶, como sendo de direito privado as fundações **instituídas e mantidas** pelo Estado: “*embora instituída por lei e com recursos dados pelo Estado, trata-se de sociedade de direito privado. As demais decisões que a condenaram em juízo não autorizam recurso ex officio*”.

Posteriormente, ainda no âmbito do STF, passou-se a admitir a fundação de direito público ao lado da fundação de direito privado, criada pelo poder público. Assim se expressou o Ministro Rafael Mayer²⁷, por ocasião do julgamento do recurso 101.127/84, versando sobre acumulação de cargos na vigência do art. 99, § 2º da Constituição de 1969:

No meu entender, e na concepção dominante no direito administrativo, há a fundação de direito público e há a fundação de direito privado, instituídas pelo poder público. A fundação de direito público é equiparada em tudo a uma autarquia. Se analisasse essa instituição do Estado do Rio de Janeiro (Fundação Estadual de Educação do Menor) e nela se identificasse uma fundação de direito público, ela seria equiparada a uma autarquia e estaria compreendida na proibição. Mas, se é uma fundação instituída pelo poder público, mas de direito privado, quer dizer, instituída como as demais fundações de direito privado, através de ato institucional, regido pelo direito privado, com uma escritura com registro em títulos e documentos, seria uma fundação de direito privado que o poder público, como qualquer particular, pode instituir, e aí não estaria abrangida pela proibição.

Também no julgamento do Recurso Extraordinário n. 115.134-DF, o relator Ministro Carlos Madeira²⁸ reafirmou que as fundações de direito público são espécies de autarquias, desde que assumam a gestão do serviço estatal e sejam mantidas com recursos orçamentários, sob direção do público. Diz:

Natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do poder público, integram a administração indireta, e são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso conhecido e provido.

Como se pode ver, essa decisão define, com clareza, quando uma fundação instituída pelo poder público deve ser considerada de natureza pública. Mas, o reconhecimento do STF da existência da fundação de direito público, à unanimidade de

²⁶ RTJ, V. 37, p. 151.

²⁷ RDA, vol. 158, 76.

²⁸ STF. RE. 115.134-DF, DJ. D.5.88, p. 10635 e RDA, vol. 179/180, p. 229. Acórdãos no mesmo sentido: RECR 0116468/88, DF, and. 14.10.88; RE - 401126, RTJ 113/331.

votos, se deu anteriormente, no julgamento do recurso 101.126/RJ²⁹ em 24.4. 84, nesses termos:

Nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. As fundações instituídas pelo poder público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados membros, por leis estaduais, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público.

Já o Ministro William Patterson³⁰ concluiu:

A teor do disposto no art. 81, do CPC, o Ministério Público só pode exercer o direito de ação nos casos previstos em lei. Estando as fundações universitárias na categoria de entidades oficiais, embora criadas com personalidade jurídica de direito privado, não podem sujeitar-se à disciplina do Código Civil, invocada na sentença(art. 26 e 30).

Mais recentemente, em julgado cujo relator foi o Des. Romão de Oliveira da 2ª Turma Cível – TJ/DFT³¹, entende que, a rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. Assim sendo, o regime da fundação criada pública por órgão público recebe a natureza e regime jurídico das autarquias.

A Constituição Federal vigente veio definir, de vez, a polêmica sobre essa questão observando-se que a jurisprudência mais recente admite a fundação pública, quando criada pelo poder público e por ele administrada e mantida. A jurisprudência, já a luz do texto constitucional de 1988, tem manifestado:

É servidor público o empregado de fundação constituída pelo poder público estadual, fazendo jus da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT. É ilícita a despedida sem a observância das formalidades legais³².

E o Regional de Santa Catarina: *Fundação instituída pelo poder público. Estabilidade. A fundação instituída pelo poder público está abrangida pela norma inserta no art. 19 do ADCT³³.*

O Tribunal Regional do Trabalho da 4a. Região tem decidido que as fundações criadas pelo poder público, quando mantidas e geridas pelo poder estatal são de natureza

²⁹ RDA. Vol. 161, p. 50.

³⁰ TRF. 2ª Turma; Ap. Civ. P. 125.501-DF; DJ, 10.9.87, p. 18.851.

³¹ AC 32283/94. Rel. Romão de Oliveira. 2ª Turma Cível – TJ/DFT. Maioria. DJ 3 de 17.08.94, p. 9.478. In: TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. A Constituição na visão dos Tribunais. Op. cit., p. 452.

³² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª. REGIÃO. In: RJTRS, Ac. RO-4175/90, 106/HS, p. 14/15.

³³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª. REGIÃO. Recurso proveniente da JCI de Joaçaba – SC. In: DJ- SC, n. 8.663, de 15.01.93, p. 39.

jurídica pública e, portanto, estão sob o regime jurídico do poder que as criou. Mas, como se observa, é pública aquela fundação criada e mantida. Assim se expressa o Tribunal Regional do Trabalho:

Fundações públicas. Constituição. As fundações públicas, assim denominadas pela Carta Constitucional, prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e complementares do poder público³⁴.

E mais:

Fundação. Se a fundação sem fins lucrativos é instituída pelo poder público, está ela ao abrigo dos privilégios estabelecidos no Decreto - Lei nº 779/69, inclusive para a contagem do prazo recursal³⁵.

Como se pode perceber, na jurisprudência encontram-se, assim como na doutrina, três tendências: uma que só admite a fundação como instituição de direito privado, nos preceitos do Código Civil; outra que admite que as fundações instituídas pelo poder público podem assumir tanto personalidade de direito público, se esta for definida em lei e a fundação for mantida pelo poder que a criou; ou fundação pública de direito privado, quando criada mas não mantida pelo poder estatal; terceira que entende que a fundação criada pelo poder público, obrigatoriamente assume a natureza pública, face ao que preceitua o art. 37, caput da Constituição Federal.

Nesta última direção decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que entendeu ser a Fundação Regional de Blumenau – Furb, mantenedora da Universidade Regional de Blumenau, mesmo sendo instituída de direito privado, uma entidade pública por essência. Disse o Tribunal de Justiça do Estado Catarinense³⁶:

“...Há de fato uma lei municipal que diz tratar-se a FURB de pessoa de direito privado, de v. 2.876/82: a referida lei, no entanto, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, já que com ela tornou-se incompatível”.

Sobre a problemática da FURB, o parecer do ilustre prof. Dr. Paulo Henrique Blasi³⁷, mostra que a é uma instituição pública, com personalidade jurídica própria e que integra a administração descentralizada do município.

O Conselho Estadual de Educação, ao manifestar-se sobre se as fundações criadas pelos municípios, no Estado de Santa Catarina e mantenedoras do ensino superior podem

³⁴ Idem, RE-ZV /91. Acórdão 1ª- Turma, n. 0059/92 Rel. J. COELHO NETO. Diário da Justiça-SC n. 8.422, de 20.01.92, p. 20-21.

³⁵ IDEM, RE. No. 3953/91 2a. Turma.

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Decisão sobre natureza jurídica da Fundação Educacional Regional de Blumenau –FURB. Relator: Des. Amaral e Silva SIT/1793, TJ-SC, 1994.

³⁷ BLASI, Paulo Henrique. Op. cit. p.4.

revalidar diplomas de graduação emitidos por universidades estrangeiras, já que o art. 48, §2º. da lei 9.394/96 reza que *os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas...* assim se expressa:

Paralelamente deve-se aduzir que este Conselho Estadual de Educação de SC, pela Resolução n. 03/97 de 27.02/97, considerou que as instituições de Ensino superior do Sistema Fundacional Catarinense, estão enquadradas no inciso II, art. 17 da lei 9.394/96 – LDB – e, portanto, pertencentes ao Sistema de Ensino do Estado de Santa Catarina e, ipso facto, são públicas³⁸.

A Procuradoria Geral do Ministério da Educação, ao responder consulta sobre a possibilidade da Fundação UNOESC receber verbas do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em 1994, exarou longo parecer que atribui às fundações criadas pelo poder público regidas pelo Código Civil, como instituições de direito público. Diz:

“De todo o exposto, concluímos que as instituições de ensino, ora examinadas, são entidades de direito público, embora batizadas, inadequadamente, de pessoas de direito privado, encontrando-se, desta forma, aptas a receber recursos públicos...”³⁹.

No nosso entender, tanto o Tribunal de Justiça como a Procuradoria Geral do Ministério da Educação partiram do pressuposto de que todo ente criado pelo poder público deve ser considerado de direito público. Essa posição não se estriba na corrente majoritária de Juristas que partilham da interpretação Constitucional da autonomia do poder público para criar, por lei, fundação com personalidade de direito público – fundação pública – e, neste caso é uma espécie de autarquia; mas pode também determinar a criação de fundação com personalidade de direito privado – fundação privada, a exemplo das empresas públicas que possuem personalidade de direito privado. É o que bem descreve Gasparini⁴⁰:

... Com efeito, o Estado tanto pode criar pessoa de direito público como pessoas de direito privado para oferecerem aos administrados os serviços que entender sejam-lhes úteis. É a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dizer que da vontade do Estado podem nascer entidades públicas e privadas.

Vários pareceres sobre o assunto, de renomadas autoridades, indicam a certeza da direção acima exposta por Gasparini. A Procuradoria do Município de Joaçaba, ao responder sobre consulta feita sobre a Fundação UNOESC, quanto ao seu regime jurídico e as conseqüências advindas para aposentadoria dos seus funcionários, assim se manifestou:

³⁸ CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO ESTADO DE SANTA CATARINA. Comissão de Ensino Superior. Cons. relator: Walter Fernando Piazza. Proc. 244/988. Florianópolis, 14 de julho de 1998.

³⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação. Edelza Maria de Souza Freitas, Parecer 57 de 8 de Dezembro de 1994.

⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 147.

Face a análise dos requisitos citados pelo autor supra (refere-se a Gasparini), resta claro o não enquadramento da Fundação UNOESC na situação de Fundação pública, senão vejamos:

A instituição da fundação não teve origem na vontade do Poder Público, este apenas reconheceu a fundação no município, para atender a comunidade de Joaçaba e região. O município nunca interferiu na atuação da Fundação, quanto menos em sua organização ou finalidades. Assim, não há que se falar em ausência de liberdade. O município jamais se manifestou contrariamente a extinção da Fundação, pois esta sempre teve plena liberdade para definir suas vontades e objetivos. A Fundação também nunca esteve submetida a qualquer controle positivo do Município... Portanto, o que houve, foi apenas o reconhecimento da UNOESC pelo poder público joaçabense, não sendo, desta forma, fundação pública.

O ilustre Promotor de Justiça, André Fernandes Inaldêncio, Curador das Fundações no Município de Lages, em parecer circunstanciado diz que hoje não subsistem quaisquer dúvidas sobre a autonomia do poder público em criar fundações públicas ou privadas. Para o douto operador jurídico, com o advento da Constituição de 1988, passou a existir no âmbito do poder público a administração fundacional (art. 37), espécie de instituições mantidas e criadas pelo poder público, sem que, no entanto, tenha se operado “*ipso facto*”, mutação na estrutura jurídica das entidades então existentes, a revesti-las, todas, de caráter público. “*Também não há de se afirmar tenha passado a visualizar, após a Constituição, a impossibilidade do surgimento de Fundações regidas pelos preceitos do Direito Civil, no plano jurídico vigente*”.

Para o parecerista mencionado, o que passou a se disciplinar com a nova Lei Maior, foram, isto sim, as características que identificam cada espécie e os regramentos que lhe são inerentes. Dentre estes aspectos, exsurtem os elementos que traduzem a natureza de cada fundação, valendo agora utilizá-los para a adequação do ente em objeto à sua real característica: a forma de criação e os atos imprescindíveis à sua existência; a constituição do seu patrimônio; o regime trabalhista aplicável a seus servidores; a existência de subvenções por parte do poder público e a tutela do poder público. Não é apenas um elemento dos acima citados que dá o caráter público a uma fundação criada pelo poder público. E conclui:

Assim, frente aos argumentos expostos, concluo no sentido de que a UNIPLAC (Lages) é ente de direito privado, o que afastou portanto, sua sujeição, na elaboração de sua execução contábil e financeira, ao regime da Lei 4.320/64 e o contido no art. 165, §5º, I da Constituição Federal.

Como se pode perceber, tanto a lei, como a jurisprudência e a doutrina não possuem uma posição una a respeito das fundações. Os pareceres também são contraditórios e emitidos de acordo com a conveniência do momento. Por tudo se vê a necessidade de definir, mais concretamente, o caminho futuro das fundações. José Luiz Piñas Mañas⁴¹ reclama que há necessidade de uma normatização ou regulamentação específica sobre fundações porque elas podem servir, de modo especial, à comunidade e servir de instrumento de serviço social. Uma uniformidade jurídica, segundo o autor, auxiliará a todos. Mas ela pode ser perturbadora, porque a legislação “lata” beneficia alguns.

De acordo com o Ministro Néri da Silveira⁴², após a decisão do RE n. 101.126-RJ, em 24.10.94, sendo relator o ilustre Ministro Moreira Alves, em que o Supremo Tribunal Federal firmou posição sobre a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público no sentido de entender que “*nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado*”, mas quando as fundações instituídas pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados ou Municípios assumem a gestão do serviço público estatal obrigatório e se submetem ao regime administrativo previsto pelo poder instituidor, por lei, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Estas não se confundem com fundações de direito privado também criadas pelo poder público. São, pois, espécie de autarquias e, portanto, não se submetem às normas do Código Civil.

As fundações criadas pelo poder público, de direito privado, no dizer de Adilson Abreu Dallari⁴³ “*não se confundem nem com as autarquias, nem com as fundações instituídas por particulares, pois, de qualquer modo, correspondendo a uma forma de atuação do Poder Público, apresentam especificidades disso decorrentes*”, surgindo, em princípio, em virtude de lei e submetendo-se as regras do Código Civil pertinentes.

Embora criadas pelo poder público, na forma legal, ficam ainda ligadas ao poder instituidor que pode, eventualmente, alterar a lei autorizativa, o que não ocorre com as fundações particulares onde o criador não tem mais condições de vínculo com a fundação criada após a destinação e personalização dos bens.

3.2.6. Fundações instituídas pelo poder público de acordo com a doutrina

É através de estudos sobre a legislação vigente, feitos por diversos juristas que, neste espaço, serão respondidas as seguintes questões: A natureza jurídica da fundação obedece, necessariamente, a natureza jurídica do poder que a constituiu? Qual é a natureza jurídica da fundação criada pelo poder público. Como ente de natureza coletiva e pública, o

⁴¹ PIÑAS MAÑAS, José Luiz. Regulamentação das fundações: alternativas, aspectos positivos e negativos de uma lei de fundações. Conferência proferida em Porto Alegre, 6 de outubro de 1995, I Encontro Internacional de Fundações Privadas. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão -FIJO, 1995.

⁴² SILVEIRA, José Néri. As fundações e o Poder Judiciário. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1995. Conferência proferida em Porto Alegre em 6.10.95, no I Encontro Internacional de fundações Privadas na Fundação Irmão José Otão.

⁴³ DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. Revista de Informação Legislativa, ano 28, n.110,p.206,1991.

poder público pode criar fundações privadas? A Constituição Federal vigente obriga ao poder público, ao criar uma fundação, que esta seja de natureza jurídica pública?

Mesmo depois de vários estudos realizados sobre esta questão, persiste o dissenso entre os doutrinadores. Ilsa Almerinda Homerich⁴⁴, estudando as fundações instituídas pelo poder público no Rio Grande do Sul, diz que há grande controvérsia doutrinária existente no Brasil sobre a natureza jurídica das fundações criadas em virtude de lei, pelo poder público. De qualquer modo, essas entidades são utilizadas pelo poder público como instrumento de descentralização administrativa de certos serviços e, portanto, exercem função delegada do poder criador.

Carlos Roberto Ramos⁴⁵, ainda em 1978, ao discorrer sobre a natureza jurídica das fundações educacionais instituídas pelo poder público, diz que não se trata de ficar debatendo se deve ser de direito público ou de direito privado. O que é bem de ver se há desvirtuamento das características da fundação quando se lhes concede a natureza jurídica de direito público. Entretanto, quem institui pode dispor a forma de se administrar e, em sendo a União, o Estado ou o Município o instituidor cabe-lhe fazer, a bem da moral administrativa, certas exigências, pois o patrimônio que se afetou para a consolidação desse ente proveio do dinheiro do povo, a quem se deve satisfação.

Não se pode conceber que a fundação instituída pelo poder público, de direito privado, tenha as mesmas características de uma fundação privada no sentido particular. O atual momento da vida da sociedade comporta a organização de instituições que não podem ser enclausuradas puramente nas regras do Código Civil porque este, segundo o autor acima mencionado, apesar de vigor desde 1917, não acompanhou a evolução e necessidade do poder público.

Não raro, aparece-nos o fundamento de que as nossas fundações instituídas pelo poder público, se equívalem aos estabelecimentos públicos (L'établissement public) dos franceses, pois segundo Waline (1969) citado por Carlos Roberto Ramos, acima mencionado, são pessoas de direito privado que somente têm em comum com os estabelecimentos públicos o princípio da utilidade geral, coletiva. São muitos os autores que engrossam as fileiras desse pensamento e concordam que as fundações criadas pelo poder público são entidades com estrutura de direito privado, para atender a objetivos culturais, assistenciais ou executar serviços que não estão na índole daqueles de execução direta do Estado.

Cretella Júnior⁴⁶ entende que, não obstante a importância do instituto das fundações, no plano jurídico universal e brasileiro, o tema não tem sido estudado com profundidade.

⁴⁴ HOMERICH, Ilsa Almerinda. Fundações instituídas pelo poder público - aspectos peculiares do Rio Grande do Sul. Florianópolis: UFSC, 1978 (dissertação de Mestrado).

⁴⁵ RAMOS, Carlos Roberto. Natureza jurídica das fundações educacionais instituídas pelo poder público federal, estadual e municipal e que destes recebem recursos. Revista Jurídica LEMI. Belo Horizonte, junho de 1978. p. 1-15.

⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Análise de documentos jurídicos brasileiros, referentes ao presente e futuro das fundações. Fundação Irmão José Otão -FIJO. Anais do I Encontro Internacional sobre Fundações Privadas. Porto Alegre: FIJO, p. 33-38, 1995.

Neste sentido, a noção mais importante, no direito, é a referente à categoria personativa, porque, no mundo jurídico, a pessoa é o sujeito capaz de direitos e obrigações. Ora, a transitoriedade da pessoa física levou o homem a criar a pessoa jurídica, resultado da luta do homem contra o tempo.

O direito brasileiro, como os demais de base romanista, para o autor acima citado, inicialmente, deu às fundações a orientação do primado do direito civil. É recente, entre nós a idéia de fundação pública. Por isso entre os autores há duas posições opostas: de um lado Hely Lopes Meirelles, Manoel Oliveira Sobrinho que não aceitam a fundação de direito público. Em contraposição, cultores notáveis do direito privado como os comercialistas Silvio Marcondes e Honório Monteiro, o civilista Clóvis Bevilácqua, aceitaram a fundação pública de direito público quando estudaram a natureza jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. No entender de vários autores, dentre os quais Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Cretella Júnior, a Magna Carta não obriga a que todo ente criado pelo poder oficial seja público.

Compete ao poder público criador definir, por lei, a natureza jurídica que deseja dar ao ente criado. Se fundação privada, reger-se-á pelas normas do Código Civil. Esta posição, porém, não é pacífica. Os juristas brasileiros, hoje, têm opiniões diferentes. São três correntes divergentes em que, na atualidade, se apoiam os estudiosos das fundações. A primeira faz coro com as idéias de Hely Lopes Meirelles e advoga que, apesar da nova Constituição falar em fundação pública, por questões históricas, as fundações são entes jurídicos cujas características essenciais são sempre de natureza privada e cabendo o seu controle ao Ministério Público, não importando o poder que as institui.

A segunda corrente, majoritária, se apoia na idéia de que o poder público, detentor do "*jus imperii*", pode criar fundações tanto de natureza jurídica pública como privada, dependendo das finalidades para as quais são instituídas. A terceira corrente, minoritária, compreende que o poder público, após a Constituição Federal de 1988, somente pode criar fundações de natureza jurídica pública.

a) As fundações instituídas pelo poder público, vistas por juristas que lhe atribuem personalidade jurídica de direito privado.

O grande, enérgico e ardoroso defensor de que as fundações, por suas características peculiares, somente podem ser de direito privado é Hely Lopes Meirelles⁴⁷. Embora o autor tenha, após a Constituição de 1988, admitido que "*as fundações públicas prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e atípicas do poder público, mas de interesse coletivo...*" na verdade, sempre entendeu que a fundação, mesmo quando criada e mantida pelo poder público, não perdia a sua personalidade de direito privado, nem se transformava em entidade pública, ficando, simultaneamente, sujeita à tutela do Ministério Público.

O estudioso citado entende que o instituto em estudo é reconhecido e normatizado pela lei civil (Código Civil arts. 16 e 24 a 30). Não há outra lei de tamanha força quanto o

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20 ed. Malheiros Editores, 1995, p.317.

Código Civil que regule a natureza jurídica da fundação. Apesar de se lhe atribuir interesse público, a fundação é sempre regida pelo direito privado. Diz:

É irrelevante a origem dos bens personificados, que tanto podem provir de patrimônio privado como de domínio público. O que importa é a instituição da natureza jurídica de direito privado, ...tais fundações, como pessoas de direito privado têm ampla liberdade de contratação com particulares para seus fins estatutários⁴⁸.

Os estudiosos que fazem coro com Hely Lopes Meirelles, argumentam que a figura jurídica da fundação pertence à Teoria Geral do Direito, na qual se vê contido o conceito genérico de pessoa moral e que, em consequência, a fundação é espécie daquele gênero. A afetação de um patrimônio para realização de um fim nasce com o instituto de Direito Civil, não importando a origem dos bens.

Não se ignora que a Constituição Federal de 1988 mencione “fundações públicas”. Porém, não parece ser espírito constitucional dar-lhes, obrigatoriamente, a natureza pública, isto é, sua forma de administração e vínculos jurídicos. Para o renomado administrativista, a Constituição não alterou a situação anterior e, as fundações, mesmo criadas pelo poder público não perdem a personalidade de direito privado, mesmo quando destinadas a realizar serviços de interesse público.

Em verdade, em tempos atuais, reiteradamente, o poder público, tanto no Brasil como em outros países, sobretudo na Itália, EUA, Canadá, Alemanha e outros, utilizam a descentralização institucional, destacando um serviço privativo seu e personificando-o. Ou, em diversos casos, o Estado resolve desenvolver uma atividade, a qual, embora não privativa, seja de manifesto interesse público, adotando a figura da fundação. Em ambos os casos, deseja-se dar maior agilidade administrativa ao não submeter tudo à tutela do Estado. Neste sentido, Franco Sobrinho assim se expressa:

Qual a diferença do Estado instituidor de uma fundação ou do particular? Qual o prejuízo para a administração em seguir, ou não, as regras da lei civil? Onde e porque devem as fundações ser públicas ou privadas e não apenas fundações? 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. Não é possível limitar o que o pensamento do legislador não limitou. 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 público⁴⁹.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo: RT, 1971, p.83-5, apud, LIMA, Tereza H. de Miranda. Fundações criadas pelo poder público: natureza jurídica- posições da doutrina. In: Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, ano VII, n.5, p.2,1997.

⁴⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Fundações e Empresas Públicas. Apud LIMA, Thereza H. de Miranda. Op.cit. p. 5.

Na mesma linha de pensamento, Luiz Fernando Coelho⁵⁰ que a fundação é forma de institucionalização de relações interindividuais, desenvolvidas no contexto do direito privado, com vistas à vida de relação. Não existem fundamentos históricos, nem filosóficos, nem sociológicos, e muito menos dogmático-jurídicos, para que se pretenda transformá-la, de instituição típica de direito privado em algo pertencente ao âmbito do direito público. *“Isso não impede que o Estado a utilize sem com isso transformá-la em autarquia e nem desvirtuá-la...”*.

Também Caio Tácito⁵¹ concorda com a idéia de que a fundação, mesmo instituída por lei e com recursos do poder público, é pessoa de direito privado. Isso porque a fundação é distinta dos demais órgãos da administração direta. Argumenta ainda: *Ora, se a autarquia é um prolongamento do Estado ou a sua “longa manus”, porque executa serviços próprios do Estado, porque haveria de criar fundações de natureza jurídica pública? Em que se diferenciaria de autarquia?*

b) Juristas que apoiam a iniciativa que o poder público pode criar fundações tanto com personalidade de direito público e de direito privado

Depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com maior frequência, o poder público, especialmente os municípios, tem criado fundações para realizar atividades de interesse coletivo: esporte, cultura, educação, turismo, pesquisa, saúde e outros, em muitos casos, com a fixação de subsídios orçamentários e passando-lhe atribuir natureza pública.

A própria Constituição, encampando a doutrina existente, instituiu as fundações públicas, ora chamando-as de *“fundações instituídas e mantidas pelo poder público”*; ora de *“fundação pública”*, ora de *“fundações mantidas pelo poder público”* e ora, simplesmente, de *“fundações”*.

Nesse emaranhado, a corrente majoritária de juristas, na atualidade, aceita a idéia de que o poder público pode criar fundações públicas, tanto de direito público como de direito privado. Isto porque, o Estado é um ente especial que se dá a liberdade de, face ao seu poder de império, na defesa de suas atividades essenciais, como forma de descentralizar, para melhor cumprir suas funções, para criar fundações de direito público ou privado. Civil.

Para esse grupo de juristas estudiosos, alguns mencionados adiante, o fundamento dessa teoria se encontra nos preceitos legais e na própria Constituição. O constituinte de 1988 não quis criar nova figura jurídica que conflite com a autarquia ou que proibisse a criação de fundações privadas. Ao contrário, quis dar mobilidade ao Estado, possibilitando-lhes alternativas para descentralizar suas atividades. Porém, sob condições o Estado pode, para atender serviços que lhe sejam úteis, criar pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, porque nascem de sua vontade.

⁵⁰ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 39.

⁵¹ TÁCITO, Caio. *A acumulação de cargos na Constituição do Brasil*. Revista de Direito Administrativo, RDA. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 7, p. 20, 1994.

Plínio Salgado⁵² em recente estudo sobre o caso, relata que um grupo de ilustres juristas, constituindo-se entre nós a majoritária corrente, discordam de Helly Lopes Meirelles e outros. Dentre estes juristas, destacam-se Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³, José Cretella Júnior⁵⁴, Nelson Godoy Bassil Dower⁵⁵, Diógenes Gasparini⁵⁶, José dos Santos Carvalho Filho⁵⁷, Lúcia Vale Figueiredo⁵⁸, Celso Ribeiro Bastos⁵⁹, Antônio A. Quiroz Telles⁶⁰, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹ e outros não menos importantes apontam que, após a Constituição de 1988, a fundação pública se tornou uma espécie do gênero de autarquia e opõe-se à fundação privada e, por isso, não é regulada pelo Código Civil. Como uma síntese da opinião dos autores citados, mencionamos uma passagem de Cretella Júnior quando diz:

Admitir apenas a fundação privada é aceitar o primado do Direito Civil, promovendo-o por antigüidade, à matriz mesma da ciência jurídica, ramo-fonte do direito do qual derivam os demais. A fundação de direito público é realidade jurídica que não encontra base no Direito Civil, mas na Teoria Geral do Direito (p. 45).

Neste sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶² ensinava que se a lei cria as fundações com capacidade específica de direito público, está-se diante de uma instituição de natureza pública, com características de autarquia. Porém, se entrega ao executivo o cargo de criá-la, através de ato constitutivo de direito privado, com ato formal próprio de caráter civil, então será uma fundação privada e regida pelas normas do Código Civil.

Perfilhando a tese acima descrita, Miguel Reale⁶³ admite que, após a Constituição de 1988, a fundação criada pelo poder público de natureza privada é uma exceção à regra. Entretanto, é admissível. Assim se expressa:

Quando, porém a lei institucional dá nascimento a uma fundação a fins de interesse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, de maneira expressa, a configuração

⁵² SALGADO, Plínio. A natureza das fundações instituídas e mantidas pelo Estado. TC –Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Revista do Tribunal. Belo Horizonte: TC, ISSN0102-1052, p. 75-107, 1994.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípios Gerais do Direito Administrativo. Apud SALGADO, Plínio, Op. cit., p. 81.

⁵⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. op.cit.

⁵⁵ DOWER, Nelson Godoy Bassil. Instituições de direito público e privado. 8 ed. São Paulo: Nelpa Edições Jurídicas, 1995.

⁵⁶ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁵⁷ CARVALHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

⁵⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁰ TELLES, Antônio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8 ed., São Paulo: Atlas, 1997.

⁶² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 1974. p. 245.

⁶³ REALE, Miguel. Fundações de direito público –registro dos atos constitutivos e controle do Ministério Público. Apud SALGADO, Plínio. Op. cit. p. 81.

jurídico-civil, deve entender-se que se trata de um ente de direito público; não subordináveis as preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto as formalidades de sua constituição, quer quando ao processo de fiscalização.

Mais recentemente, Edson José Rafael⁶⁴ diz que deve-se distinguir fundação particular de direito privado e fundação pública de direito privado. As primeiras são regra inserta na legislação e podem ser instituídas por pessoas físicas ou jurídicas, desde que a dotação patrimonial advenha da fortuna pessoal do instituidor. Para o autor, essas fundações podem deslocar-se para o direito social em razão do interesse público de sua finalidade. Mas, o poder público pode instituir fundação valendo-se das mesmas regras do particular.

Com a Emenda Constitucional 19/98, nascem as instituições sociais como forma de descentralização das atividades do Estado. Elas podem ser criadas pelo poder público, porém com personalidade privada.

Logo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muito se discutiu se a fundação instituída pelo poder público deveria ser, simplesmente, pública ou privada. Presentemente, a doutrina tem se posicionado, pouco a pouco, que é possível o Estado fazer nascer uma fundação pública no contexto do direito público, isto é, autárquica, ou uma fundação privada, no contexto das leis civis.

Para o autor acima citado, *o poder público pode instituir fundação autárquica ou pública de direito privado*. Institui, pois, o Estado, uma fundação dentro do direito público e estará criando uma fundação autárquica, ou opta por inserir o novo ente dentro do direito privado e estará fazendo nascer uma fundação paraestatal. É uma instituição de caráter social quando sua opção for pela personalidade privada.

Monteiro, 1989⁶⁵, relatou que muito antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já se admitia a fundação de direito público, embora sob regras de direito privado. Atualmente, os autores citados concluem que o Estado, na faculdade de usar o poder público, com o advento da Constituição de 1988, fazendo uso do “jus imperii”, pode atribuir ao ente por ele instituído a natureza típica de acordo com sua natureza. Por exemplo, DI Pietro, assim se expressa:

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade⁶⁶.

Para a autora, em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação instituída pelo poder público, de natureza pública ou privada, tem que ser extraída

⁶⁴ RAFAEL, Edson José. Op. cit. p.81.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p.320.

do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. A Constituição de 1988 não alterou a Lei 7.596/87. Trata-se de aplicar o artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil, em consonância com o qual a lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Assim sendo, pode-se definir, segundo os autores mencionados que a fundação pública instituída pelo poder público com o *“patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”*⁶⁷.

Uma fundação instituída pelo poder público, segundo Di Pietro, em obra já mencionada, a fundação deve trazer consigo as seguintes características: 1) dotação patrimonial, que pode ser inteiramente do poder público ou semi-pública e semi-privada; 2) personalidade jurídica pública ou privada, atribuída por lei; 3) desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social – com isso fica presente a idéia de descentralização de uma atividade estatal e também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; 4) capacidade de auto-administração; e 5) sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da administração direta, nos limites estabelecidos em lei.

Thereza Helena S. de Miranda Lima, citando Stassinopoulos, assim se expressa:

*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) 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 uma pessoa moral distinta. Quanto ao segundo elemento as manifestações são: introdução de taxas e direitos especiais; criação de servidões administrativas; possibilidade de expropriação da propriedade privada; gozo particular do domínio público; possibilidade de aplicar receitas públicas e tutela administrativa*⁶⁸

O “jus imperii” está configurado no poder regulamentador, no poder de polícia, no direito de assegurar, de ofício, a execução dos atos administrativos e da própria lei. Ora, na legislação nacional, vemos vários exemplos desse poder de império, como quando da criação da Fundação Getúlio Vargas, de direito privado. Entretanto, é na criação da FUNAI que o poder de império se manifesta ainda mais contundente. A lei de criação (5. 371/67) em seu artigo 1º, estabelece a “personalidade jurídica de direito privado. Mas define o poder de polícia nas áreas reservadas e na proteção ao índio. No art. 2º, § 1º se lê: *“Os bens, rendas e serviços da fundação são isentos de impostos federais, estaduais e municipais..”*. O §2º diz: *“O orçamento da União consignará, em cada exercício, recursos suficientes ao*

⁶⁷ Idem ibidem.

⁶⁸ STASSINOPOULOS, Michel. *Traté de actes administratifs*. Apud LIMA, Thereza S. de Miranda. Op. cit., p. 8.

atendimento das despesas da fundação". Já, o art. 8º reza que "a fundação poderá requisitar servidores federais, estaduais e municipais".

Encontramos na FUNAI, todos os ingredientes de fundação de natureza pública. Evidencia-se aqui o "imperium" do Estado. Ora, *verba non substantiam rei*. Absurdo seria sobrepor o "nomen juris" a própria substância do negócio jurídico. Exemplo semelhante é o da Fundação Educacional do Distrito Federal – FEDF, criada pelo Decreto 48.297/60 que, apesar de ser descrita como de natureza privada, integra a administração do distrito Federal e sob o controle do Tribunal de Contas.

Em conclusão, face ao exposto, parece assistir razões a esse grupo de estudiosos do direito em afirmar que o Estado é soberano em criar fundações de direito privado ou público. A personalidade jurídica do poder público instituidor não é transportada, obrigatoriamente, ao ente criado, porque a lei assim não determina, nem proíbe.

Finalmente, para concluir, é importante assinalar o que escreveu Maria Sylvia Zanella di Peitro, dizendo que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e de direito privado. Assim descreve a autora citada:

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em Mandado de Segurança em referência à fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado na íntegra, no Diário Oficial do Estado, de 7.5.86, Seção I, p. 55/56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e em seus atos constitutivos⁶⁹.

Para a autora, especialmente após a promulgação da Carta Magna de 1988, foram várias as manifestações entre os juristas no sentido de admitir que o poder público pode criar instituições de direito público como de direito privado. Neste sentido não há mais o que discordar porque os exemplos estão evidentes. São muitas as fundações instituídas pelo poder público de natureza privada e já citadas ao longo do trabalho, assim como as fundações de direito público criadas pelo poder público.

c) Juristas defensores de que as Fundações instituídas pelo poder público, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devem autárquicas.

Uma terceira corrente defende a teoria que, a partir da Constituição de 1988, as fundações instituídas pelo poder público devem ser, necessariamente de natureza jurídica pública.

Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, como já mencionamos, passadas as primeiras dúvidas de interpretação do novo texto, começaram a surgir

⁶⁹ DI PIETRO, Ma. Sylvia Zanella. Op. cit., p. 327.

definições mais concretas a respeito de dúvidas interpretativas, dentre as quais aquela que se refere às fundações criadas pelo poder público.

Segundo Marcos Antônio Diniz⁷⁰, com o advento da nova Constituição, o legislador deixa clara a natureza jurídica das fundações criadas pelo Estado. Entende que, ao falar de fundação pública, o constituinte já quis definir sua natureza jurídica, devendo obedecer a legislação especial, fora da lei civil e da legislação trabalhista privada. Amparado na doutrina internacional, o autor citado diz:

Não há mais dúvida: fundações criadas pelo poder público, devem ser consideradas de natureza pública e sujeitas às regras da administração que as criou. A nova ordem constitucional amplia o rol de pessoas jurídicas de direito público, sem revogar o artigo 16 do Código Civil Brasileiro, que continua vigendo para fundações privadas. Emerge agora, com muito mais substância, porque amparado pela Constituição Federal, toda gama de argumentos que serviu de sustentáculo da tese segundo a qual o Estado pode criar fundações de direito público.

Para o autor, hoje, o quadro da natureza jurídica das fundações se apresenta da seguinte forma: fundações criadas pelo poder público antes da Constituição de 1988, podem ser públicas ou privadas, mas, depois de 1988, por imposição constitucional, devem ser públicas. Em decorrência disso, a lei que cria a fundação é o próprio estatuto que, se existir à parte, deverá ser regulamentado por decreto. Portanto, a fundação pública não está sujeita à lei civil e exerce atividade delegada do poder público.

Foi assim que decidiu, por unanimidade, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em jurisprudência já citada, em 1994, quando reconheceu que a Fundação Regional de Blumenau- Furb, mantenedora da Universidade Regional de Blumenau, criada pelo poder público municipal, considerando-a como uma instituição de natureza jurídica pública. Assim também decidiu o Conselho Monetário Nacional em 30 de dezembro de 1997, através da resolução 002461 que redefine regras para o contingenciamento do crédito ao setor público e estabelece limites para realizações de operações:

Art.1º. O montante global das aplicações do Sistema Financeiro Nacional com órgãos e entidades do setor público está limitado a soma dos saldos apurados nas instituições financeiras em 30.12.97, desconsideradas as operações por antecipações de receitas orçamentárias:

Parágrafo único. Entende-se por órgãos e entidades do setor público:

I -;

I -;

II- III - as autarquias e fundações instituídas ou mantidas direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Município.

⁷⁰ DINIZ, Marcos Antônio. Natureza jurídica e controle das fundações instituídas pelo poder público na Constituição Federal de 1988. In: Legislativo ADCOAS (informações jurídicas e empresariais). São Paulo: Bla, ano XXIV, n.10, p.312-313, abril de 1990.

Vê-se, pois, que pelo parágrafo único, o Conselho Monetário Nacional entende que os órgãos ou instituições *criados ou mantidos* pelo poder público são de natureza jurídica pública. Contudo, uma resolução do Conselho Monetário Nacional não tem poderes para definir o que deve ser público ou privado.

Para os adeptos desta posição, a legislação anterior à Constituição falava de fundações públicas, mas podendo ser de natureza privada. Em 1962, Miguel Reale já se posicionava a favor do Estado poder instituir fundações de natureza pública. Dizia que se o patrimônio personalizado é público e os fins são públicos, então, obviamente, a natureza do poder instituidor se implanta na obra criada, devendo reger-se por normas próprias.

Esta concepção é defendida, também, por Temístocles Brandão Cavalcante⁷¹ que, reportando-se a VON STEIN e OTTO MAYER, alega que a fundação é entidade autônoma, mas como não é composta por sócios, não visa lucros e tem finalidade e interesses públicos, sua natureza, quando é o Estado quem a institui, deve ser de natureza jurídica pública. Se antes da Constituição de 1988 a lei permitia ao Estado criar fundações de direito privado, depois de 1988, face ao que dispõe o artigo 37, XIX, o poder público só poderá criar fundações públicas.

Tese semelhante é defendida por Guido Henrique Mainberg⁷² dizendo tornar-se inaceitável o pensamento que defende o caráter jurídico privado das fundações oficiais, das sociedades de economia mista e das empresas públicas porque na escala gradativa das entidades autárquicas, a regra é a publicidade de tais entes que nem por isso ficam equiparados aos da administração direta, gozando os privilégios desta.

Concordando com esta tese, José dos Santos Carvalho Filho⁷³ diz que existem somente dois tipos de fundações: as privadas, são aquelas instituídas pela iniciativa privada; as públicas, quando o Estado tiver sido o instituidor. Não interessa o rótulo que se dê às fundações, o que deve ser considerado é, realmente, que aquelas criadas pelo poder público devem ser consideradas públicas, e por isso mesmo, assumem o papel do seu instituidor.

Também Carlos Roberto Ramos⁷⁴, já defendia esta idéia anteriormente a 1988, quando alegava que somente órgãos públicos deveriam receber recursos públicos e, como tais, as fundações criadas pelo poder público.

d) Considerações necessárias

Diante das argumentações esposadas, parece que assiste razão à corrente que defende o "jus imperii" do Estado, porque outra não pode ser a interpretação dada ao artigo

⁷¹ CAVALCANTE, Temístocles Brandão. A Constituição Federal comentada. v. IV, p. 151. Apud, COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 47.

⁷² MAINBERG, Guido Henrique. Da natureza jurídica das fundações. JUSTITIA. São Paulo, ano XXIII, n. 72, p. 63-73, primeiro trimestre, 1971.

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 301.

⁷⁴ RAMOS, Carlos Roberto. Natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público federal, estadual e municipal e que destes recebem recursos. REVISTA JURÍDICA LEMI. Belo Horizonte: Lemi, p. 15-35, junho de 1978.

37, XIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O mencionado artigo, com a mudança introduzida pela Emenda Constitucional 19/98 obriga o poder público, ao criar uma fundação, proceder através de lei autorizativa. A interpretação de que o poder público somente pode criar fundações autárquicas, parece conter, segundo vários estudiosos, a ideologia corporativa e estatista que não atende aos propósitos da Constituição.

Ademais, da posição estatista surge a indagação: e as fundações criadas como entes jurídicos privados, antes de 1988, se obrigam a mudar sua personalidade jurídica para enquadrar-se ao novo preceito? Naturalmente que não. O princípio do direito adquirido, lhes garante prosseguir como foram criadas. Ademais, a constituição de 1988, não proíbe a criação de fundações de direito privado.

Neste sentido, também, a grande maioria dos juristas advogam que a mudança da personalidade jurídica é um preceito próprio do poder público instituidor. O que prevalece, neste caso, é a posição impositiva e imperativa do instituidor, porque dele e somente por ele, emana a lei e o decreto estatutário. Mas não é apenas vontade unilateral do poder público, porque emana também a vontade da fundação, pela mudança estatutária. Para isso exige-se também a participação do Ministério Público. Mister será exigir a concorrência de elementos volitivos, manifestados, neste sentido, pelo órgão deliberativo da fundação, pelo poder público e pela chancela do Ministério Público que lhe cabe observar a simples legalidade do ato.

Não há, assim, a menor dúvida de que a fundação criada pelo Estado ou é regida, quando privada, pelo Código Civil, disciplinando-se por princípios privatistas ou, quando pública, é regida pelo direito administrativo e, portanto, por princípios públicos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, civil ou comercial.

O substrato estrutural da fundação, pública ou privada é o patrimônio personalizado e afetado para um determinado fim. Não quer dizer que o elemento humano esteja ausente, mas ele tem funções diversas de outros entes administrativos. Ora se a patrimônio advém do ente instituidor público, então será pública, mesmo de direito privado.

Hoje, no direito brasileiro, quem mencionar a fundação deve, de imediato, acrescentar-lhe o atributo apropriado: pública ou privada. A generalização, como fez o constituinte de 1988, deixa confuso o intérprete levando a pensar que fundação pública é algo diverso da autarquia, quando na realidade, é uma das suas espécies. Os romanos já aludiram, diz Cretella Júnior, à *universitas rerum*, o que contrapunham à *universitas personarum*. Estas corporações e aquelas, fundações.

Nessa linha de raciocínio, deve-se concluir, também, que as fundações criadas pelo poder público como de natureza pública e, posteriormente, modificadas para fundações privadas, antes de 1988, sob o manto das normas do Direito Civil, estão vinculadas às diretrizes do Código Civil.

Porém, no direito positivo nacional, ainda não é pacífica a atribuição da natureza jurídica às fundações criadas pelo poder público. Não há consenso porque a expressão literal da lei também é dúbia. Após a Constituição de 1988, aumentaram os argumentos que dividem as opiniões dos estudiosos. Por outro lado, a doutrina universal reconhece a existência de fundações criadas pelo poder público como direito público e direito privado, como se pode depreender das lições de Mayer, Ernest Fortoff, Bielsa e outros, citados por Thereza H. S. Miranda de Lima⁷⁵.

Como se pode observar, há três posições distintas e não conclusivas entre os nossos estudiosos juristas. A doutrina universal reconhece a existência de fundações públicas e privadas. Aquela corrente de maior número de adeptos, está entre aqueles que admitem ser impossível classificar uma fundação criada pelo poder público, como ente de natureza pública ou privada. Para essa corrente majoritária, ao poder público é facultado o uso do "jus imperii", isto é, o poder de regulamentar, no qual se inclui o poder de polícia e o direito de assegurar, de ofício, a execução dos atos administrativos e da lei. Assim sendo, o Estado pode criar fundações públicas tanto de direito público como de direito privado

A conclusão recomendada é aquela aconselhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶, quando afirma que todas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, por isso governamentais, submetem-se sob um ou outro aspecto ao direito público, por que exercem funções delegadas. A legislação federal, mesmo quando não declarava que tais entidades não integram a administração direta (art. 3º do Decreto - lei 900/69), as submetia a esse tipo de controle. Diz a autora:

A posição da fundação criada pelo poder público de direito privado é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela lei instituidora (p. 321).

Se examinarmos o instituto da fundação como tal, estruturado no Código Civil, verifica-se que ela se caracteriza por ser dotada de patrimônio a que a lei, mediante a observância de certos requisitos, reconhece personalidade jurídica, tendo em vista a consecução de determinados fins. Então, a natureza jurídica é apenas uma noção categorial, não importando se a origem instituidora é pública ou privada. Isto porque, no ato da instituição, o fundador faz a dotação de determinada universalidade de bens livres, especificando, se quiser, o modo de administrá-la.

Na criação de fundação particular, o papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição e, a partir daí, a fundação ganha vida própria. Isto não ocorre de todo, porém, na

⁷⁵ LIMA, Thereza Helena S. de Miranda. Fundações criadas pelo poder público, natureza jurídica - posições da doutrina. Revista do TRIBUNA DE CONTAS DA UNIÃO. Brasília, ano VIII, n. 15, p. 2-13, 1997.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p. 321.

fundação privada criada pelo poder público, ainda que a lei diga que será regida nos termos do Código Civil. Isto porque o poder público, ao instituir uma fundação, seja qual for o regime, não pode praticar simples ato de liberalidade, destacando bens de seu patrimônio para fins alheios e que não sejam de seu interesse. Assim, ao instituir uma fundação o faz para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete. Por esta razão, a fundação criada pelo poder público, mesmo de natureza privada, não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular.

É o interesse público que determina a sua criação e, sendo variável este interesse, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou sua criação ou para revogá-la. Entender de outra forma, diz a autora anteriormente mencionada, significa desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público. O ato do poder público, como instituidor, não é irrevogável, ao contrário do que ocorre com a fundação criada por particulares. O poder público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto no art. 178 do Decreto – lei 200 com a redação dada pelo Decreto – lei 2.299/87.

Além disso o poder público pode introduzir alterações na lei autorizadora, da mesma forma como ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista. Isto porque, na fundação criada pelo poder público, mesmo que de direito privado, existe uma parte das suas relações jurídicas que estão disciplinadas pela lei instituidora e ou parte mutável, a ser orientada pelo estatuto. Para alterar a lei, o poder público não depende de manifestação dos órgãos internos da fundação.

Se analisarmos o panorama econômico e financeiro nacional, observamos que o pano de fundo é de escassez e minguados recursos do governo às instituições não estatais, limites às instituições públicas e com acentuadas tendências à privatização. Essa tendência já vem de algum tempo e parece incorporada, no que diz respeito às fundações, na Constituição de 1998. Ora, as fundações criadas pelo poder público de direito privada não podem ser meio termo. Se são privadas, enquadram-se como tal e têm os benefícios e imunidades próprias das fundações privadas e não das públicas.

Já dissemos que as fundações são mecanismos sociais importantes para, em parte, fazer frente aos grandes problemas da falta de recursos, a atividades relevantes da saúde, da cultura, da ciência e da educação, desde que criadas de natureza privada e constituídas como filantrópicas e de utilidade pública. Neste sentido, estamos falando em proteger o instituto fundacional e as boas e sérias fundações, a fim de que não se coloque na vala comum daquelas desvirtuadas dos seus nobres propósitos.

Temos certeza de que, organizadas na forma da lei atual como deveriam estar, as fundações serão instrumentos valiosos para o cumprimento de atividades sociais e públicas. De acordo com Sérgio de Andréa Ferreira⁷⁷:

⁷⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações privadas, sob a ótica do Ministério Público e fortalecimento da cidadania. Conferência proferida no I Seminário Nacional de fundações de direito privado. Op. cit., p. 66.

“A expressão fundações privadas deve ser considerada, como se costuma dizer em nosso jargão latinista, cum grano sallis, com cautela, porque quando falamos em fundações privadas, estamos querendo nos referir às particulares e não às fundações de direito privado criadas pelo poder público.

Para o autor acima, há uma diferença entre as instituições privadas criadas por particulares e as criadas pelo poder público. Aquelas tornam-se totalmente independentes e não há ingerência do instituidor. Estas, o poder criador pode lhes dar nova configuração jurídica e, de algum modo, exercer ingerência sobre elas, mesmo que na gestão e forma sejam semelhantes. Para o estudioso citado, as fundações criadas pelo poder público, de natureza privada, são aquelas comumente denominadas de administrativas, governamentais, que recebem da própria constituição a designação de fundações públicas. Mas, apesar do adjetivo públicas, não são de direito público, porque se regem pelas diretrizes do Código Civil.

Para o eminente professor da UFRJ e ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acima mencionado, a fundação, por sua natureza jurídica é sempre privada. A intenção da Constituição de 1988 de chamá-las de públicas, apenas significa que o poder público pode criá-las, mas de direito privado, para não confundi-las com autarquias.

Diz mais:

Além delas, como fundações de direito privado, instituídas pelo poder público, temos as fundações de direito privado, que são chamadas públicas. Esse adjetivo apenas demonstra ou denuncia a origem dos recursos com que são formadas e o seu posicionamento no contexto social ou estatal como integrantes do poder público lato sensu. Mas tal como as empresas públicas, que têm esse adjetivo, são pessoas jurídicas de direito privado (p.66).

Assim, para o autor, existem as fundações de direito privado instituídas pelo poder público e as fundações particulares, ou seja, além de serem de direito privado, são instituídas por pessoas particulares, isto é, da livre iniciativa, por altruísmo, por vaidade, ou por interesses fiscais. De qualquer modo é uma obra da cidadania que visa o bem comum.

Era intenção da atual Constituição, no dizer do saudoso Ulisses Guimarães, Constituição Cidadã, preservar as instituições que se preocupam com os fins sociais. Assim sendo, no que tange às fundações, a Constituição preserva-lhe as características existentes e não proíbe o poder público de instituí-las de natureza privada, porque a finalidade da fundação é sempre pública. As fundações, portanto, são um instrumento de cidadania.

Em nosso meio, como as fundações ainda não atingiram sua função histórica completa, há deslizes de ordem etimológica e até jurídica. As fundações criadas pelo poder público, mas de direito privado, são importantes para a sociedade em mutação. Todos reconhecem o exemplo das fundações municipais, mantenedoras do ensino superior em

Santa Catarina. O município, por si só, não teria tido condições para manter uma fundação pública e gratuita. Assim, aliou-se ao setor comunitário e, por lei, criou as fundações educacionais, de natureza privada, dando-lhes um patrimônio inicial e autonomia administrativa. Elas têm contribuído de modo decisivo para que uma grande parcela da população carente, à margem do acesso ao ensino superior gratuito, pudesse estudar e realizar seu curso superior.

Ora, se a fundação é um ente social e desenvolve um serviço em favor da cidadania, então o direito que as rege é, também, social. Esse moderno entendimento fortalece a iniciativa de natureza privada, apesar de toda insegurança e instabilidade jurídica da nossa legislação. Infere-se, portanto, que a fundação criada pelo poder público de direito privado exerce função delegada e, por isso, não deixa de ser pública.

Questiona-se também o conceito de fundação “como um fundo personalizado”. Ora, se o poder público pode instituir uma fundação de natureza pública, sem bens iniciais, então, o conceito clássico de fundação perdeu o sentido, porque “não pode ser apenas gestão de um patrimônio”. O conceito de fundação, atualmente, nasce da razão de ser da fundação, que é seu destinatário. A fundação é algo humano, vivo, que diz respeito ao homem, mormente aquela criada com fins educacionais.

Para Sérgio de Andréa Ferreira⁷⁸, “a fundação não pode ser considerada pública, somente porque foi criada pela prefeitura, por exemplo”. Para considerá-la pública, é necessário verificar qual é a função governamental na sua administração. Se a lei criadora ou autorizativa incluir a fundação sob a supervisão de algum segmento da administração direta, então, ela deverá ser considerada pública. Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal: “desde que assumam a gestão do serviço estatal e sejam mantidas com recursos orçamentários, sob a direção do poder público Federal e ser instituídas pelo governo federal (votação unânime)”⁷⁹. Assim, pode-se ter uma fundação criada pelo município, que apenas recebeu deste o patrimônio inicial para realizar seus fins, mas a deixou na área da sociedade civil, com administração própria. Por isso, de direito privado.

A fundação-patrimônio e a fundação-organização são distinguíveis entre si. A primeira é a personificação do patrimônio, o pontapé inicial para a certeza de que seus fins poderão ser cumpridos. A segunda é instituição pública propriamente dita, que não exige patrimônio inicial para ser instituída, porque de natureza pública.

Queremos concordar com o que diz Tomáz de Aquino Rezende⁸⁰ ao se referir ao instituidor de uma fundação afirmando que inexistente impedimento de que o instituidor seja uma só pessoa ou um grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, sejam estas de direito público ou privado. O que importa é a manifestação da vontade convergente, o estabelecimento de um fim para a utilização de um patrimônio que passa a ser o ente fundacional.

⁷⁸ Idem, p. 77.

⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE. 115/34/DF. DJ. 6.5.88, p. 10.635. Acórdãos no mesmo sentido: RECR 0116468/88, DF, DJ. 14.10.88; RE- 101126, RTJ 113/331.

⁸⁰ RESENDE, Tomáz de Aquino. Op. cit., pp. 30/31.

Para o autor citado, os Estados e municípios somente são impedidos de criar fundações públicas de direito privado se houver impedimento expresso nas suas Constituições ou Leis Orgânicas. Inexistindo tal dispositivo na Constituição do Estado, ou na Lei Orgânica do Município, é permitido, sempre mediante autorização legislativa, vez que haverá transferência de patrimônio ou recursos públicos, que estas pessoas instituíam fundações de natureza e sob a égide do direito privado.

Assim, juridicamente, o poder público pode, por lei autorizativa, criar uma fundação de natureza privada, destinando-lhe um patrimônio inicial, fazendo que a lei delineie sua forma de organização e atribua ao órgão próprio a aprovação dos estatutos, devendo estes ser registrados em local próprio. Já na fundação pública, a lei criadora diz a forma de organização da fundação, sendo seu estatuto aprovado por decreto.

Infere-se que o fato de a fundação ser criada por órgão público, mas de natureza privada, não significa dizer que seu fim não seja público, mas que sua organização administrativa não é estatal. Também a fundação particular privada é de interesse público. É preciso distinguir, segundo Joaquim de Arruda Falcão Neto⁸¹, o estatal do público:

O que se tem hoje, são iniciativas privadas, mas que têm interesse público e que têm objetivos públicos. ... e é a aceitação de que eu, sendo privado, posso ter uma fundação pública que não seja lucrativa, e que não seja egoísta e que tenha outro fim, e vice-versa.

Para o autor citado, diante dos propósitos constitucionais e da nova visão jurídica, estatal e público não podem ser considerados como sinônimos. O estatal é governamental, isto é, administrado pelo governo. É equívoco afirmar que somente é público aquilo que é estatal ou governamental. Este novo modo de pensar indica que aquilo que caracteriza a natureza jurídica das fundações não é o poder instituidor, nem a finalidade, mas o "modus operandi".

Parece ter sido intenção do constituinte, no que se refere às fundações, passar a tarefa à sociedade, dando ao poder estatal autonomia para definir a natureza jurídica da instituição criada. Assim, o novo modo de pensar juridicamente as fundações não pode ser clássico. Com a Constituição Federal de 1988, alargou-se o poder do Estado e do Ministério Público. Nesse entendimento, as fundações são entes jurídicos específicos, de utilidade pública e, portanto, com fins filantrópicos. Assim sendo, público não é privilégio do Estado.

Conclui-se, por tudo o que se expôs, que o Estado, ao criar uma fundação, não lhe transfere, obrigatoriamente, a sua característica estatal, mas lhe confere a natureza jurídica que lhe interessa, de acordo com a natureza da gestão. Um exemplo desta orientação é a lei 8.598/94 que, ao dispor sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, em seu art. 2º, assim reza:

⁸¹ FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Op. cit., p. 82.

Art. 2º - As instituições a que se refere o artigo 1º deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

I – a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e Código de Processo Civil;

II – à legislação trabalhista;

III – ao registro e credenciamento no Ministério da Educação e Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente.

Está claro o poder de império do Estado, determinando, por lei, a natureza jurídica destas fundações de apoio à pesquisa e definindo suas relações com as universidades federais. A intenção da lei, de acordo com a visão liberal, é a de facilitar a administração da pesquisa, do serviço de extensão e do ensino, privatizando e possibilitando agilidade, nem sempre presente na administração estatal.

O Código Civil regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens, às suas relações. São disposições a respeito das fundações de natureza privada. O art. 5º, § 3º do Decreto - Lei 200/67 abre exceção à primeira norma do Código Civil, quanto à aquisição de personalidade jurídica pelas fundações públicas. Daí a distinção que, não importando o poder instituidor, as fundações de natureza privada regem-se pelo Código Civil e as fundações de natureza pública não.

Verter Faria⁸² acredita que os elementos fundamentais de uma fundação são a dotação de bens, o fim a que se destinam e a organização. Quanto à natureza jurídica, diz:

Recentemente, compreendeu-se que a personalidade jurídica não encontra sua razão de ser, quer na existência de um agrupamento de pessoas – pense em uma associação de meia dúzia de pessoas ou mais, que criam uma associação para defesa dos interesses de um bairro, ou com outra finalidade -, quer na existência de um patrimônio ou de uma afetação patrimonial.

O que determina o elemento capaz da atribuição de personalidade jurídica? Para o autor, são duas proposições: o fim ou finalidade e a forma de organização, isto é, se autônoma ou dependente. É a necessidade de dar autonomia jurídica ao exercício da atividade que caracteriza a personalidade jurídica e não o seu poder instituidor. É a resposta a um desejo de organização.

O bem personalizado sem a finalidade ou indeterminado e sem a forma de organização não tem sentido; por isso, a dimensão do patrimônio (art. 25 do CC) tem de ser analisada em função da finalidade. E, por outro lado, para atingir os fins, é forçoso que a fundação tenha uma organização ou uma forma de gestão. Daí que o ato constitutivo deve

⁸² FARIA, Verter. Fundação pública e fundação privada: semelhanças e distinções. FUNDACÕES: conferências e debates do I seminário de fundações de direito privado. Belo Horizonte: Fundamig, 1995. p. 124.

indicar o modo como se administra e representa a fundação; ativa e passiva, judicial e extra judicial. O art. 120, VI, da lei 6.015/73, exige também a indicação do nome dos instituidores e dos membros da diretoria.

O artigo 37, XIX da Constituição apenas afirma a forma como a fundação pública deve ser instituída. Porém, não proíbe a fundação privada criada pelo poder público. Assim conclui o autor citado:

Quando uma prefeitura cria uma fundação, ela tem uma opção. Ela poderá ser uma fundação pública, ou então uma fundação que tenha a forma das fundações de direito privado. Seu fim é que vai permitir que se distinga se ela é uma fundação pública ou privada. Não é o fato de o Estado, o município ou a União instituir uma fundação que lhe dá o caráter público. Com as fundações se passa algo semelhante ao que ocorre em relação ao exercício da atividade econômica pelo Estado, pela União ou pelo Município. Se o Estado quer praticar uma atividade econômica, ele tem uma opção. Ou ele faz da mesma forma que os particulares, criando uma S.A. – geralmente é o que ocorre -, ou cria uma empresa pública. Assim também em relação às fundações. Ele cria uma fundação pública ou privada⁸³.

Como já vimos, o que define a natureza jurídica é a organização e o fim a que a fundação se destina. Quando o município cria uma fundação, ele pode optar pela forma de direito privado se o fim não é função específica do poder estatal. Assim sendo, se criar uma fundação para manutenção do ensino fundamental, por exemplo, terá de ser pública. Mas, se a fundação tiver a função da manutenção do ensino superior, então o município poderá optar, desde que tenha condições financeiras para mantê-la. Na primeira opção, a legislação obriga que o ensino fundamental seja obrigatório e, em caso de oferta pelo poder público, gratuito. Também, o ensino superior, desde que público é não é obrigatoriamente gratuito. São excetuadas da obrigatoriedade gratuita instituições mencionadas pelo artigo 242 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para concluir, parece significativo mencionar o que José Luiz Piñas Mañas⁸⁴ apresentou em Porto Alegre, em 1995, no I Encontro Internacional de Fundações Privadas, dizendo que há uma confusão normativa sobre as fundações em toda a Iberoamérica. Por isso, apresenta uma alternativa e necessidade de uma lei que regulamente, de modo claro e sem caráter geral, todos os procedimentos sobre as fundações, como esperança e realidade de grandes benefícios sociais.

⁸³ Idem ibidem.

⁸⁴ PIÑAS MAÑAS, José Luiz. Regulación de las fundaciones, alternativas, aspectos positivos y negativos de una ley de fundaciones. Anais do I Encontro Internacional de Fundações Privadas. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, outubro de 1995.

CAPÍTULO IV

CONSEQÜÊNCIAS DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO.

4.1. Considerações iniciais

Antônio A. Queiroz Telles, sobre as conseqüências da definição da natureza jurídica entre a fundação pública e a fundação privada, assim se posiciona:

A distinção entre os dois tipos de pessoas jurídicas (pública e privada) criadas pelo Estado estaria, portanto, principalmente, nas peculiaridades do regime jurídico público-administrativo, relativamente aos princípios da auto-executoriedade, da autotutela, da utilização do regime especial das contratações públicas (Lei 8.666/93), no que diz respeito, de maneira especial, às cláusulas derogatórias e exorbitantes (alteração e rescisão unilateral dos contratos), na impossibilidade de penhora de seus bens, no privilégio do juízo especial, na isenção de tributos e, enfim, na utilização dos mesmos princípios que regem a administração pública⁵.

Como se pode ver, é de fundamental importância a decisão sobre que natureza jurídica deve ter a fundação criada pelo poder público, já que as conseqüências

⁵ TELLES, Antônio A. Queiroz. Introdução ao direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 88.

decorrentes são variadas e múltiplas, como adiante se verá e como o autor acima tem mencionado.

Já, argumentos anteriormente apresentados demonstram a importância das fundações como instrumento das funções sociais do estado que poderá ser bastante utilizado para atingir fins científicos, políticos, morais, religiosos, educacionais, hospitalares e outros.

Como um Estado que apresenta características sócio - econômicas e populacionais relativamente distribuídas em termos regionais, sem grandes concentrações urbanas, com prevalência de capital nacional, cujas decisões são tomadas aqui e com características culturais de decisão regionalizada, optou, por seus municípios, pelo instituto da fundação, para resolver seus problemas quanto a interiorização do ensino superior.

O Estado de Santa Catarina adotou o modelo de fundações para expansão e interiorização do ensino universitário. Para tanto, no período de 1964 a 1976, foram criadas por leis municipais várias fundações, distribuídas pelo interior do Estado, em cidades consideradas pólos regionais.

A expansão do ensino superior fundacional catarinense orientou-se por uma proposta de liberalidade e incentivo governamental e na crença da solução regional dos problemas relativos à educação, pesquisa, tecnologia. O atendimento às necessidades regionais constitui-se em força-motriz desse processo, em termos de proposta institucional, coerente com a legislação vigente. Criadas pelo poder público municipal, inicialmente de natureza pública, mas seguindo as diretrizes do Código Civil, essas fundações davam prestígio aos governantes locais e à região.

Juridicamente, sempre tiveram uma organização confusa. Criadas pelo poder público municipal, inicialmente de direito público, quase todas seguindo o mesmo modelo, eram regidas quanto ao direito trabalhista e outros ordenamentos, pelo Direito Civil e quanto à gestão pela administração direta da prefeitura. A partir de 1974, inicia-se a definição jurídica dessas fundações, através de mudanças das leis instituidoras; com exceção da Fundação Educacional de Brusque - FEBE, que sempre foi fundação de direito público, as demais foram alteradas para fundações de direito privado, sendo que a maioria delas foram enquadradas como entidades de fins filantrópicos. Entretanto, sempre foram fundações indefinidas quanto a sua natureza jurídica, porque sempre tiveram ingerência do poder instituidor.

Com o advento da Constituição de 1988, surgem controvérsias e questionamentos do poder público, de órgãos do Ministério da Educação e do Ministério da Previdência Social, dos sindicatos, sobre sua verdadeira natureza jurídica. O exemplo significativo, já citado, é o da FURB de Blumenau, sendo considerada pelo Tribunal de Justiça do Estado como fundação pública.

Além das fundações municipais citadas, o Estado Catarinense possui, como características administrativas, inúmeras outras fundações estaduais e municipais com fins educacionais, esportivos, culturais e políticos criadas pelo poder público.

O hibridismo jurídico, especialmente das fundações municipais, tem trazido dúvidas e preocupações, quando não, confusões administrativas e de gestão a essas instituições, sobretudo com relação a fins filantrópicos, controle externo, direitos trabalhistas, procedimentos contábeis, financiamentos e outros.

Face ao que até o presente momento se discorreu, a preocupação deste capítulo é a de mencionar, ainda que rapidamente, as conseqüências administrativas, trabalhistas, jurídico-penais, tributárias e controle organizacional e contábil.

O direito brasileiro, de base romanística, no que tange ao instituto das fundações, orientou-se pelo direito privado que teve tempo de fixar os conceitos tradicionais. Foi ele quem forneceu aos publicistas o esquema geral técnico de pessoa jurídica. E é coisa muito simples, pois os civilistas, ao examinar o assunto relativo às pessoas jurídicas de direito privado, quase sempre formulam um conceito único que compreende dois tipos clássicos: uma organização de pessoas (*universitas personarum*) e um complexo de bens (*universitas bonorum*).

Na primeira hipótese destacam um conjunto de intenções e na segunda, apenas uma vontade que personifica e institucionaliza o patrimônio para realização de fins determinados. Esta noção dos privatistas orientou a imensa maioria dos problemas decorrentes de todas as categorias jurídicas. Assim, as fundações criadas pelo poder público, tanto de direito público como de direito privado, têm características comuns, porém a gestão administrativa de cada uma delas é diferenciada.

Como se pode inferir, a finalidade é permanente; quanto à origem, é certo que ambas são criadas por vontade única do instituidor. O substrato material, tanto da fundação pública como da fundação privada, é o patrimônio, ainda que hoje existam defensores da idéia de que a fundação pública de natureza pública não necessita de patrimônio para sua constituição.

Deste modo, ao analisar as conseqüências da definição jurídica, no momento de discriminar as duas figuras, será mais acertado deixar de lado os critérios abstratos para levar em conta aqueles aspectos práticos que podem auxiliar numa análise utilitária, com a finalidade de opção jurídica mais convincente, de acordo com cada realidade.

4.2. Conseqüências administrativas e de gestão

Já mencionamos a importância do instituto da fundação como forma de descentralização administrativa para realização de alguns fins com benefícios sociais. Há, entre os administrativistas, certa confusão entre os termos "desconcentração" e

“descentralização”, incluindo-se aqui o descompasso entre a conceituação doutrinária e o emprego dos termos em textos legais. Exemplo expressivo da divergência, de acordo com Odete Medauar⁶, é encontrado no Decreto – lei 200/67, que no seu artigo 10 engloba, sob o termo de “descentralização”, práticas que segundo concepções doutrinárias, aí não se enquadrariam.

No nosso entender, a descentralização administrativa implica a transferência de atividade decisória e não meramente administrativa. Assim, a descentralização administrativa, no verdadeiro sentido, dá-se apenas quando a fundação é pública de direito privado, porque fundação de natureza autárquica tem as mesmas características e os mesmos efeitos das atividades administrativas estatais. Todavia, há controvérsias porque entre nós a descentralização administrativa realiza-se com os entes da administração indireta: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Nessa concepção, para descentralizar, de acordo com a administrativista Maria Sylvia Di Pietro, já citada, é preciso: a) atribuir personalidade jurídica a um ente diverso da entidade matriz ou do poder instituidor; b) conferir ao ente descentralizado, por seus estatutos, poderes de decisão em matérias específicas; c) estabelecer normas, em matéria de controle, que o poder público exercerá sobre o ente descentralizado.

Do ponto de vista estritamente jurídico, em primeiro lugar entre os entes descentralizados e os poderes centrais há vínculos de hierarquia. No caso da fundação autárquica, os poderes centrais exercem tutela, isto é, um controle para acompanhamento dos fins e da gestão administrativa. Na fundação pública de direito privado, esta tutela se dá pelo Ministério Público, enquanto na fundação pública de direito público o tutelamento se dá pelo Tribunal de Contas, porque esta, na prática, sofre a ingerência direta do poder central que a sustenta.

Em segundo lugar, como os entes descentralizados têm, por lei, competência própria, não há fungibilidade nas atribuições respectivas de superior e subordinado. Daí a impossibilidade do órgão central avocar competência decisória. Em terceiro lugar, o poder hierárquico que se dá sob tutela, se faz, nas fundações públicas de direito privado, somente na forma da lei e nas fundações públicas de direito público o superior pode exercê-lo sem necessidade de previsão legal.

Infere-se, pois, as fundações autárquicas são dependentes, administrativamente, do poder público que as criou, devendo por ele ser mantidas. Estas sofrem uma descentração e ingerência do criador, enquanto as privadas, criadas pelo mesmo poder, têm autonomia de gestão e não são por ele mantidas, sendo apenas acompanhadas pela tutela.

Apesar de, ainda, existirem controvérsias sobre as fundações criadas pelo poder público, tais como a inserção entre as entidades da administração indireta e a natureza

⁶ MADAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 63.

jurídica, há clareza, hoje, sobre a possibilidade jurídica de serem tanto de natureza pública como de natureza privada.

As locuções “fundação de direito público” e “fundação de direito privado” aparecem com frequência na legislação brasileira e fazem parte da organização prática da sociedade em busca de realização de determinados fins. Na verdade, o modelo de descentralização administrativa tem privilegiado, principalmente antes da Carta Magna de 1988, a criação, pelo poder público, de fundações qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado. Mas também tem sido instituídas fundações de direito público, como é exemplo a Fundação Memorial da América Latina, do Estado de São Paulo, através da lei 6.472 de 28.06.89 e Decreto 30.233 de 8.8.89.

Contudo, se o poder público cria uma fundação de direito privado, mas quer integrá-la à administração indireta, deverá nortear-se, com grande carga, pelas normas do direito público, sem, entretanto, enquadrá-la como espécie do gênero de autarquias. As fundações públicas de direito privado podem existir, entretanto, com participação do poder público na instituição, na manutenção ou no controle, cujas características não correspondem ao modelo mencionado pelo art. 5º, IV, do Decreto – lei 200/67, isto é, não são instituições privadas particulares.

O poder público pode criar a fundação de direito privado e não enquadrá-la na administração indireta. Assim, em seu regime jurídico determinado pelo ato que a cria ou autoriza sua criação, o poder público pode, expressamente, orientar sua direção como sendo regida, simplesmente pela orientação do Código Civil.

Todas as fundações governamentais, ainda que não integrem a administração pública, submetem-se, em algum aspecto, ao direito público, sobretudo no que se refere à fiscalização contábil e financeira. A legislação federal, mesmo quando declara que as fundações privadas não integram a administração indireta (art. 3º do Decreto-lei 900 de 29.9.69), submete-as a esses tipos de controles. Para renomados administrativistas, dentre os quais Maria Sylvia Di Pietro, a posição da fundação criada pelo Estado ou Município de direito privado, perante o poder público, é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas são instrumentos de ação do Estado para consecução dos seus fins; todas elas se submetem ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado; têm vida própria, não são mantidas pelo poder instituidor, mas, de alguma forma, gozam de autonomia parcial, nos termos a lei instituidora. O papel do instituidor, no caso das fundações públicas, tanto de direito público como de direito privado, não se exaure com o ato da instituição.

No caso da criação de fundação privada particular, a partir do momento de sua instituição, adquire personalidade jurídica e ganha vida própria. O instituidor não poderá mais exercer poder sobre ela. Porém, isso não ocorre com a criação da fundação pública de direito privado, que nos termos da lei, permite ao poder instituidor exercer compromissos sobre ela no sentido de possibilitar que atinja os fins para os quais foi

criada. No âmbito da administração pública, a situação é diversa daquela da fundação privada particular. Ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como é o caso de várias fundações educacionais mantenedoras do ensino superior em Santa Catarina, o poder público instituidor tem compromissos com a fundação criada.

Em primeiro lugar, o poder público, ao instituir uma fundação, sob qualquer regime jurídico, não pode praticar ato de liberalidade para destacar bens do seu patrimônio e destiná-los a fins alheios, que não seja do seu estrito interesse. Ao instituir uma fundação de direito privado, o poder público utiliza tal espécie de entidade para alcançar determinados interesses públicos servindo-se desse ente para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete.

Por essa razão, a fundação criada pelo poder público de direito privado não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. Se o interesse público é que determina sua criação, sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la (art. 178 do Decreto - lei 200 com redação dada pelo Decreto - lei 2.299 de 21.11. 86).

Além disso, o poder público pode introduzir alterações na lei instituidora, da mesma forma que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim sendo, observa-se que, na fundação instituída pelo poder público, mesmo de natureza privada, há uma parte das relações jurídicas que é regida pela lei instituidora e imutável por via estatutária e outra parte que a lei deixa para ser disciplinada nos próprios estatutos.

A fundação autárquica deve ser criada sem fins lucrativos, para atuar em atividades específicas e pertinentes ao Estado. O tipo de atribuição, de acordo com Medauar, vem apontando a expressão: "para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público". Entretanto, esta frase traz mais dúvidas que esclarecimentos a respeito do tipo de atividade que seria pertinente ao modelo fundacional de natureza pública. Parece evidente, neste final do século XX, onde se acentuam grandes e rápidas mudanças sociais, que o público e o privado tem fronteiras tênues.

Cabe ressaltar, porém, que a fundação autárquica, para o desempenho de suas atribuições e gestão, deve dispor de uma estrutura administrativa própria, internamente hierarquizada, possuindo quadro próprio de pessoal, que não se confunde com a administração direta. Não há, propriamente, diferenças administrativas estruturais e órgãos entre a fundação pública e privada. A lei criadora ou autorizadora e os estatutos devem dispor sobre a organização administrativa, suas hierarquias e atribuições. Entretanto, quanto aos órgãos das fundações, tanto públicas como privadas, inexistente nome e composição uniforme. Em algumas, o responsável ativa e passivamente pela instituição é o diretor executivo, em outras é o presidente, em outras, ainda, o superintendente ou diretor geral. De regra, há um Conselho Fiscal ou Curador e um Conselho Diretor ou Superior. A escolha dos dirigentes não obedece diretrizes uniformes,

embora, para as universidades e fundações públicas mantenedoras de universidades a lei 9.192/95 defina critérios específicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se posicionou a respeito da administração das fundações:

Para dirigir as fundações são nomeadas pessoas de bem, com crédito no meio em que exercem sua atividade. São pessoas useiras na prática da fraternidade. Por espírito de solidariedade humana, passam a desempenhar sua função, gratuitamente. Nada aspiram senão minimizarem o sofrimento alheio, quando o fim da fundação é a caridade. Ou, quando outro for o objetivo, na ordem espiritual ou intelectual, os dirigentes terão em vista outros propósitos elevados, de igual respeito. Serão nesses outros casos, homens geralmente dedicados e, do pior prisma porque se os encarem, se descobririam neles a louvável vaidade de serem ou parecerem piedosos, crentes ou ilustres. Esta é a regra. Gente boa e honesta, que trabalha gratuitamente é a que se recruta para dirigir as fundações⁷.

Para consecução dos seus objetivos, a fundação necessita de determinados órgãos de administração. Para Tomás de Aquino Resende⁸ que tanto para a fundação de direito público como para a de direito privado, o número e o tipo de órgãos e de pessoas podem variar. Entretanto, o autor considera indispensáveis, tanto numa como noutra: um órgão deliberativo, um órgão de gestão e outro de controle interno.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro concorda que as fundações públicas estruturadas de direito privado e que atuam de forma descentralizada, seguem a orientação do Código Civil, muito embora não se desvinculem inteiramente do poder instituidor. Não podem ser confundidas, contudo com fundações privadas particulares. Afirma:

Portanto, enquanto no Direito Privado a fundação adquire vida própria, independente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento de sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da administração pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a institui e que deles não pode dispor⁹.

Essa posição, entretanto, não é pacífica. Contudo é aceita pela maioria dos juristas e é também por nós defendida. Entendemos que, uma vez definida a personalidade

⁷ TJSP. Des. Edgard de Moura Bittentourt, RT. 288/266-227.

⁸ RESENDE, Tomás Aquino. Op.cit., p.58.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 322.

jurídica privada da fundação criada pelo poder público, esta rege-se pelas normas do Código Civil, da lei que a criou ou autorizou e da legislação específica.

Por exemplo, quanto ao patrimônio, os bens da fundação pública de direito privado, são impenhoráveis e imprescritíveis? Aplica-se a ela, como nas fundações públicas em geral, a regra da impenhorabilidade decorrente do que prescreve o artigo 100 da Constituição Federal, cuja disposição é repetida nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, pelo qual se estabelece processo especial de execução contra a Fazenda Pública, excluindo, implicitamente, a penhora de seus bens? No nosso entender sim.

Também aplica-se às fundações públicas de direito privado a regra da imprescritibilidade, como impossibilidade de aquisição dos bens públicos mediante usucapião, a par de disposta na legislação (Decreto 22.785/33 e Decretos 710/38 e 9.760/46, este último relativo aos bens da União) que está consagrada pela Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: “ desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Da impenhorabilidade resulta a impossibilidade da oneração, isto é, da instituição de direito real sobre os bens da fundação pública de direito privado e de direito público. Neste sentido, é clara a lição de Hely Lopes Meirelles¹⁰:

Desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia. Uma garantia real, que não contasse com a execução direta da coisa onerada, deixaria de satisfazer aos seus fins, desgarantindo o direito do credor. Não seria, de modo algum, garantia real”.

Essa posição também não é pacífica, por que há autores que defendem a idéia de que as fundações de natureza privada, mesmo criadas pelo poder público, regem-se pela legislação civil e, portanto, devem ser consideradas sempre como qualquer outra instituição privada.

4.3. Conseqüências Trabalhistas

Antes de tudo é necessário fazer alguma referência sobre o que se entende por servidor público. Os artigos 37 e 41 da Magna Carta empregam a locução “servidores públicos” ora em sentido genérico, ora com significado restrito. Quando ao primeiro sentido, designam todos os agentes que, sob regime de cargo, emprego ou função pública, se prendem por vínculo profissional à administração direta ou indireta, esta, como visto,

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p.317.

integrada pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, antes da Emenda Constitucional 19/98, tratava da Administração Pública, seção II (art.39, 40 e 41), empregando a expressão *servidores públicos civis*, para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autárquica e fundações públicas.

Entretanto, na seção I (artigos 37 e 38) que contém disposições gerais sobre a Administração Pública, parece que as normas abrangem todas as pessoas que prestam serviços à Administração Pública direta, indireta e fundacional, o que inclui não somente as autarquias e fundações públicas, mas também as empresas públicas, as sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Emprega a expressão servidor público em várias normas, em sentido amplo, que abrangem todos os que prestam serviços a essas entidades.

A recente Reforma Administrativa que, através da Emenda Constitucional 19, alterou os artigos 37 e 41 da Constituição, retirou a palavra fundação, mas diz que são servidores públicos aqueles da administração indireta; neste caso a fundação autárquica está incluída. Há quem entenda que também a fundação pública de direito privado também está incluída na administração indireta e, portanto, seus servidores, mesmo regidos pela CLT, são servidores públicos. Há jurisprudência no sentido de manter-lhes a estabilidade e a impossibilidade de dispensa sem justa causa.

“Ementa: ainda que na condição de celetista o empregado da empresa da administração pública indireta não denote afinidade com a figura de estabilidade, não pode ser despedido imotivadamente, porquanto o ato rescisório a de ser regido pela impessoalidade, moralidade e legalidade, princípios basilares da administração pública em geral.”¹¹

A Reforma não cancelou o regime jurídico único, mas abre ao poder público outras formas de contratação. Volta aqui, ao nosso ver, novamente, o conceito de empregado público, porque obedece às normas da CLT. *A Reforma Administrativa* mantém a estabilidade do servidor público, porém com novas regras e exigências.

Mesmo com a Reforma Administrativa referida, permanece, no vocábulo *servidor público*, com o significado ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício; ora em sentido estrito, que exclui aqueles que prestam serviços a entidades com personalidade jurídica de direito privado.

¹¹ TRT/SC-RO-V 006125/98-JCJ de Brusque. Acórdão 012294/98. Rel. Juiz Amarildo Carlos Lima. Município de Brusque X Jacir Paulo Stiehle. Diário da Justiça, n.10-111, Florianópolis, 10 de dezembro de 1998, p. 226.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro¹², existem preceitos constitucionais aplicáveis a outras pessoas que exercem função pública, como aqueles de sentido amplo, que compreendem, não só a função administrativa, mas as funções legislativa e jurisdicional que são tratadas em capítulos próprios. E ainda há as pessoas que exercem função pública sem vínculo empregatício com o Estado. De algum tempo para cá, os doutrinadores brasileiros, com objetivo de uniformizar a terminologia, passaram a falar em *agentes públicos*. Antes da Constituição atual, segundo a autora acima citada, ficam excluídos aqueles que prestavam serviços às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público, hoje, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige a inclusão de todos eles. São agentes públicos, no dizer da autora que adota, a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. Diz Maria Sylvia di Pietro, na obra acima citada:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem: os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; os servidores temporários contratados por tempo determinado.

A questão que se levanta é se os servidores das fundações públicas de direito privado estão submetidos a todas as normas constitucionais referentes aos requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, estabilidade e outros. Nossa visão é a de que o que se explicita no artigo 39 e 41 da Constituição Federal, com as mudanças decorrentes da Reforma Administrativa de 1998, aplicam-se os requisitos constitucionais aos servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Portanto, os funcionários das fundações públicas de direito privado não são considerados servidores públicos, mesmo que se quisesse empregar o termo *empregado público*. Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado regem-se pela legislação trabalhista e não recebem remuneração dos cofres públicos. Para as empresas que exploram atividades econômicas vale a regra do artigo 173, §1º da Constituição.

Esse é o nosso entendimento face à consideração que, primeiramente, a fundação pública de direito privado rege-se pelas normas do Código Civil, tem autonomia administrativo-financeira, não pertence à Administração direta ou indireta, não se trata de autarquia e seus servidores não percebem dos cofres públicos. Em segundo lugar, porque o regime dos servidores das fundações públicas de direito privado é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesta direção há jurisprudência firmada pelo STJ em caso recente, quando afirma:

¹² DI PIETRO, Maria Silvia. Zanella. Op. cit., p.352.

Ementa: mandado de Segurança. Conselheiro de Contas dos Municípios. Cargo extinto. Disponibilidade. Aproveitamento em vaga aberta no Tribunal de Contas do Estado. Peculiaridades reservadas aos servidores que gozam da garantia de vitaliciedade. Provimento especial inaplicabilidade do art. 41, §3º, da Constituição Federal. Pleito denegado. Dispõe a Constituição Federal que, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu aproveitamento em outro cargo. Já a lei do Regime Jurídico Único disciplina o aproveitamento dos servidores civis, como tal entendidos os da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas¹³.

Na mesma linha encontramos julgado do TST, que assim se expressa:

Ementa: Empregado de empresa pública. Inexistência de estabilidade. Os servidores a que alude o artigo 41, caput, da Carta Magna são estatutários, assim entendidos aqueles contratados pela administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, atualmente disciplinados pela lei 8.112 de 1990. Assim, não há estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos empregados de empresas públicas, que se sujeitam, contudo, às disposições constitucionais do concurso público¹⁴.

O artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil, no nosso entender, apresenta um significado restrito, para referir-se aos agentes da administração direta, autarquias e fundações públicas de direito público, porque estas são instituídas e mantidas pelo poder público e sujeitadas ao regime jurídico único, que a melhor e dominante doutrina reconhece como sendo de natureza estatutária, embora a recente Reforma Administrativa, feita pela Emenda Constitucional 41, que altera substancialmente os artigos 39 e 41 de nossa Magna Carta.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ entende que, em relação às fundações públicas de direito público, portanto, de natureza autárquica, o regime jurídico dos servidores deve ser o mesmo adotado para os servidores da administração direta e das próprias autarquias. É esse o sentido do art. 39 da CF, ao prever a instituição de regime jurídico único. Embora esse dispositivo empregue apenas a expressão *fundações públicas*, entende-se que o constituinte nesse aspecto quis igualar, no que toca ao pessoal, as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, as pessoas federativas, as autarquias e as fundações públicas.

Já no caso de fundações públicas de direito privado, quanto aos seus servidores, embora instituídas pelo poder público, estão excluídas das determinantes do regime

¹³ STJ. ROMS 1730/RJ. Relator Hélio Mosimanni. 2ª. Turma. Decisão: 25.11.92. DJ 1.02.93, p. 453.

¹⁴ TST. EDRR 46535/PE. Re. Min. Hylo Gulgel. 2ª. Turma. Decisão 17.09.93. DJ de 22.10. 93, p. 22.371.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 307

jurídico único, podendo orientar-se pelo que determina a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Na esfera federal e em Estados e Municípios que adotaram como regime único o estatutário, o pessoal das fundações públicas, embora seguindo plano de carreira e estatuto da fundação, tem direitos e deveres disciplinados por esse regime, como impõe o artigo 39, caput da Constituição Federal. No âmbito dos Estados e dos Municípios que não instituíram o regime único naqueles termos, o regime é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

O ingresso no quadro de pessoal das fundações públicas de direito público deve ser feito através de aprovação prévia em concurso público, segundo exige o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, qualquer que seja o regime jurídico vigente para o pessoal. independente de concurso público o exercício do cargo ou função de confiança e a contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37,II, final e IX da CF). Não há essa exigência, porém, nas fundações públicas de direito privado, pelas razões antes expostas.

Nessa linha de pensamento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado por Plínio Salgado¹⁶, diz que servidores públicos são todos os que prestam serviços às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em qualquer de seus poderes, inclusive às autarquias e fundações públicas de natureza autárquica, com vínculo de definição legal, e empregados públicos são aqueles servidores que mantêm um contrato de trabalho com pessoas jurídicas de direito privado paraestatais.

No nosso entender, portanto, funcionários de fundações criadas pelo poder público, de direito privado, devem reger-se pela CLT e seguem normas determinadas pelo que o Plano de Carreira interno direciona. Conforme, pois, o entendimento doutrinário, afinado com o texto constitucional, os servidores das fundações públicas de direito público são designados simplesmente servidores públicos, sujeitos ao regime do poder público que as criou, e os servidores das fundações públicas de direito privado, empregados públicos, aos quais é obrigatório o regime da Consolidação das Leis de Trabalho. Isso em virtude da natureza privada da entidade.

O entendimento de Plínio Salgado, já citado, é o de que, face aos argumentos já aceitos, a admissão dos servidores, não importando a natureza pública ou privada da fundação, demanda concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II da CF). Não podem, indistintamente, acumular cargo, emprego ou função pública, ante a vedação insculpida no artigo 37, XVII, da Carta Magna, salvo nas próprias exceções constitucionais. As disposições concernentes à aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais, contagem de tempo de serviço e pensão (artigo 40, da CF), à estabilidade funcional (art. 41 e 19, este das ADCT da CF) e a disponibilidade remunerada em caso de extinção ou declaração de desnecessidade do cargo (art. 41, §3º da CF), são de aplicação apenas aos servidores das fundações públicas de direito público, porque são instituídas e mantidas pelo poder estatal.

¹⁶ SALGADO, Plínio. Op. cit., p. 97.

O direito de sindicalizar-se é assegurado aos servidores de ambas as fundações (art. 37, VI da CF). Esse dispositivo constitucional revogou o artigo 566 da CLT, pelo qual se proibia a sindicalização dos servidores das entidades de direito público bem como das instituições paraestatais, em cujo conceito se compreendem as fundações de direito privado criadas pelo poder público. Quanto ao direito de greve, será exercido por ambos os servidores nos termos e nos limites definidos em lei complementar.

Estudiosos ligados à corrente de que o Estado pode criar tanto fundações públicas como privadas, compreendem que quando a fundação é de direito privado o regime de pessoal é aquele dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias da justiça trabalhista, conforme reza o artigo 114 da Constituição Federal, enquanto que as fundações públicas de direito público submetem-se ao regime jurídico único, hoje não mais obrigatório.

Conclui-se, pois, que no que se refere às conseqüências trabalhistas, as fundações criadas pelo poder público de direito privado não estão submetidas às normas, regras e requisitos legais próprios dos servidores públicos. Já as fundações públicas de direito público devem obedecer a todas as regras do funcionalismo público estatal, o que implica direitos e deveres destes em conformidade com as normas do Direito Público.

4.4. Conseqüências tributárias

Sobre as fundações públicas de direito público incidem as normas de licitações e contratos administrativos, conforme determina o parágrafo único do artigo 1º da lei 8.666/93. Estariam as fundações criadas pelo poder público mas de direito privado submetidas às mesmas exigências?

A rigor, as chamadas fundações públicas de direito público são uma espécie de autarquia. Como são instituídas e mantidas pelo poder público, podemos dizer que são uma extensão dele. Sendo assim, subordinam-se à estruturação pública e seguem as determinações da legislação tributária pública.

Segundo Plínio Salgado¹⁷, de acordo com o que dispõem os artigos 70 e 71, II e III, da Constituição Federal, abrangente da Administração direta e indireta, a fiscalização instituídas e mantidas pelo poder público (enquadram-se aqui, tanto aquelas de natureza privada como as de natureza pública), será realizada pelos sistemas externo e interno de controle, conforme, adiante se descreverá.

Todas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público estão obrigadas a licitar sempre que desejarem contratar obras, serviços, compras e alienações por expressa

¹⁷ SALGADO, Plínio. A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado. TC – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Revista do Tribunal. Belo Horizonte: TC, 1994. p. 95.

determinação do artigo 37 XXI, da Constituição Federal, alterado pelo art. 3º da Emenda Constitucional 19 de 1998, assim reza:

Art. 37. A administração pública direta, indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte:

.....

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pelo texto da lei maior (art. 22, XXVII), compete à União legislar, para o âmbito nacional, sobre normas gerais de licitação, as quais estão contidas no Decreto-lei 2.300/86, cogentes, pois, para as ordens políticas locais, suas autarquias, empresas e fundações. Cada fundação pública deve editar seu regulamento próprio de licitação, adotando procedimentos seletivos simplificados, sem prejuízo dos princípios e normas básicas do instituto, nos termos do artigo já citado.

As fundações em geral, dependendo de sua natureza jurídica, gozam de isenções fiscais e imunidades tributárias. A história e análise de tais direitos demandaria um estudo que ultrapassa os limites deste trabalho. Não obstante, é imprescindível que se faça uma distinção entre isenção e imunidade, bem como referência aos principais problemas práticos deles decorrentes.

As duas expressões não se confundem porque a isenção provém sempre de lei enquanto que, para a imunidade, a fonte é a Constituição. Na isenção, o poder de tributar é pleno, expressamente autocontido pela lei. É aplicável sempre nos limites e contornos expressos pela lei. Isento é, pois, aquele que é abrangido pela esfera do poder tributante, onerável em princípio, mas que foi liberado da obrigação por dispositivo legal. Imune é aquele que se acha fora do alcance da entidade tributante por expressa disposição constitucional. Na imunidade o poder de tributar inexistente, fica condicionado a absoluta impotência.

Assim sendo, as fundações criadas pelo poder público de direito privado, consideradas filantrópicas, gozam da imunidade, isto é, do direito constitucional que veda de serem tributadas em relação à quota patronal e determinados tipos de impostos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 150, assim prevê a imunidade em matéria fiscal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado à União, aos Estados, Ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b);

c)

.....

§2º A vedação do inciso VI, a), é extensiva às autarquias e às fundações, instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

.....

Portanto, está proibida, constitucionalmente, a cobrança de impostos estaduais, federais e municipais, das organizações civis sem fins lucrativos, definidas como entidades de assistência social ou de educação, e, neste caso, das fundações criadas pelo poder público como de direito privado.

A lei a que se refere a alínea c, acima transcrita, é o Código Tributário Nacional e são os seguintes requisitos por ele estabelecidos: a) não distribuírem qualquer parcela de seus patrimônios ou de suas rendas a título de lucros ou qualquer participação nos seus resultados; b) aplicarem integralmente no país seus recursos na consecução de seus objetivos; c) e manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

As fundações públicas de direito privado com fins educacionais são imunes, por dispositivo constitucional, de Imposto Predial, Imposto Territorial Urbano Municipal, Imposto sobre Transmissão, estadual, e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, federal, sobre sua renda (Imposto de Renda) e sobre serviços que prestarem. Para gozarem da imunidade necessitam cumprir os requisitos do art. 14 do CTN.

Por outro lado, o Estado oferece isenções para aquelas instituições por ele reconhecidas de beneficência social ou de utilidade pública. É evidente que uma fundação criada pelo poder público como de natureza privada pode ser reconhecida de utilidade pública e gozar dos benefícios fiscais estabelecidos por lei.

Existem algumas isenções de impostos que podem ou não ser concedidas, tais como: a) isenção do Imposto sobre Importação e Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante, com relação à importação de máquinas, equipamentos, peças, matéria prima e outros destinados à pesquisa científica, conforme especifica a lei 8.010/90, art. 1º; b) as fundações públicas de direito privado que tenham por objetivo a assistência social, podem ser isentas de alguns tributos, desde que se enquadrem nos requisitos de lei

própria para esse fim, como é o caso, no Estado de Santa Catarina, do IPVA, as fundações reconhecidas de utilidade pública.

Em relação à imunidade, recentemente a Lei 9.532 de 10.12.97 (DOU de 11.12.97) manteve a determinação de exclusão da imunidade do imposto sobre renda para os rendimentos auferidos em aplicações financeiras de renda fixa e variável das instituições de educação ou de assistência social. Essa determinação da Lei 9.532/97 conflita com o comando do artigo 150, VI, c da Constituição Federal, que veda, expressamente, a incidência de impostos sobre a renda, patrimônio e serviços daquelas instituições, uma vez que atendam aos requisitos da lei (art. 9º e 14, I, II, III do Código Tributário Nacional).

Em conclusão, entende-se que as fundações públicas de direito privado, em referência às imunidades, desde que satisfaçam os requisitos constitucionais, estão por eles amparadas. Nossa compreensão é a de que o legislador, no caso das imunidades, quis preservar as fundações públicas de natureza pública, mas não proibiu que também as fundações públicas de natureza privada fossem beneficiadas. Este tem sido o entendimento a respeito das fundações mantenedoras do Ensino Superior em Santa Catarina, exarado pareceres da Receita Federal, que têm enquadrado todas as fundações instituídas pelo poder público municipal, de direito privado, mesmo que não sejam total ou preponderantemente mantidas pelo poder instituidor.

4.4. Responsabilidades dos agentes e órgãos públicos

Quando se trata de responsabilidade civil, entende-se que sendo a fundação pública de direito privado prestadora de serviços públicos, responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, conforme determina a Constituição Federal, art. 37, § 6º.

A Constituição Federal, no artigo 37, § 6º, determina que

“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A atual Carta Magna, como nas anteriores, consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, pela qual este é responsável pelo dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público, indenizando a vítima, porém, tendo direito de regresso contra seu agente, no caso de este, no fato danoso, ter agido com dolo ou culpa.

Observa-se que a fundação pública de direito público se submete a essa regra da responsabilidade objetiva, o mesmo ocorrendo, de acordo com vários estudiosos, com a

fundação pública de direito privado, desde que prestadora de serviço público. Sem esse requisito, a fundação, embora instituída pelo poder público, responderá nos termos do artigo 15 do Código Civil, ou seja, subjetivamente; se tiver agido por dolo ou culpa.

Sobre a responsabilidade dos agentes públicos, a lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e da outras providências, em seu artigo primeiro assim reza:

Art. 1º - Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Como se pode inferir, tanto as fundações públicas de direito público como as de direito privado criadas pelo poder público se enquadram na legislação acima citada, desde que, estas últimas, recebam auxílio financeiro do poder público. No caso das fundações municipais de ensino superior em Santa Catarina, pelo que determina o art. 170 da Constituição Estadual e pelas leis orgânicas municipais, enquadram-se neste dispositivo legal.

Os funcionários das fundações de direito público são passíveis de punição pelo que dispõe a lei 8.137, art. 3º, no que se refere a crimes praticados. De outra forma, como se pode inferir, as fundações públicas de direito privado estão sujeitas às regras do Código Civil e, como tal, seus agentes e diretores respondem por seus atos nos termos daquela legislação.

Há discordância entre os estudiosos do direito no que se refere ao entendimento se os funcionários e dirigentes das fundações de direito privado, criadas pelo poder público, estão submetidos à lei de responsabilidade civil. Alguns entendem que não, porque se as fundações de direito privado regem-se pela legislação civil, então seus dirigentes respondem, por seus atos, naqueles termos. Entretanto, esta posição, como já se viu, não é

pacífica. Maria Sylvia Zanella Di.Pietro¹⁸, por exemplo, diz que, em alguns aspectos, os funcionários e dirigentes da fundação criada pelo poder público de natureza privada seguem, em parte os ditames da legislação pública. Por isso respondem individualmente.

O artigo 19, IV do Código Civil e o artigo 120, IV da lei 6.015/73 (lei dos Registros Públicos) dizem que é obrigatório, quando da constituição da fundação, declarar no seu estatuto se os membros da administração respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais da entidade, ou seja, se os bens pessoais dos dirigentes respondem, ou não, pelos atos que praticarem em nome da pessoa jurídica que está sob seu comando. Em geral, tais cláusulas rezam o não comprometimento dos bens dos integrantes dos órgãos da administração.

Ao nosso ver, tal regra não tem muita eficácia porque, pela legislação e pelos próprios estatutos, pois, agindo ou se omitindo os administradores de forma a lesar o patrimônio da fundação ou de forma a afetar danosamente os objetivos da pessoa jurídica que dirigem, sofrerão pessoalmente as consequências de tais atos. Tais consequências podem ser administrativas, civis ou criminais.

Administrativamente, os dirigentes de fundações estão sujeitos àquelas penalidades previstas nos estatutos ou judicialmente declaradas, como a perda ou afastamento temporário do cargo em virtude de descumprimento de obrigação inerente ao mandato; inelegibilidade, em virtude de atos que comprometem a entidade; apresentação compulsória, aos órgãos de controle.

Civilmente, poderão os integrantes dos órgãos de administração se ver compelidos a reparar danos a que tenham dado causa, nos termos da legislação anteriormente mencionada, ou a teor do artigo 159 do Código Civil, que prescreve: *aquele que, por ação ou omissão voluntárias, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*".

Além disso, por analogia, e com muito mais razão, há que se aplicar aos dirigentes de fundações aquelas prescrições que responsabilizam os administradores de sociedades por prática de atos ilícitos. No caso das fundações privadas, está evidente que o administrador só responderá pessoalmente quando agir com dolo ou culpa, ou seja, não poderá ele ser responsabilizado, mesmo que ocorram danos a terceiros, quando sua atitude foi efetivada com diligência e boa-fé, ou, ainda, quando agiu em estado de necessidade, legítima defesa, em cumprimento de dever legal e no exercício regular de direito (arts. 1.525 do Código Civil e art. 65 do Código Penal).

Sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas e dos agentes públicos, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma:

Responsabilidade Civil. *"Pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público-CF, art. 37, §6º. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito*

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 323.

público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja o nexo causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica...”.

Podem, em nosso entendimento, os administradores das fundações criadas pelo poder público de direito privado, ser responsabilizados criminalmente pelos atos ilícitos que praticarem contra a fundação ou contra terceiros, utilizando-se da fundação, nos casos como: apropriação indébita (art. 168, do CP); estelionato ou disposição de coisa alheia como própria (art. 171, I do Código Penal); falsidade documental ou declaração falsa, falsidade ideológica (arts. 298 e 299 do Código Penal, dentre outros).

Para fins criminais, mandado de segurança e ação popular, funcionários, dirigentes e empregados das fundações públicas, tanto de direito público como de direito privado são considerados funcionários públicos e seus dirigentes, autoridades, no que concerne ao desempenho das funções delegadas (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º, e Lei 4.717/65, art. 1º). Diz Helly Lopes Meirelles:

Para fins criminais, os dirigentes e empregados de entidades paraestatais-empresas públicas, sociedades de economia mista, serviços públicos, por expressa determinação do Código Penal, no parágrafo único do artigo 327, que assim dispõe: “Equipara-se ao funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”¹⁹.

O que o autor menciona está relacionado com o que dispõe o artigo 5º LXI da Constituição Federal. Coerentemente com essa orientação, a lei 8.429/92 considera agente público, para fins das sanções nela previstas, por ato de improbidade administrativa, aquele que exerce, por qualquer forma de investidura, emprego ou função em entidade paraestatal (art. 2º), condicionando a posse e o exercício, à apresentação de bens (art. 13).

Voltemos ao caso da responsabilidade civil para responder à indagação se as fundações criadas pelo poder público de direito privado estão enquadradas nos dispositivos constitucionais que tratam do assunto. Para José dos Santos Carvalho Filho²⁰, a questão da responsabilidade civil se aplica às duas modalidades de fundação criadas pelo poder público: de direito público e de direito privado. De acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal, são civilmente responsáveis por atos de seus agentes as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Ora, as fundações não são exploradoras de atividades econômicas; ao contrário, quando criadas pelo poder público,

¹⁹ MEIRELLES, Helly Lopes. Op. cit., p. 323.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p.309

tanto de natureza pública como privada, são criadas para execução de serviço com finalidade social. Para o autor, as fundações criadas pelo poder público sujeitam-se à responsabilidade objetiva.

Também Diógenes Gasparini²¹ concorda com o autor mencionado acima dizendo que as fundações instituídas pelo poder público, sejam de direito público ou de direito privado, respondem de modo objetivo, enquanto existirem, pelas obrigações assumidas.

Entretanto, contrariamente a este entendimento, há vários outros estudiosos, defendendo que as fundações de direito privado, criadas pelo poder público como são distintas da administração pública a que se vinculam. Por essa razão, a administração pública da qual fazem parte não é responsável, solidária ou subsidiariamente, por essas obrigações. Responsável será se por ato seu vier extingui-las e absorver seus respectivos patrimônios.

Nosso entendimento é o de que desde que há nexos causal entre o dano e a ação administrativa; desde que haja dano causado por uma ação administrativa a fundação de direito privado criada pelo poder público não pode ser excluída da responsabilidade civil, nem seus agentes administrativos. A fundação criada pelo poder público, mesmo de direito privado, já nasce como prestadora de serviço público e, portanto enquadrada no art. 37, §6º da Constituição Federal. Assim sendo, é nosso entendimento que as fundações de direito privado criadas pelo poder público, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

4.5. Conseqüências de controle externo e contábil

As fundações públicas estão ligadas à administração direta do respectivo nível e amarradas por um cordão que denominamos de tutela administrativa, que é um controle realizado por órgãos de cúpula, isto é, o chefe do executivo ou ministros ou secretários. Elas estão submetidas, também, à fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, contábil, dos Tribunais de Contas, instituições que auxiliam o Legislativo nessa atribuição, conforme determinam os artigos 70, 71 e 75 da Constituição Federal.

O poder legislativo tem ainda competência para fiscalizar e controlar os atos editados no âmbito das fundações públicas, segundo dispõe a Constituição Federal, artigo 49, X, havendo preceito equivalente na Constituição do Estado de Santa Catarina 95, V. Mediante provocação pode ser acionado o controle jurisdicional sobre atos, omissões e contratos das fundações públicas.

No que concerne ao controle do Ministério Público, previsto no art. 26 do Código Civil e explicitado nos artigos 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil, até o advento da lei 7.596/87, vinha se realizando também sobre as fundações públicas sem nenhum questionamento. Hoje, entretanto, sabe-se que o Ministério Público exerce apenas o

²¹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 284.

controle das fundações de direito privado. Há os que defendem a idéia de que o Ministério Público deve exercer controle apenas sobre as fundações particulares.

Lúcia Valle Figueiredo²² chama atenção para a distinção que se deve fazer entre o controle dos Tribunais de Contas e do Judiciário. Alerta que o artigo 74 da Constituição Federal se refere ao controle interno da administração pública e, portanto, somente da fundação pública de direito público, porque é instituída e mantida pelo poder público.

A maioria dos incisos do artigo citado se refere ao poder executivo, porém, também aos poderes Legislativo e Judiciário compete exercer, dentro dos seus limites, o controle interno. Entretanto, sabe-se e desconfia-se da eficácia de tal controle, sobretudo no que se refere aos princípios da razoabilidade e motivação mencionados no artigo 74, II da CF.

Lúcia Vale Figueiredo, citando Karl Engisch, faz o seguinte questionamento e comentário²³:

Como se poderia avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial sem ser pelo prisma da adequação e da razoabilidade? Pode-se colocar objeção no sentido de que o conceito de razoabilidade é indeterminado, capaz, portanto, de conter valorações subjetivas. Os conceitos absolutamente objetivados são muito raros no Direito.

Sabe-se que o controle da fundação pública se dá de vários modos: a) pela homologação, aprovação, revogação e invalidação dos atos; b) com a participação do administrado; c) pelos Tribunais de Contas.

No primeiro caso a ingerência do poder instituidor é direta. Já, no segundo caso, o controle se dá pela via do direito de petição (art. 5º, XXXIV, a, da CF), no sentido de provocar a administração para que esta exerça seu dever. As duas primeiras formas tratam do controle interno. A terceira forma de controle é externo. Neste, distinguem-se o a dos Tribunais de Contas e a do Judiciário. Para isso, o art. 165, §5º, II da Constituição Federal determina a inclusão expressa do orçamento das entidades descentralizadas na lei orçamentária anual. Está implícita, neste artigo, a idéia da transparência do orçamento, nem sempre presente nas instituições públicas. Importa assinalar o que determina o art. 167, §1º, da Constituição Federal, que veda a possibilidade de investimento sem inclusão no plano plurianual. Também são vedados a transposição, o remanejamento ou a transferência de recurso de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa (art. 167, VI da CF).

Como se vê, o planejamento para a fundação autárquica é cogente e depende de aprovação orçamentária própria pelo legislativo. Isso não ocorre com a fundação pública

²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 81.

²³ Idem, p.231

de direito privado, que planeja a partir de necessidades e capacidades próprias. Elas não dependem, ao menos integralmente, dos recursos do erário público. Claro que os planejamentos não são tão rígidos e não podem funcionar sem flexibilidade. Porém, as alterações, no caso das fundações de direito público, sempre dependerão de aprovação, isto é, dependem de legalidade. Daí o controle pelos Tribunais de Contas que deve ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade, conforme alerta o artigo 70 da Constituição da República. Também os atos de demissão e admissão de pessoal são controlados.

O judiciário deverá ser requerido para que possa intervir no controle da fundação pública de direito público. Os mecanismos, nesse sentido, outorgados pela Constituição Federal estão voltados, segundo a regra do art. 5^o, XXXV, para quando houver lesão ou ameaça de lesão. Daí pode-se provocar o Judiciário através de Medidas Cautelares, Ação Populares e Mandados de Segurança.

Esse tipo de controle não existe nas fundações privadas particulares. Porém, nas fundações criadas pelo poder público, de direito privado, segundo alguns estudiosos e também segundo o nosso entendimento, as medidas judiciais acima apontadas, além da intervenção do Ministério Público, são aplicáveis.

Luiz Fernando Coelho²⁴ é de opinião de que o Tribunal de Contas deveria fiscalizar também as fundações privadas criadas pelo poder público. Assim descreve:

Assim, atribuir aos Tribunais de Contas a competência para exercer o controle das atividades econômicas de órgãos da administração indireta, sujeitá-los à supervisão dos Ministérios ou Secretarias, padronizá-lhes a elaboração e controle de orçamentos e balanços segundo princípios vigentes para o Estado e suas autarquias, não lhes destrói a natureza jurídica eminentemente privada, dimanada do fato de terem sido instituídas sob formas de organização vinculadas ao direito privado.

Deve-se observar, também, que as fundações públicas sujeitam-se aos procedimentos da contabilidade pública e de todas as suas normas procedimentais. Isso não ocorre com as fundações privadas que, por exercerem o controle econômico financeiro de seus órgãos internos, podem seguir os procedimentos da contabilidade gerencial privada.

Quanto ao controle de obras, serviços e compras, bem como à alienação de seus bens, as fundações públicas de natureza pública ficam sujeitas à licitação, nos termos da lei 8.666/93, com alterações dadas pela lei 8.883/94, podendo ter regulamentos próprios aprovados por colegiados próprios que estabeleçam procedimentos licitatórios adequados.

²⁴ COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p.121.

às finalidades em observância ao art. 119 da lei citada ou com as exceções específicas da lei no que trata da dispensa de licitação²⁵.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Os contratos celebrados pelas fundações autárquicas devem ser precedidos de licitação nos termos do artigo 37, XIX da Constituição Federal. Já o orçamento dessas fundações é formalmente idêntico ao das entidades estatais (lei 4.320/64), devendo-se atender ao disposto no artigo 165, §5º da Constituição Federal.

O autor acima mencionado faz críticas sobre o controle do Ministério Público nas fundações de direito privado, dizendo não compreender a administração fundacional como pertencente à administração direta, ou indireta, porque, no dizer de Celso Ribeiro Bastos²⁶, as fundações não foram incluídas nos Decretos 200/67 e 900/69 como órgãos da administração indireta do que resultou ficar como que vagando no espaço e prestando-se muitas vezes à fruição por aquelas entidades de benefícios que não lhes eram extensíveis em razão da condição de integrantes da própria administração. Mas a Constituição de 1988 veio reforçar a posição de que a fundação pública de direito público submete-se à legislação pública. Já a fundação pública, de direito privado, em alguns aspectos, também é parte integrante do poder público. Contudo, quando as fundações criadas pelo poder público de direito privado, por não serem controladas pelo instituidor, regulam-se pelas normas do Código Civil.

Entretanto, para Tomaz Aquino Resende²⁷, as fundações criadas pelo poder público, mesmo sob a égide do privado, não estão fora do controle. A prestação de contas é feita, neste caso, ao Ministério Público. É a ele que compete vigiar sobre as fundações de direito privado, enquanto que as de direito público prestam contas ao Tribunal de Contas. A regra é simples e clara.

Neste sentido também concorda Diógenes Gasparini²⁸, dizendo as fundações autárquicas estão obrigadas ao controle da legislação pública e do Tribunal de Contas, obedecendo, para tanto, a legislação da entidade que as criou. As fundações públicas de direito privado, ainda que instituídas pelo poder público, não estão obrigadas ao controle do poder público instituidor, mas e orientar-se por seus regulamentos e vigiadas pelo Ministério Público.

²⁵ MUKAI, Toshio. O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 43.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 79.

²⁷ RESENTE, Tomáz Aquênio. Op. cit., p. 87.

²⁸ GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p.283.

João Batista Ribeiro Neto²⁹ faz importante estudo sobre este assunto, mostrando a importância da intervenção legal do órgão do Ministério Público, não apenas nas fundações privadas, como nas fundações autárquicas, porque esta é uma de suas funções.

²⁹RIBEIRO NETO, João Batista. O Ministério Público e as fundações instituídas pelo Estado. Florianópolis: UFSC, 1979 (dissertação de Mestrado).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a fundação, como instituto jurídico, pertence à Teoria Geral do Direito, como forma de estrutura de pessoa jurídica, a qual poderá surgir e atuar tanto no campo do direito público como do direito privado.

Por tudo que se expôs, pode-se considerar, finalmente, que a fundação criada pelo poder público, seja a União, o Estado ou Município ou o Distrito Federal, pode ser autárquica ou de direito privado, conforme a vontade de seu criador, que tem, face ao *jus imperii do poder estatal* e frente ao próprio conceito do instituto *fundação*, a faculdade de impor a personalidade jurídica que lhe convier.

Cabe, portanto, à lei veicular a vontade do poder público, no sentido de conferir a personalidade jurídica do ente fundacional, se de direito público ou de direito privado. A consideração da natureza das características internas da fundação se rende à vontade do poder público instituidor.

A fundação pública de direito público ou de direito privado é uma forma técnica de descentralização administrativa, exigida pela administração moderna, sobretudo neste final de século quando se verifica, em todos os setores, o fenômeno da globalização. De qualquer modo, tanto a fundação pública de natureza pública, como a fundação pública de natureza privada, se rendem aos ditames da lei, face ao princípio de legalidade.

O texto constitucional de 1988, ao nosso entender, permite a criação, pelo poder público de fundação como uma espécie de autarquia e de fundação de direito privado.

Porém, tanto uma como outra sempre serão oficiais. Por isso, a fundação autárquica se submete amplamente ao regime das pessoas com natureza jurídica pública, ao passo que a fundação criada pelo poder público de direito privado, conquanto tendo este caráter, também, em muitos aspectos, se sujeita às normas de direito público, mas, de regra, segue as normas do Código Civil.

Como se observou-se ao longo da dissertação, encontramos fundações públicas de direito privado e de direito público e fundações particulares privadas. As primeiras são do tipo cooperação, e administrativas e as segundas são de iniciativa privada e consideradas de cooperação porque realizam importante contribuição social no sentido de satisfazer tarefas que, a rigor, pertencem ao poder público.

Concordamos com Diógenes Gasparini, autor por muitas vezes citado ao longo do trabalho, que os Estados e os Municípios podem instituir, sem óbice algum, fundações autárquicas ou de direito privado, conforme assim entenderem, para prestarem serviços das respectivas alçadas, de forma descentralizada e exercendo fundação delegada do poder instituidor, consoante ao indicado no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou para assumirem, nos termos do art. 173, atividades econômicas.

Em São Paulo, são exemplos de fundações públicas, na esfera estatal, a Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, a Fundação para o Remédio Popular Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas; e, na área do Município, a Fundação Bial de São Paulo e a Fundação de Tecnologia de São Paulo. Já em Santa Catarina, são inúmeros os exemplos, destacando-se as Fundações Educacionais, criadas pelos Municípios para manutenção do Ensino Superior, e outras tantas ligadas ao esporte, à cultura e outras atividades.

Embora alguns estudiosos julguem que a instituição de fundações criadas pelo poder público como pessoas jurídicas de direito público seja um erro do Estado, porque não se constituem em melhor maneira de realizar os respectivos fins, seja pela insuficiência de patrimônio, seja pela inadequação da forma de administrá-las, a Constituição Federal e a legislação admitem que podem existir fundações criadas pelo Estado, tanto com personalidade jurídica pública como privada.

Pode-se, portanto, responder a questão problema do projeto de estudo afirmando que a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público depende, substancialmente, do interesse do poder criador, definido em lei. Portanto, o poder oficial, como ente criador de natureza pública, tem força normativa para definir a personalidade jurídica da fundação criada, se autárquica ou de direito privado. Porém, sempre será uma fundação oficial. Mas, fundação pública não é o mesmo que fundação de direito público.

Assim sendo, as conseqüências jurídicas da definição da natureza da fundação são substancialmente diversas, sendo que as fundações autárquicas gozam das prerrogativas e privilégios estatais, e seus atos, na maioria das vezes, são administrativos, regidos pelas normas de lei de criação e o controle se faz pelo Tribunal de Contas. Já as fundações públicas de direito privado regem-se pelo Código Civil, com o controle do Ministério

Público. Porém, mantém o vínculo jurídico oficial, pela lei que autorizou sua criação porque também esta exerce função delegada.

As fundações públicas de direito privado, apesar de regidas pelo Código Civil, com vida puramente privada, ficam, de certo modo, amarradas ao poder instituidor, por força de sua lei autorizadora. O poder público, instituidor, ao nosso ver, pode, há qualquer momento intervir na orientação dessas instituições porque foram criadas com função delegada e com bens públicos. Assim sendo, cabe ao poder público zelar e avaliar se essas funções delegadas estão sendo cumpridas conforme os objetivos da disponibilização dos bens.

Como se pode observar ao longo do trabalho, pelo que dispõe o direito positivo brasileiro, as fundações criadas pelo poder público, de direito privado, criadas anteriormente à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, não perderam a sua personalidade jurídica, garantida, especialmente, pelo que dispõe o artigo 242 da Magna Carta. Contudo, é nosso entendimento que depende do poder instituidor alterar ou não sua condição jurídica. Porém, essa flexibilização não é admitida para a fundação privada particular que, obrigatoriamente, deverá orientar-se pelas diretrizes do Código Civil e, cujo instituidor, uma vez disponibilizados os bens, não mais pode ingerir sobre ela.

Portanto, em resposta às questões de pesquisa pode-se afirmar que, de acordo com a legislação a doutrina e a jurisprudência a natureza jurídica das fundações criadas pelo poder público, sejam autárquicas ou de direito privado, são instituições oficiais e, portanto, públicas. As consequências jurídico-administrativas dessa definição são aquelas previstas na legislação em vigor. Para as fundações autárquicas aquelas estabelecidas na legislação própria da administração pública e para a fundação pública de direito privado, as regras do Direito Civil e as normas próprias da legislação pública, em diversos aspectos, especialmente aquele relacionado à administração de pessoal.

A legislação brasileira, a partir da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é ambígua no que tange a uma definição mais prática e concisa sobre fundações. Estão vinculadas, afora as derrogações previstas nas leis instituidoras e ressalvadas as contidas na legislação geral, às fundações autárquicas, as seguintes normas, como consequências de sua natureza, dentre outras: a) subordinação à fiscalização e gestão financeira ao Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo poder executivo; b) constituição por lei; c) sua extinção somente poderá ser feita por lei; d) equiparação de seus servidores a funcionários públicos; e) sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança, cabimento de ação popular, legitimidade ativa para propor ação civil pública; f) juízo privativo na esfera estadual; g) submissão, nas licitações, à lei 8.666/93; h) em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 169, parágrafo único, e 165, §§ 5º e 9º, da Constituição da República Federativa do Brasil; i) imunidade tributária sobre patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, §2 da Constituição Federal).

As fundações públicas de direito privado sofrem as conseqüências das disposições do Código Civil, obedecem à legislação civil, à normatização trabalhista da CLT, sofrem o controle do Ministério Público. Porém, como se viu, não são plenamente autônomas e desvinculadas do poder instituidor como as fundações de direito privado particulares. Por força da lei que autorizou sua criação, a fundação pública de direito privado, permanece, de alguma forma, ligada ao poder público, exerce por ela delegada e, portanto, considerada pública.

Confirma-se, portanto, a hipótese substantiva do projeto, que afirma: *embora muitos estudiosos entendam que as leis do poder público que criaram fundações de direito privado não foram recepcionadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque com ela se tornam incompatíveis, entende-se que o poder público pode dar ao ente por ele criado a personalidade jurídica que lhe convier.*

Conclui-se, assim, que as fundações criadas pelo poder público de direito público, são espécie de autarquias, por isso estatais, governamentais ou autárquicas. Aquelas criadas pelo poder público de direito privado são públicas não estatais, privadas e não particulares.

Finalmente, ao constatar a ambigüidade da legislação sobre as fundações, sugere-se que, na Teoria Geral do Direito e no Direito Administrativo, se preste mais atenção à gênese histórica do instituto da fundação. Deve-se postular por uma legislação uniforme sobre as fundações para dirimir as confusões tão permanentes na legislação brasileira, unificando a norma orientadora para evitar distorções e incongruências freqüentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADIZES, Ichak. **Os ciclos de vida das organizações; como as empresas crescem e morrem e o que fazer a respeito**. 2 ed., São Paulo: Pioneira, 1993.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I.
- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Novos instrumentos de Cidadania: o papel das fundações**. FUNDACÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Anais. Belo Horizonte: Fundamig, 1995.
- ARAÚJO, Admir Netto de. **Pessoas jurídicas públicas**, in: ARAÚJO, Admir Netto de. e TELLES, Antônio A Queiroz. **Direito Administrativo na Década de 90**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BASSO, Maristela. **Fundações Privadas nos Países do Mercosul: uma análise comparada**. ANAIS DO I ENCONTRO DE FUNDACÕES DO MERCOSUL. Porto Alegre: Cebrap, 1997.
- BLASI, Paulo Henrique. Parecer. Florianópolis, 1993 (mimeo).
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral na política**. Apud OLIVEIRA JÚNIOR. Bobbio e a Filosofia dos juristas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- BORGHI, Rodolfo Daniel Alfredo. **El fortalecimiento de la sociedad civil, la globalización y la integración**. FUNDACÕES. FUNDACÕES. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, ano I, n. 1, p.15-23, 1995.
- CASTRO, Lincoln Antônio. **O Ministério Público e as fundações de direito privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- COELHO, Luiz Fernando. **A natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público**. ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, ano 33, n.139, p. 108-112. Jul.Set.1976.
- COELHO, Luiz Fernando. **Fundações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma constituição para o desenvolvimento democrático**. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Caetano. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1961.
- CRETELA JÚNIOR, José. **Fundações e Categorias Jurídicas**, FUNDACÕES. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, ano I, n.1, p. 11 a 14, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- DALLARI, Adilson Abreu. **Fundações Privadas instituídas pelo poder público**. Revista de Informação Legislativa, 28 (110): 206, São Paulo: Ltr, 1991.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V.II.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8a. ed., São Paulo: Atlas, 1997. p.40.
- DINIZ, Marcos Antônio. **Natureza jurídica e controle das fundações instituídas pelo poder público na Constituição Federal de 1988**. Legislativo ADCOAS (informações jurídico empresariais). São Paulo : Bla, ano XXIV, v.10, p. 312-13, abril 1990.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de Direito Público e Privado**. 8. ed. São Paulo: Nelpa, 1995.
- ENGELS, Friedrieoh. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Global, 1984.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Importância do terceiro setor, através das fundações privadas para o desenvolvimento social**. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Anais. Belo Horizonte: Fundamig, 1995.
- FARIA, Verter. **Fundação pública e fundação privada: semelhanças e distinções**. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do 1º seminário nacional de fundações de direito privado. Belo Horizonte: Fundamig, 1995.
- FARIA, Werter. **Peculiaridades das fundações privadas**. FUNDAÇÕES. São Paulo: Fijo, ano I, n. 1, 1995.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Fundações de direito privado instituídas pelo Estado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As Fundações privadas sob a ótica do Ministério Público, e o fortalecimento da cidadania**. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Belo Horizonte: fundamig, 1995.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Fundações e empresas públicas**. Apud COELHO, Luiz Fernando. FARIA, Verter. **Fundação pública e fundação privada: semelhanças e distinções**. FUNDAÇÕES. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado. Belo Horizonte: Fundamig, 1995.
- FREITAG, Bárbara. **Escola, Estado e Sociedade**. São Paulo: Moraes, 1980.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GIRARDI, Justino. **Curso de Direito Romano**. Porto Alegre: Acadêmica, 1986.
- GOMES, Roberto. **Crítica da Razão Tupiniquim**. 3 ed. Porto Alegre: Movimento-UFRGS, 1979.
- GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e sistemas de governo; uma alternativa para a democracia brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995.
- GRILLO R., Milena. **La articulación de lo gubernamental y lo privado: el reto que plantea el paradigma de la participación social**. FUNDAÇÕES. Porto Alegre: FIJO, ano II, n.2, p.73-82, 1996.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 12ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

- GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Primitivo. **Presencia de las fundaciones privadas en el Mercosur.** ANAIS do Primeiro Encontro das Fundações do Mercosul. Porto Alegre: Centro Brasileiro de Fundações – Cebraf, 1997.
- HOMERICH, Ilsa Almerinda. **Fundações instituídas pelo poder público – aspectos peculiares do Rio Grande do Sul.** Florianópolis, 1978 Dissertação (Mestrado em Direito): UFSC.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 2 ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962.
- KNJINIK, Mauro. **O compromisso social da empresa e as fundações.** FUNDAÇÕES. Porto Alegre, Fijo, ano III, n.3, p.9-11, 1997.
- KNOUV, N. M. **Cours de théorie générale du droit.** COELHO, Luiz Fernando. **Fundações públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KÖTHER, Maria Cecília de Farias. **Aspectos da estrutura e do funcionamento das fundações privadas no Brasil.** Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão- Fijo, 1997.
- LIMA, Thereza Helena S. de Miranda. **Fundações criadas pelo poder público, natureza jurídica- posições da doutrina.** In: Revista do TRIBUNA DE CONTAS DA UNIÃO. Brasília, ano VIII, v. 15, p. 2-13, 1977.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, H. Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** São Paulo: Forense, 1974.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Freitas Bastos, 1993.
- _____. **Fundações públicas.** REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, ano 52, v.338, p.62, 1963.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MUKAI, Toshio. **O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NADER, Ricardo Toledo. **As ONGs na reconstrução da sociedade civil.** Petrópolis: Vozes, ano 89, n. 6, v.89, 1995.
- PASOLD, Luiz César. **Função social do estado contemporâneo.** 2 ed. Florianópolis: Editora Estudantil, 1988. 103 p.
- PAIVA, João Pedro Lama. **Breves considerações sobre as fundações de direito privado, seu “modus” constitutivo.** FUNDAÇÕES. Ano I (1) : 29-37, Porto alegre: FJO, ano I, n.1, p.29-37, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Apud. RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- PIÑAS MAÑAS, José Luiz. **Regulación de las fundaciones, alternativas, aspectos positivos y negativos de una ley de fundaciones.** Anais do I Encontro Internacional de Fundações Privadas. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, outubro de 1995.
- ESGUERRA PORTO CARRERO, Leonor. **El rol de las fundaciones en el desarrollo de políticas sociales. El caso colombiano.** FUNDAÇÕES. Porto Alegre: FIJO, ano II, n.2, p.63-72, 1996.
- RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito.** São Paulo: Melhoramentos, 1997.
- RAMOS, Carlos Roberto. **Natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público federal, estadual e municipal e que destes recebem recursos.** REVISTA JURÍDICA LEMI. Belo Horizonte: Lemi, junho de 1978.
- RESENDE, Tomáz de Aquino. **Novo Manual de Fundações.** Belo Horizonte: Inédita, 1997
- RESENDE, Cássio Eduardo Rosa. **Fundações. Conferências e debates do I Seminário Nacional de Fundações de Direito Privado.** Belo Horizonte: Fundamig, 1995.
- RESENDE, Tomáz Aquino. **Novo manual de fundações.** Belo Horizonte: Inédita, 1997.
- RIBEIRO NETO, João Batista. **O Ministério Público e as fundações instituídas pelo estado.** Florianópolis, 1979, DISSERTAÇÃO (Mestrado em Direito): UFSC.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SALGADO, Plínio. **A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado.** TC – TRIBUNAL DE CONTRAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Revista do Tribunal. Belo Horizonte: TC, ISSN 0102 – 1052, p. 89, 1994.
- SANTOS FILHO, José dos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- SPRICIGO, Jaime. **Análise das fundações instituídas pelo Estado de Santa Catarina.** Florianópolis, DISSERTAÇÃO (Mestrado em Direito): UFSC, 1978
- SENNÁ, Homero e MONTEIRO, Clóvis Zobarán. **Fundações no direito na administração.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.
- SILVEIRA, José Néri. **As Fundações e o Poder Judiciário.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1995.
- FREITAG, Bárbara. **Escola, Estado e Sociedade.** São Paulo: Moraes, 1980.
- SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE. 115/34/DF. DJ. 6.5.88, p. 10.635. Acórdãos no mesmo sentido: RECR 0116468/88, DF, DJ. 14.10.88; RE- 101126, RTJ 113/331.
- TELLES, Antônio A Queiroz e ARAÚJO, Admir Netto de. **Direito Administrativo na Década de 90; estudos jurídicos em homenagem ao prof. J. Cretella Júnior.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TELLES, Antônio A. Queiroz Telles. **Introdução ao direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. In: RJTRS, Ac. RO- 4175/90, 106/HS, p. 14/15.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **A Constituição na Visão dos Tribunais**. São Paulo; Saraiva, v.1, p.465, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VOIGT, Léo. **Solidariedade e o mundo empresarial**. FUNDAÇÃO. Porto Alegre: FIJO, ano III, n.3, p.6-8, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro**. ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

ZANCANARO, A. Frederico. **A Corrupção Político-Administrativa no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ANEXOS

Para facilitar ao leitor, colocamos, em anexo ao trabalho, as peculiaridades da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da Constituição do Estado de Santa Catarina e da legislação em geral que trata de fundações.

ANEXO 1

**A fundação de acordo com a Constituição da República
Federativa do Brasil de 1988**

1) A fundação de acordo com a Constituição Federal

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XXVII- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

Art.37. A administração pública direta e indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguintes:

.....
XIX- somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação;

XX- depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

§6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 39. A União, os Estados, O distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Art. 71. O controle externo a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

.....
II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo o erário público;

III- apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão...;

Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

I- o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive autarquias e fundações;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

VI- Instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

.....

§2º. A vedação do inciso VI,a, é extensivo às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I- o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I- o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I- finanças pública;

II- dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público;

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

.....

§5º. a lei orçamentária anual compreenderá:

I- orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público;

II-;

III- o orçamento da seguridade social da União, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Art. 167. São vedados:

.....

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos orçamentários fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, §5º.;

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

- I- se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;*
- II- se houver autorização especificada na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.*

Art. 242. O princípio do art. 206,IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos

Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusiva das fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Município, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, autárquica ou das fundações públicas, em exercício na data da promulgação, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da constituição, serão considerados estáveis no serviço público.

.....

Art. 35. O disposto no art. 165,§7º., será cumprido de forma progressiva, no prazo de até 10 anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87.

§1º. Para aplicação dos critérios de que trata este artigo, excluem-se das despesas totais as relativas:

.....

V- ao serviço da dívida da administração direta e indireta da União, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal.

Art. 64. A imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.

Emenda constitucional de Revisão nº. 1, de 1994. Art. 1º. Ficam incluídos os arts. 71, 72 e 73 no Ato das Disposições constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

Art. 72. Integram o Fundo Social de Emergência:

I- o produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte sobre pagamentos efetuados, a qualquer título, pela União, inclusive suas autarquias e fundações.

Emenda Constitucional n.10, de 1996 altera a redação do art. 71 do Ato das disposições Transitórias, mas mantém a redação do art. 72.

ANEXO 2

A fundação na Constituição do Estado de Santa Catarina

2) A Fundação na Constituição do Estado de Santa Catarina

Art. 13. A administração pública de qualquer dos Poderes do Estado compreende:

-
§ 1º. - *Depende de lei específica:*
a) *a criação de autarquia;*
b) *a autorização para:*
a).....;
b) *instituição de fundação pública;*
.....

Art. 24. É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

- I- *a de dois cargos de professor;*
II- *a de um cargo de professor com outro técnico científico;*
III- *a de dois cargos privativos de médico.*

Parágrafo único - A proibição de acumular cargos estende-se a empregos e funções que abrange autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Art. 58. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração pública, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 59. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de contas do Estado, ao qual compete:

-
III- *apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de administração de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão,*

-
VI- *fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento congênere, e das subvenções a qualquer entidade de direito privado;*

Art. 95. São funções institucionais do Ministério Público, além das consignadas no art. 129 da Constituição Federal, as seguintes:

-
V - *velar pelas fundações*

Art. 118. A despesa com pessoal ativo e inativo do Estado e de seus Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único - a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem com a admissão de pessoas a qualquer título, pelos órgãos ou entidade das administração pública, somente poderão ser feitas se houver:

- I- Previa dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;*
- II- autorização específica na lei, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista ou suas subsidiárias.*

Art.170.O Estado prestará, anualmente, assistência financeira às fundações educacionais de ensino superior instituídas por lei municipal.

Parágrafo único: Os recursos relativos à assistência financeira:

- I- não serão inferiores a cinco por cento do mínimo constitucional que o Estado tem o dever de aplicar na manutenção e no desenvolvimento do Ensino;*
- I- serão repartidos entre as fundações de acordo com os critérios fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias.*

ANEXO 3

A fundação de acordo com os Códigos
Civil e de Processo Civil

3) A Fundação de acordo com os Códigos Civil e de Processo Civil

3.1.) O Código Civil

Art. 13. As pessoas jurídicas são de direito público, interno, ou externo, e de direito privado.

Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I – A União.

II – Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal.

III – Cada um dos municípios legalmente constituídos.

Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado:

I- As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

.....

Observação interessante deve ser feita, aqui, ao se tratar de sociedades civis, porque o art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil diz:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem a lei do Estado em que se constituírem.

.....

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.

Parágrafo único. Serão averbadas no registro as alterações, que esses atos sofrerem.

Art. 21. Termina a existência da pessoa jurídica:

I- Pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da maioria e de terceiros;

II- Pela sua dissolução, quando a lei determine;

III- Pela sua dissolução em virtude de ato do Governo, que lhe casse a autorização para funcionar, quando a pessoa jurídica incorra em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público.

Art. 24. Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Art. 25. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se outra coisa não dispuser o instituidor, até que, com os rendimentos ou novas doações, perfaçam capital bastante.

Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.

§1º. Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.

§2º.

Art. 27. Aqueles a quem o instituidor cometer aplicação do patrimônio, em tendo ciência do cargo formularão logo, de acordo com suas bases(art. 24), os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente.

Parágrafo único. Se esta lha denegar, supri-la-á o juiz competente no Estado, no Distrito Federal ou nos territórios, com os recursos da lei.

Art. 28. Para se poderem alterar os estatutos da fundação, é mister:

- I- Que a forma seja deliberada pela maioria absoluta dos competentes para gerir e representar a fundação;*
- II- Que não contrarie o fim desta;*
- III- Que seja aprovada pela autoridade competente.*

Art. 29. A maioria vencida na modificação dos estatutos poderá, dentro em um ano, promover-lhe a nulidade, recorrendo ao juiz competente, salvo o direito de terceiros.

Art. 30. Verificando ser nociva , ou impossível a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins iguais ou semelhantes.

Parágrafo único. Esta verificação poderá ser promovida judicialmente pela minoria de que trata o art.29, ou pelo Ministério Público.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I – A União.*
- II – Os Estados, o Distrito Federal e os Territórios.*
- III – Os Municípios.*
- IV – As autarquias.*
- V – As demais entidades de caráter público criadas por lei.*

Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

- I – As associações.*
- II – As sociedades.*
- III – As fundações.*

Parágrafo único – As disposições concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial, deste Código.

Art. 62. Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único: A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se outra coisa não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão transcritos, em nome dela, por mandado judicial.

Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases(art. 62), os estatutos da fundação projetada, submetendo-os, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz.

Parágrafo único. Se não elaborarem os estatutos no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, dentro em seis meses, caberá ao Ministério Público fazê-lo.

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.

Parágrafo único. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, ou, ainda, se estenderem a sua atividade a mais de um Estado, caberá ao Ministério Público Federal esse encargo.

Art. 67. Para que se possam alterar os estatutos da fundação é mister que a reforma:

I – seja deliberada por dois terços dos componentes para gerir e representar a fundação.

II – não contrarie ou desvirtue o fim desta.

III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la a requerimento do interessado.

Art. 68. Quando a alteração não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem os estatutos ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, dentro em dez dias.

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

3.2. O Código de Processo Civil

Art. 1.199. O instituidor, ao criar a fundação, elaborará o seu estatuto ou designará quem o faça.

Art. 1.200. O interessado submeterá o estatuto ao órgão do Ministério Público que verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina.

Art. 1.201. Atuado o pedido, o órgão do Ministério Público, no prazo de quinze dias, aprovará o estatuto, indicará as modificações que entender necessárias ou lhe denegará a aprovação.

§ 1º. Nos dois últimos casos, pode o interessado, em petição motivada, requer ao juiz, o suprimento da aprovação.

§ 2º. O juiz, antes de suprir a aprovação, poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor.

Art. 1.202. Incumbirá ao órgão do Ministério Público elaborar o estatuto e submetê-lo à aprovação do juiz:

I- Quando o instituidor não o fizer nem nomear quem o faça;

II- Quando a pessoa encarregada não cumprir o encargo no prazo assinado pelo instituidor ou, não havendo prazo, dentro em 6(seis) meses.

Art. 1.204. Qualquer interessado ou órgão do Ministério Público promoverá a extinção da fundação quando:

I- Se tornar ilícito seu objeto;

II- For impossível a sua manutenção;

Se vencer o prazo de sua existência

ANEXO 4

O Decreto – lei 200 de 25 de fevereiro de 1997

4) O Decreto – lei 200 de 25 de fevereiro de 1997

Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967 (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências).

Art. 4º. A Administração Federal compreende:

I-

II- a administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

§1º. As entidades compreendidas na Administração indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

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

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

I- Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;

II- Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III-

Art.10. A execução das atividades da Administração deverá ser amplamente descentralizada.

.....

§7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os

órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Obs. Os órgãos do art. 32: Conselho de Segurança Nacional, Serviço Nacional de informações, Departamento Administrativo do Pessoal Civil, Estado Maior das Forças Armadas, consultoria Geral da República e Alto Comando das Forças Armadas). Este artigo foi revogado pela lei 6.223 de 14 de julho de 1975.

Art. 172. O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente, aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da supervisão ou execução de atividades de pesquisa ou ensino, de caráter industrial, e de outras que, por sua natureza especial, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta, observada, em qualquer caso, a supervisão ministerial.

Obs. (Este artigo foi modificado pelo art. 1º do Decreto-lei 900/69).

Art. 178. As autarquias, empresas e sociedades em que a União detenha a maioria ou a totalidade do capital votante e que acusem a ocorrência de prejuízo continuado, poderão ser liquidadas ou incorporadas a outras entidades por ato do Poder Executivo, respeitados os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade.

ANEXO 5

O Decreto – lei 900 de 29 de setembro de 1969

5) O Decreto – lei 900 de 29 de setembro de 1969

Decreto-lei 900 de 29 de setembro de 1969 (Altera disposições do Decreto-lei 200/67 e dá outras providências).

Art. 1º. Os dispositivos do Decreto Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º.

I-;

II- Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III-

Art. 172. O poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente, aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exigem tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial.

§1º. Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de órgãos autônomos.

§2º. Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extraorçamentários, inclusive a receita própria.

Art. 2º. Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

- a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na lei de criação;*
- b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo um terço do total;*
- c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta.*
- d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (art. 24 e seguintes do Código Civil).*

Art. 3º. Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.

ANEXO 6

A Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973

6) A Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973

A Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências).

Capítulo I Da Escrituração

Art. 114. No Registro civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos:

- I- os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública;*
- II- as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas.*

Parágrafo único - no mesmo cartório será feito o registro dos jornais, periódicos, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias a que se refere o art. 8º. da lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 115. Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitas, ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

Parágrafo único - Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o juiz, que a decidirá.

Art. 116. Haverá, para os fins previsto nos artigos anteriores, os seguintes livros:

- I- Livro A, para os fins indicados nos números I e II, do art. 114, com 300(trezentas) folhas;*
- II- Livro B, para matrícula das oficinas impressoras, jornais, periódicos, empresas de radiodifusão e agências de notícias, com 150 (cento e cinquenta) folhas.*

Art. 117. Todos os exemplares de contratos, de atos, de estatuto e de publicações, registrados e arquivados, serão encadernados por períodos certos, acompanhados de índice que facilite a busca e o exame.

Art.118.Os oficiais farão índices, pela ordem cronológica e alfabética, de todos os registros e arquivamentos, podendo adotar o sistema de fichas, mas ficando sempre responsáveis por qualquer erro ou omissão.

Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos.

Parágrafo único - Quando o funcionamento da sociedade depender de aprovação da autoridade, sem esta não poderá ser feito o registro.

Capítulo II **Da Pessoa Jurídica**

Art. 120 - O registro das sociedades e fundações consistirá na declaração, feita no livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações:

- I- a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da sociedade ou fundação, bem como o tempo de sua duração;*
- II- O modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;*
- III- se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo;*
- IV- se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;*
- V- as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino do seu patrimônio;*
- VI- os nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do apresentante dos exemplares.*

Art. 121. Para o registro serão apresentados dois exemplares do jornal oficial, em que houver sido publicado o estatuto, compromisso ou contrato, além de um exemplar deste, quando a publicação não for integral. Por aqueles se fará o registro mediante petição, com firma reconhecida, do representante legal da sociedade, lançando o oficial, nos exemplares, a competente certidão de registro, com o respectivo número de ordem, livro e folha, um dos quais será entregue ao representante e o outro arquivado em cartório, rubricando o oficial as folhas em que estiver impresso o contrato, compromisso ou estatuto.

ANEXO 7

A Lei 6.225 de 14 de julho de 1975

7) A Lei 6.225 de 14 de julho de 1975

Lei 6.225 de 14 de julho de 1975 (Dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Art. 7º. As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença exclusivamente ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva Administração Indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo.

ANEXO 8

O Decreto – lei 2. 299 de 21 de novembro de 1986

8) O Decreto – lei 2. 299 de 21 de novembro de 1986

Decreto-lei 2.299 - de 21 de novembro de 1986. (Altera o Decreto-lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967 e dá outras providências).

Art. 1º. Os dispositivos adiante indicados do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º.

§2º. As fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União, integram também a Administração Federal Indireta, para os efeitos de:

- a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;*
- b) inclusão de seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei n. 5.645/70;*

§3º. Excetuam-se do disposto na alínea “b” do parágrafo anterior as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

“Art. 178. As autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem assim as fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob supervisão ministerial, e as demais sociedades sob o controle direto ou indireto da União, que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão se dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por outro ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade”.

ANEXO 9

Lei 7.596 de 10 de abril de 1987

9) Lei 7.596 de 10 de abril de 1987

Lei 7.596 - de 10 de abril de 1987 (Altera dispositivos do Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei 900 de 29 de setembro de 1969 e pelo Decreto-lei 2.299 de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências).

Art. 1º. O Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei 2.299, de 21 de novembro de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I- o inciso II do artigo 4º. fica acrescido da seguinte alínea "d", passando o atual §1º. a parágrafo único, na forma abaixo:

"Art. 4º.

II -

d) fundações públicas.

.....

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade".

II- o artigo 5º. fica acrescido de um inciso e um parágrafo, a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e §3º., na forma abaixo:

"art. 5º.

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

.....

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

Art. 3º: As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob forma de autarquia ou de fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e empregos para o pessoal docente e para os servidores técnicos e administrativos, aprovado, em regulamento, pelo Poder Executivo, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor.

ANEXO 10

Lei 8.429 de 2 de junho de 1992

10) Lei 8.429 de 2 de junho de 1992

Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (*dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração direta ou indireta ou fundacional e dá outras providências*).

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do distrito Federal ou dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

ANEXO 11

Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994

11) Lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994

Lei 8.958 - de 20 de dezembro de 1994 (*Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e dá outras providências*).

Art. 1º. As instituições federais de ensino superior de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Art. 2º. As instituições a que se refere o artigo 1º. deverão estar constituídas na forma de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

- I- a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo civil;*
- II- à legislação trabalhista;*
- III- ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente;*

Art.3º. Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contatadas na forma desta lei serão obrigadas a:

- I- observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;*
- II- prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;*
- III- submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da instituição federal de ensino ou similar da entidade contratante;*
- IV- submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta Lei pelo Tribunal de contas da União e pelo órgão de controle interno competente.*

Art. 4º. As instituições federais contratantes poderão autorizar , de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no artigo 1º. desta lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

§1º.

§2º. É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no "caput" durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no caput.

Art 6º. No exato cumprimento das finalidades referidas nesta Lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas.

ANEXO 12

**Reforma Administrativa de 1998
Emenda Constitucional 19/98**

12) Reforma Administrativa de 1998

EMENDA CONSTITUCIONAL

Nº 19, DE 1998

Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

Art. 1º Os incisos XIV e XXII do art. 21 e XXVII do art. 22 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 21. Compete à União:

.....
XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

.....
XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

.....
"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

.....
Art. 2º O § 2º do art. 27 e os incisos V e VI do art. 29 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se § 2º no art. 28 e renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único:

"Art.27.

.....
§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por

cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

....."

"Art. 28.

§ 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.

§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

"Art. 29.....

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VI - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

....."

Art. 3º O *caput*, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a

natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

.....

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

.....

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

.....

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

.....

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

§ 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser

firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I - o prazo de duração do contrato;
- II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral."

Art. 4º O *caput* do art. 38 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

....."

Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

- I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
- II - os requisitos para a investidura;
- III - as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX,

podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º."

Art. 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidadada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou

posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."

Art. 7º O art. 48 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XV:

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....
 XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

Art. 8º Os incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....
 VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

....."

ANEXO 12

**Reforma Administrativa de 1998
Emenda Constitucional 19/98**

12) Reforma Administrativa de 1998

EMENDA CONSTITUCIONAL

Nº 19, DE 1998

Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

Art. 1º Os incisos XIV e XXII do art. 21 e XXVII do art. 22 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 21. Compete à União:

.....
XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

.....
XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

.....
"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

.....
Art. 2º O § 2º do art. 27 e os incisos V e VI do art. 29 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se § 2º no art. 28 e renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único:

"Art.27.

.....
§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por

cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

....."
 "Art. 28.

§ 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.

§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

"Art. 29.....

.....
 V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VI - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

....."
Art. 3º O *caput*, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a

natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

.....

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

.....

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

.....

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

.....

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

.....
XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

.....
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

.....
§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser

firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I - o prazo de duração do contrato;
- II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral."

Art. 4º O *caput* do art. 38 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:
....."

Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

- I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
- II - os requisitos para a investidura;
- III - as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX,

podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º."

Art. 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou

posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."

Art. 7º O art. 48 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XV:

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I."

Art. 8º Os incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

....."