

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO:
UMA ANÁLISE SOBRE SUA FORMAÇÃO E DAS FORMAS DE CONTROLE**

ANDRE MOLINARO

**Rio de Janeiro
2018/1º semestre**

ANDRE MOLINARO

**FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO:
UMA ANÁLISE SOBRE SUA FORMAÇÃO E DAS FORMAS DE CONTROLE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof. Ms. Carina de Castro Quirino**.

**Rio de Janeiro
2018/1º semestre**

CIP - Catalogação na Publicação

M722f Molinaro, Andre
FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO: UMA
ANÁLISE SOBRE SUA FORMAÇÃO E DAS FORMAS DE CONTROLE
/ Andre Molinaro. -- Rio de Janeiro, 2018.
53 f.

Orientadora: Carina de Castro Quirino.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Fundações estatais de direito privado. 2.
Descentralização administrativa. 3. Dicotomia
direito público-privado. 4. Decreto-Lei nº
200/1967. 5. Controle. I. de Castro Quirino,
Carina, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ANDRE MOLINARO

**FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO:
UMA ANÁLISE SOBRE SUA FORMAÇÃO E DAS FORMAS DE CONTROLE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof. Ms. Carina de Castro Quirino**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2018/ 1º semestre**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e antes de tudo, agradeço a Deus por ter me dado a oportunidade e a força necessária para caminhar até aqui.

A gloriosa Faculdade Nacional de Direito, lar de alguns dos mais reconhecidos juristas de nosso país, obrigado por aceitar-me junto aos seus, por dar-me o privilégio de aprender com seus mestres e participar, ainda que de uma modesta forma, de sua honrosa história.

Aos meus pais, Alexandre e Andreia, pela vida que me deram e por todos os esforços e sacrifícios que foram feitos para que eu pudesse chegar até aqui. Por tudo que pude com eles aprender, que hoje me faz ser quem tenho orgulho de ser. Pela inspiração de seu valoroso trabalho no serviço público, que me leva a dedicar meu estudo ao Direito Administrativo. Por todo o apoio com o qual pude contar ao longo de toda a minha vida, e por nunca terem duvidado da minha capacidade de vencer.

A minha avó Regina, primeiramente pela inspiração para me tornar um futuro advogado; desde a infância quando conversávamos sobre seus casos até hoje, que podemos trocar experiências, livros e opiniões jurídicas. Em segundo lugar, porém não menos importante, por toda a sua luta para que eu e nossa família tivéssemos sempre o melhor possível, o que ela própria nunca tivera na juventude. Por todo o apoio que até hoje nos dá em todas as dificuldades que possamos enfrentar, por ser a amiga certa nas horas incertas. Sem ela, nada teria sido possível.

Ao meu avô Paulo, com quem pouco pude conviver, pois, infelizmente, a vida nos separou quando eu ainda era muito jovem, porém de quem guardo inúmeras recordações incríveis e uma indescritível saudade dos 6 anos que passamos juntos. De quem, mesmo que de forma inconsciente e independente de vínculo biológico, herdo traços de sua marcante personalidade. Agradeço por, de onde estiver, ter me acompanhado em espírito por toda a minha jornada.

A minha avó Carmela, pessoa cuja sensibilidade me inspira. Sua capacidade de entender as nossas angústias como ninguém, sua enorme compreensão. Agradeço pela paciência e

benevolência em todas as inúmeras vezes que, quando ainda criança, desarrumei toda a sua casa. Obrigado por me ensinar a buscar ser mais compreensivo.

Ao meu avô Andrea, de quem herdo, além de um belíssimo Fusca 1968, seu primeiro e único carro, seu nome do qual me orgulho muito, uma tradição já secular de avôs e netos. Agradeço por toda a bravura e destemor na batalha por uma vida melhor num país no qual sequer falava o idioma e sem qualquer apoio familiar ou financeiro. Obrigado por me ensinar a não temer as adversidades que a vida nos impõe.

A minha amada namorada Mariana, minha amiga e companheira de todas as horas, com quem tive o prazer de partilhar a ampla maioria das minhas experiências ao longo da graduação. Com quem pude dividir as alegrias e angústias dos últimos anos. De quem fui, por vezes, privado da agradável companhia em razão das longas horas de dedicação aos estudos. Aquela que, mesmo à distância, buscava compreender-me e acalmar-me após um longo e intenso dia de trabalho e estudos, sempre pronta para ouvir todas as minhas queixas ao telefone ao longo da semana e ainda saudar-me com um longo e caloroso abraço sempre que nos víamos pessoalmente. Obrigado por ser minha parceira por todos esses anos, por toda a compreensão e todo o apoio que me deu ao longo de todo o tempo que estamos juntos, que possibilitou que minha jornada pela graduação fosse muito mais agradável.

Ao meu amigo Renan, meu irmão que a vida me deu de presente. Agradeço pelos 12 anos de amizade, por todas as experiências que passamos juntos, que fazem de nós quem somos hoje. Quem deseja ir rápido, deve ir só; porém, quem deseja ir longe, deve ir acompanhado. Agradeço pelo companheirismo de sempre, desde a época da escola até a universidade, que possibilitou alcançar onde hoje alcanço.

Aos meus amigos Breno, Camila, Eduardo (China), Filipe (Xexa), Guilherme, João, Leticia, Luana, Lucas, Maithê, Matheus (Miroma), Renato (Juninho) e Tiago (Zettel), agradeço por todos os momentos de descontração, tão necessários nessa caminhada rumo à vida adulta. Agradeço por partilharem comigo suas igualmente novas experiências na vida universitária e profissional, e por me acompanharem desde os tempos da escola nos momentos importantes da minha vida. Sua presença possibilitou que minha caminhada até aqui fosse muito mais leve e prazerosa.

A minha amiga e chefe Lorayne, com quem aprendi boa parte de tudo que hoje sei. Agradeço por ter sido uma das primeiras pessoas a acreditar no meu potencial, mesmo conhecendo-me muito pouco, e por ter sido uma das únicas a acreditar nele quando ninguém mais acreditava. Obrigado por todos os momentos agradáveis que passamos no trabalho, o que facilitou bastante meu caminhar pelos últimos anos. Por ser uma chefe atenciosa, competente e justa, por ter me ensinado a ser o profissional que hoje sou. Obrigado por permitir que o início da minha trajetória profissional seja algo que guardarei para sempre junto às minhas melhores memórias.

A minha professora e orientadora deste trabalho Carina, agradeço pelos conhecimentos transmitidos ao longo das disciplinas que tive o privilégio de cursar sob sua docência, bem como por todo o apoio na elaboração do projeto de monografia e na realização deste trabalho. Obrigado por me ajudar a transformar uma vaga ideia num trabalho acadêmico digno de ser apresentado na Nacional de Direito. Certamente, não teria sido possível sem sua ajuda.

A todos os demais que aqui não foram mencionados, mas que, direta ou indiretamente, contribuíram de alguma forma na realização desse feito, meu mais sincero obrigado!

RESUMO

O presente ensaio analisa as fundações de direito privado instituídas pelo Estado como forma de descentralização de suas atividades por meio do instituto da fundação, oriundo do direito privado. O trabalho busca abordar os principais pontos a respeito dessas entidades, o tratamento legal e constitucional do tema para, por fim, culminar com uma análise dos aspectos relativos às formas de controle exercido sobre essa espécie de fundações.

PALAVRAS-CHAVE

Fundações estatais de direito privado; Descentralização administrativa; Dicotomia direito público-privado; Decreto-Lei nº 200/1967; Controle.

ABSTRACT

The present essay analyzes the foundations of private law instituted by the State as a form of decentralization of its activities through the institute of the foundation, derived from private law. The paper seeks to address the main points regarding these entities, the legal and constitutional treatment of the theme, and finally, an analysis of the aspects related to the forms of control over this kind of foundations.

KEYWORDS

State foundations of private law; Administrative decentralization; Public-private law dichotomy; Decree-Law no. 200/1967; Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	12
1.1 Fundações.....	12
1.2 O Estado como instituidor de fundações.....	14
1.3 Denominação das fundações estatais.....	16
1.4 Do preconceito publicista.....	16
1.5 Da dicotomia entre o direito público e o privado.....	18
1.6 Referencial teórico.....	21
a) Teoria dos interesses	21
b) Teoria do sujeito da relação jurídica	22
c) Teoria da subordinação	23
d) Teoria da atribuição	24
1.7 Descentralização administrativa	25
CAPÍTULO II – FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO ONTEM E HOJE – UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA	27
2.1 Introdução e delimitação da análise	27
2.2 Da falta inicial de regulamentação	28
2.3 Decreto lei 200 e sua evolução	29
2.4 Do tratamento constitucional das fundações estatais de direito privado	34
2.5 Do regime jurídico próprio das fundações instituídas pelo poder público	37
CAPÍTULO III – O PROBLEMA CENTRAL: O CONTROLE DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO ESTADO	39
3.1 Da supremacia do interesse público	39
3.2 Do controle propriamente dito	41
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Há tempos, antes mesmo da criação da ideia de autarquia, o Estado utilizava a instituição de fundações de direito privado para organizar certos departamentos e serviços seus. Especialmente na dinâmica da transição entre um Estado liberal, meramente abstencionista, para um Estado social, prestador de serviços públicos, o instituto das fundações fora amplamente utilizado pelo Estado, como um modo de prover seus administrados dos serviços que lhe são incumbidos.

O Estado vale-se da criação dessas instituições especialmente em razão da maior flexibilidade de que dispõe com relação às entidades autárquicas, de natureza jurídica de direito público, tendo em vista sua natureza de direito privado.

Ao longo do tempo, diversas instituições foram criadas nos moldes da legislação de sua época, sendo que algumas ainda existem até os dias atuais. Daí a necessidade de conhecimento, tanto da natureza dessas entidades, como de seu funcionamento, a fim de compreender como o Estado deve e tem atuado no controle dessas instituições, haja vista o capital público investido na criação dessas fundações e o tratamento tributário diferenciado dispensado às fundações em geral, com a concessão de imunidades e isenções.

Tais estudos estão necessariamente atrelados a uma justificativa: o interesse público subjacente à construção, manutenção e exercício das atividades das fundações. A doutrina administrativista é uníssona acerca da indisponibilidade do interesse público, ou seja, o controle estatal sobre essas fundações jamais pode ser dispensado pelo Poder Público.

O presente trabalho buscará analisar e compreender o instituto das fundações criadas pelo Estado, cujo regime jurídico é o privado, de modo a compreender a dimensão estruturante-normativo. Esse caminho é necessário para operacionalizar a pergunta que orienta a pesquisa: quais são as formas de controle exercidas sobre essas instituições?

Cabe aos juristas a compreensão dessas formas de controle, pois só assim poderá ser avaliado se o interesse público sobre essas instituições vem sendo devidamente perseguido.

O tema fundações estatais suscita, há tempos, polêmica na doutrina administrativista acerca de sua natureza jurídica¹, principalmente em razão da ausência de previsão legislativa até 1967, com a edição do Decreto-Lei 200/67, e constitucional até o advento da Constituição Federal de 1988². Inobstante a ausência dessa sistematização legislativa, o Estado sempre veio a instituir fundações cujo regime jurídico é o privado para a consecução de suas finalidades.

Inspirado nessas ideias, o tema controle das fundações de direito privado instituídas pelo Estado despontou como carecedor de uma análise mais aprofundada, especialmente por ser imperioso entender a dinâmica de controle do interesse público por trás dessas instituições.

Em nossa análise, teremos por base a Teoria da Atribuição (*Zuordnungstheorie*), também conhecida como Teoria Modificada do Sujeito (*Modifiziert Subjektstheorie*) ou Teoria do Direito Especial (*Sonderrechtstheorie*), cuja formulação foi originalmente concebida em 1951 por Hans Julius Wolff. Essa teoria tem como objetivo a distinção entre as normas ditas de direito público e de direito privado, dicotomia cuja compreensão se apresenta essencial na análise dessas fundações, as quais, apesar de instituídas pelo Estado, contam com um regime predominantemente de direito privado. Por essa razão, apresentarão características tanto de um ramo quanto do outro.

Primeiramente, buscaremos delinear algumas noções iniciais sobre o instituto das fundações, especialmente aquelas instituídas pelo Estado, de modo que seja permitida a melhor compreensão do tema. Abordaremos a possibilidade de instituição de tais fundações pelo Estado, sua nomenclatura, bem como faremos uma análise da dicotomia entre o direito público e o direito privado e das teorias que se ocupam dessa definição.

Em um segundo momento, passaremos a analisar a evolução do tratamento legal e constitucional dispensado às fundações instituídas pelo Estado e seu regime jurídico próprio.

Por fim, chega-se ao objetivo último: uma análise das formas de controle utilizadas pelo Estado na fiscalização das fundações por ele instituídas. Observa-se, entretanto, que a proposta

¹ MATOS, F. N.. *Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob o regime de direito privado*, Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 270, p. 207-242, set./dez. 2015. p. 217.

² *Ibidem*. p. 222.

cinge-se a somente apresentar quais e como se desenvolvem as formas de controle, sem querer propor alternativas ou soluções para outras tratativas se não as já existentes.

A metodologia de pesquisa estruturada consiste em construção teórico-doutrinária, por meio de levantamento bibliográfico acerca do tema proposto, analisando, especialmente, como a doutrina tem observado e tratado o tema das fundações instituídas pelo Estado evolutivamente.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1.Fundações

Para início do presente trabalho, cumpre-nos delinear o que se entende por Fundação, conceituando este instituto, de modo que permita a compreensão do ponto central que se busca estudar neste trabalho e as demais questões que permeiam o estudo dessa espécie.

Primeiramente, fundação é um ente personalizado, uma pessoa jurídica, diferente dos homens e mulheres, das pessoas naturais, a quem o ordenamento jurídico atribui a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações³.

Diante disso, conclui-se que as pessoas jurídicas, gênero do qual integra a espécie fundações, existem apenas em razão da sua criação pelo direito. Continua aquele civilista arrematando que não se tratar de serem pessoas reais ou não; realidade seria conceito do mundo fático, enquanto pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. As pessoas jurídicas são criadas, pelo ordenamento jurídico, para determinado fim⁴.

Quanto à classificação das pessoas jurídicas, tem-se duas grandes categorias nas quais são divididas: as corporações e as fundações. Tal classificação leva em conta, como critério, o substrato dessas pessoas, sua essência, sua estrutura. Nas palavras do ilustre mestre Sergio de Andrea Ferreira, “a divisão leva em conta o suporte fático, o substrato, o embasamento real que

³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Rio, 1954. p. 280. “As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito, é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidade criada por esses, bilateral, plurilateral (sociedades, associações), ou unilateralmente (fundações).”

⁴ *Ibidem*. p. 282.

o Direito vai personificar, outorgando-lhe a situação de polo subjetivado de direitos e obrigações.”⁵.

Quanto às corporações, são estas as pessoas jurídicas cujo suporte fático é a reunião de pessoas, um conjunto de pessoas direcionadas a uma finalidade comum, que dispõe de personalidade distinta daqueles que a compõe, revestindo-se de personalidade jurídica autônoma diante de seus componentes pois assim a lei as reconhece.

Além das corporações, restam as fundações, espécie sobre a qual buscará o presente trabalho se debruçar, que têm como estrutura fática a afetação de um montante patrimonial a uma finalidade, que, para este fim, adquire personalidade. Distinguem-se, pois, das corporações. Enquanto estas são, faticamente, formadas por pessoas, aquelas são formadas por patrimônio, o qual, diante do reconhecimento legal, adquire personalidade jurídica.

A respeito do início da personalidade jurídica das fundações, como regra, tem-se como termo inicial a inscrição de seu ato de criação no registro competente. Contudo, em se tratando de fundações ditas de direito privado instituídas pelo Estado, das quais o presente trabalho busca se ocupar, uma questão se levanta: seria a personalidade adquirida de direito público ou de direito privado? Pois bem, a resposta a esta pergunta se encontra na lição do ilustre Pontes de Miranda, no que ficou conhecido como teoria da concriação da personalidade. Assevera o mestre que a personalidade jurídica nasce, ao mesmo tempo, tanto no direito público quanto no direito privado.⁶

Isso significa dizer, nas palavras de Sergio de Andrea, “ que ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado não significa ter capacidade em apenas um desses ramos”⁷.

Nas palavras do tradicional civilista Clóvis Beviláqua, as fundações “consistem em complexos de bens (*universitates bonorum*), dedicados à consecução de certos fins e, para esse

⁵ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 9.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Op. Cit., p. 305.

⁷ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 71.

efeito, dotados de personalidade”⁸. De forma simplificada, esclarece o autor⁹ que as fundações são “ universidade de bens personalizada em atenção ao fim, que lhe dá unidade”¹⁰.

Conforme observado em ambas as definições dessas espécies de pessoas jurídicas, em todas estão presentes o elemento *pessoas*. Contudo, seus relacionamentos com as pessoas jurídicas, nos 2 casos, são completamente distintos¹¹. Enquanto as corporações são formadas por essas *pessoas*, a formação das fundações prescinde destas, posto que se trata de reunião patrimonial e não pessoal. Apenas na figura do instituidor da fundação e de seus administradores que se faz necessário o elemento pessoal, porém este não integra o substrato fático da personalização da entidade¹².

Concluindo a conceituação de fundação, observa-se sempre nessa categoria a presença de 3 pontos essenciais a elas: patrimônio, finalidade e personalização. Arrematando o conceito de forma simples porém completa, a fundação é “um patrimônio personalizado afetado a um fim”¹³.

1.2.O Estado como instituidor de fundações

Ao contrário do que se possa imaginar, o Estado vale-se do instituto da fundação há tempos para organizar certos departamentos seus. Já em 1916, Clóvis Beviláqua, mencionava a possibilidade de criação de fundações estatais¹⁴.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 1946. p. 158-159.

⁹ Idem, *Código Civil Comentado*, 7. ed., 1944, v.I. p. 251.

¹⁰ Em complementariedade, FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 10. “Na fundação, é no patrimônio destinado a um fim, mercê de uma organização, que está o substrato personificado. É ela a organização de elementos materiais a serviço de um fim pré-fixado: um complexo de bens que, mediante uma organização, tem um escopo a atingir. Pessoas que surgem em torno deste complexo de elementos não são componentes da estrutura personalizada. De um lado, encontra-se o instituidor da fundação; de outro seus beneficiários; os administradores da fundação situam-se em posição totalmente diversa dos membros de uma corporação, pois que sua função é servir.”.

¹¹ Op. Cit., p. 10.

¹² Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 363. “Nas fundações, quer seus administradores quer os beneficiários da obra que a tendem, por isso mesmo que não são membros, permanecem à margem de sua estrutura, externos à pessoa. São terceiros em relação a ela: agentes que servem-na ou destinatários de sua atividade. Daí a distinta função dos indivíduos em um e outro tipo de pessoa: nas corporações são elementares, não fundações instrumentais.”

¹³ CRETILLA JR., José. *Fundações de direito público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 13.

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 11ª ed., Rio, 1956. p. 193. “entre as fundações criadas ultimamente pelo Estado, em nosso país, merecem menção os estabelecimentos de instrução pública superior e secundária subordinados ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Esses institutos de ensino

A legitimidade estatal para a prática do negócio jurídico fundacional, para a instituição de fundações, antecede mesmo a codificação do direito, e é reconhecida já no regime do Código Civil de 1916, antes mesmo da institucionalização da chamada descentralização administrativa¹⁵, que será melhor trabalhada adiante.

A exemplo disso, mais “recentemente”, pode ser citada a criação, na década de 1960, da Universidade do Estado da Guanabara, hoje Universidade do Estado do Rio de Janeiro, após a incorporação do Estado da Guanabara pelo Estado do Rio, que nasceu como uma fundação de direito privado instituída pelo Estado. Tal fato ilustra a proliferação dessas fundações naquela época¹⁶.

A propósito, as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público antecederam, no Brasil, inclusive, as próprias autarquias¹⁷, entes administrativos que hoje representam, a rigor, a grande forma de personificação, pelo Estado, de certos departamentos seus. Às fundações, “sucederam-se as autarquias, em que se transformaram, inclusive, antigas fundações criadas pelo Estado”¹⁸.

Neste sentido, nos ensina José Cretella Júnior, nas primeiras linhas de sua obra intitulada “Fundações de Direito Público”, um dos referenciais deste trabalho e de alguns mais utilizados aqui como bibliografia, que a instituição de fundações pelo Estado remontam tempos longínquos¹⁹.

são fundações submetidas às regras especiais do regulamento, que os criou, e administrados pelos respectivos diretores, de acordo com as Congregações e sob a inspeção do Conselho Superior de Ensino e do Ministério dos Negócios Interiores.”

¹⁵ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 71.

¹⁶ Idem, *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 52.

¹⁷ FAGUNDES, M. Seabra. *Rev.. Dir. Adm.*, nº 78. p. 7-8.

¹⁸ Ibidem. p. 7-8.

¹⁹ CRETELLA JR., op. cit. p. 9 e 63. “A finalidade deste ensaio é demonstrar que a ideia de fundação pública encontra raízes no começo deste século, precedendo mesmo a noção de autarquia, devendo-se aos doutrinadores italianos a estruturação perfeita de ambos os conceitos, logo depois irradiados para todo o mundo jurídico e universalmente aceitos.” e “Não foi a doutrina brasileira que ‘inventou’ a fundação de direito público ou fundação pública. O direito italiano definiu e estruturou o instituto há quase cem anos e, com base mesmo na fundação pública, é que surgiu a ideia de autarquia.”

Portanto, são as fundações instituídas pelo Estado uma realidade já há muito consolidada, tanto no direito brasileiro como no direito estrangeiro. Da própria noção de fundação deriva o que hoje conhecemos como autarquia, razão pela qual não se pode negar a possibilidade e existência dessas entidades.

1.3. Denominação das fundações estatais

As fundações instituídas pelo Estado são denominadas das mais variadas formas. Como se verá adiante, a legislação e doutrina pátria utilizam diversas nomenclaturas para denominar essas fundações.

Por vezes as denominam “fundações estatais”, “fundações instituídas pelo Estado”, “fundações de direito privado instituídas pelo Estado”, “fundações públicas”, ou simplesmente “fundações”, dentre outras. Todos os termos para denominar o mesmo instituto sobre o qual pretende se debruçar a presente obra: as fundações de direito privado instituídas pelo Estado.

Modernamente, as fundações ora em comento são denominadas “fundações públicas de direito privado”, em oposição às “fundações públicas de direito público”, também conhecidas por fundações autárquicas, em razão da semelhança que guardam com as autarquias.

Diante da imprecisão e da variação de termos observada, não utilizaremos um único termo para a denominação dessas entidades. Dessa forma, sempre que utilizarmos uma palavra para designar as fundações instituídas pelo Estado, entenda-se que estamos a nos referir às fundações estatais cuja natureza é de direito privado.

1.4. Do preconceito publicista

Uma das principais dificuldades encontradas no reconhecimento das fundações como meio a ser utilizado pelo Estado para descentralização de certas funções suas (ver adiante Descentralização administrativa) reside no preconceito publicista relativo ao reconhecimento, no Direito Administrativo, da possibilidade de existência de fundações públicas, posto que o conceito de fundação remete-nos, naturalmente, a uma ideia de direito privado, que seria, a

princípio, incompatível com as normas ditas de direito público. É o que se denomina “mentalidade civilística”²⁰.

Como consequência direta disso, sempre que um instituto nasce no Direito Administrativo tendo um paralelo no Direito Privado, no Direito Civil, como no caso das fundações, cria-se uma grande resistência à aceitação dessa possibilidade, pois não seriam compatíveis as normas deste com aquele ramo público do sistema jurídico²¹. Como exemplo, citando o mestre Hely Lopes Meireles, o termo “fundação pública” tratar-se-ia de uma contradição em termos, pois, em sendo uma fundação, estaria clara a sua natureza privada²².

Caracterizando tal conduta científica como intolerante, Cretella Jr. traz alguns argumentos que provocam a reflexão a respeito desse preconceito, no sentido de alguns outros institutos aceitos no direito público que tem sua origem no direito privado²³.

Por certo, as fundações são institutos classicamente tidos como ínsitos ao direito privado, dentro da categoria das pessoas jurídicas. Tem suas origens primeiras no próprio direito romano, que dá base à ciência jurídica como um todo, mas, especialmente, ao direito privado. Os romanos dedicaram-se amplamente ao estudo e desenvolvimento do direito privado, do direito que regulava as relações entre os cidadãos romanos, porém pouco explorou no campo da regulação da relação entre os cidadãos romanos e o Estado Romano. Continuando com a lição de Cretella Jr., “os romanos foram gigantes no direito privado e pigmeus no direito público”²⁴.

²⁰ CRETELLA JR., op. cit. p. 17.

²¹ Ibidem, p. 17.

²² MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed., 1966. p. 314.

²³ CRETELLA JR., op. cit., p. 64. “Trata-se da mais absoluta intolerância científica que se recusa sequer a examinar a viabilidade da existência da fundação pública, como se não se pudesse, paralelamente, indagar: há mútuo público? Há depósito público? Há empréstimo público? Há contrato público? Há bens públicos?”

²⁴ Ibidem, p. 64. “A fundação apareceu primeiro no campo do direito privado porque, por acaso, os romanos desenvolveram mais o direito privado do que o público. Já se disse mesmo que os romanos eram gigantes do direito privado e pigmeus do direito público. Poderia ter ocorrido o inverso, se o espírito romano tivesse dirigido sua atenção para o direito público, primeiramente, mais do que para o direito privado e, neste instante, estaríamos, possivelmente, negando a fundação de direito privado, se tivéssemos a denominada mentalidade publicista que seria herança do povo romano.”

A ideia de aplicação do direito privado à administração pública sempre existiu²⁵, mesmo sendo de forma supletiva ou residual ao direito público²⁶.

A propósito, cumpre-nos destacar a própria remissão legal às normas civis. Como exemplo disso, podemos mencionar o artigo 54 da Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos da administração pública: “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata essa Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” (Grifa-se)

Isto posto, não há razão para a negativa de existência às fundações instituídas pelo Estado, pois não se trata de uma excentricidade jurídica brasileira ou algo do tipo. Trata-se, em verdade, de instituto jurídico sólido, cujas bases mais remotas estão instaladas no direito romano, e encontra-se bem delineada pelas leis e doutrina pátrias. Não há de se negar a aplicação do direito privado às relações de direito público, posto que complementares e integrantes do mesmo sistema jurídico. A negativa nesse sentido baseia-se no preconceito publicista calcado na já mencionada “mentalidade civilista”.

1.5. Da dicotomia entre o direito público e o privado

Desde o início dos cursos de graduação em Direito, logo nas primeiras semanas, aos jovens bacharelados é apresentada a ideia dicotômica da separação da ciência jurídica em 2 grandes troncos: público e privado. A este, cabe disciplinar as relações entre as pessoas privadas, tendo como exemplos o direito civil, comercial, entre outros. Àquele, cabe a disciplina das relações nas quais ao menos um dos sujeitos é uma pessoa de direito público, um “braço” do Estado, por assim dizer, do qual fazem parte o direito administrativo e o constitucional, por exemplo.

²⁵ MATOS, F. N., op. cit., p. 215.

²⁶ Como ilustrativo dessa possibilidade, André Hauriou, a respeito de empréstimos, diz que “Para definir o processo mediante o qual se operam esses empréstimos do direito comum, contentamo-nos geralmente em lembrar que o direito privado deve ser considerado como supletivo em relação às normas administrativas. Não só, porém, nesse sentido de que, em caso de silêncio das regras administrativas, se aplicam literalmente as leis ou códigos de direito privado, mas também no sentido de que o juiz administrativo, quando os problemas que se lhe apresentam não encontrem absolutamente solução nos textos administrativos, pode e deve aplicar as regras gerais que as leis civis contêm.” HAURIUO, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 465-473, 1945. p. 460.

Atribui-se essa clássica divisão do direito em público e privado a Ulpiano²⁷, importante expoente do direito romano. Em fragmento do Digesto, a ele atribuído, afirma-se que “ No estudo do direito, dois são os aspectos: o público e o privado. O direito público diz respeito às coisas do Estado romano; o privado, à utilidade dos particulares”²⁸.

Trata-se de tentativa de segmentar a ciência jurídica em “caixas” estanques, até mesmo para facilitar a compreensão e o aprendizado do direito, de modo que o ensino possa se adequar ao sistema disciplinar que adotamos no Brasil.

Muitas vezes, essa dicotomia é apresentada como uma ideia insuperável, ou seja, cabe ao operador do direito classificar suas disciplinas em de direito público ou de direito privado, tão somente. Cada elemento a ser classificado deve ser alocado em apenas uma das “caixas”, portanto, ou a norma disciplina as relações privadas ou as públicas, inexistindo a possibilidade de uma norma dita privada regulamentar, de alguma forma, uma relação dita pública.

Ora, hoje sabemos que o conhecimento não é estanque, dividido em “caixinhas”. O conhecimento é vivo e interdisciplinar. Não se imagina, por exemplo, o conhecimento acerca dos seres vivos, a biologia, sem o auxílio do estudo da química, de modo que seja permitida a mais ampla compreensão do funcionamento de tais seres, a qual é impossível apenas com o que se encontra na “caixa” denominada biologia. Por que seria diferente com a ciência jurídica?

Trata-se somente de uma das inúmeras formas de divisão do conhecimento, de classificação das ideias, para a sua melhor compreensão. Não significa dizer que todas as normas se encaixarão perfeitamente nessa divisão, até mesmo porque o sistema jurídico é um feixe complexo de normas. Como a própria palavra “ sistema” permite inferir, trata-se de um conjunto de normas, que deve ser operado como um todo.

No próprio campo do direito, não se imagina, por exemplo, uma divisão tão hermética entre o direito tributário e o constitucional. Há matérias tributárias que também são tratadas pelo direito constitucional, como alguns dos limites ao poder de tributar (CRFB, artigo 150). Mais uma vez, o sistema de “caixinhas” falhou, posto que a norma insculpida no artigo 150 da Constituição de 1988 encontra-se tanto na “caixa” referente ao direito constitucional quanto na

²⁷ CRETELLA JR., op. cit., p. 10.

²⁸ MATOS, F. N., op. cit., p. 210.

referente ao tributário. E, provavelmente, não encontraremos muitos que se insurjam contra tal fato. Por que seria diferente com as normas que regulam o instituto das fundações em relação ao direito público e o privado?

No que toca às fundações, como já exposto acima, elas surgem, num primeiro momento, no âmbito do direito privado. Nada obstante, essa anterioridade é apenas cronológica. Nas palavras de José Cretella Jr., “Se a fundação privada pré-existe, no tempo, a anterioridade é apenas cronológica. Trata-se de irmão mais velho, que nasceu primeiro. Não é, porém, de modo algum relação de entidade-matriz para entidade-filial.”²⁹.

Sabe-se que o direito administrativo não é derivado do direito civil. Suas origens remontam à própria base da ciência jurídica³⁰.

Outrossim, há de se buscar inspiração na ideia precedente, como um irmão mais novo que busca orientar-se pelo mais velho. Por certo, a espécie mais nova, as fundações instituídas pelo Estado buscarão inspiração nas mais velhas, nas fundações instituídas por pessoas privadas, compartilhando, ademais, as características do gênero comum que dá origem a ambas: fundação³¹.

Não se deve, a partir de uma das espécies, já diferenciada em suas peculiaridades, buscar-se chegar a outra. Cretella Jr. chega a classificar esta postura como um “erro grosseiro”, “porque se transporta, dessa forma, para uma das espécies, a conotação típica da outra espécie, o que impede o enquadramento perfeito.”³².

²⁹ CRETELLA JR., op. cit., p. 10.

³⁰ Ibidem, p. 10 e 65: “Do mesmo modo, perscrutando o sistema jurídico românico, podemos notar que o direito civil não é, de maneira alguma, matriz do direito administrativo: ambos são ramos paralelos que derivam de um tronco único. Assim, os quadros do direito privado e do direito público dispõem-se no mesmo plano, colocando-se os institutos lado a lado, paralelamente, jamais em dois planos superpostos, como se os do segundo plano derivassem do correspondente primeiro plano.” e “Se o direito civil é um dos ramos, embora dos mais antigos e prestigiados da ciência jurídica, nem por isso o direito administrativo é filiado a ele, e os institutos do primeiro não são nem exclusivos, nem matrizes do segundo, porque, precedendo-os, há o momento categorial, que a todos abrange.”, respectivamente.

³¹ Ibidem, p. 11: “O quadro que antes se preencheu servirá de modelo ao novo irmão, inspirando-o não como o gênero inspira a espécie, mas como a espécie inspira a própria espécie, ambas com traços característicos típicos, além dos traços comuns que as identificam com o protótipo gênero do qual emanam.”

³² Ibidem, p. 65.

O método científico adequado à análise da situação é aquele “que afasta as pré-noções, que deixa de lado as posições petrificadas, é possível captar a categoria jurídica fundação e dela atingir duas espécies paralelas e inconfundíveis – a fundação privada e a fundação pública”³³.

Ambas as espécies devem ser reconhecidas como integrantes do próprio gênero fundações, sem que se leve em conta qualquer dicotomia classificatória quanto à sua essência, se de direito público ou de direito privado. Ambas coexistem na ordem jurídica brasileira, cada qual com suas peculiaridades, porém também com diversas semelhanças, irmãs, pois, que são. O que se deve buscar é a identidade no gênero, e não nas peculiaridades que cada fundação apresenta. O instituto da fundação não é de uso exclusivo do direito civil pois, como já exposto anteriormente, a ciência jurídica é una.

1.6.Referencial teórico

Na tentativa de conceber a separação do direito em público e privado, diversas foram as teorias que buscaram estabelecer critérios para tal³⁴. No presente trabalho, buscaremos abordar os critérios que mais se destacam nessa seara e, ao fim, a teoria da atribuição (ou teoria modificada do sujeito), originária do direito alemão, que constitui o principal referencial teórico desta obra, pois, assim como o autor já referenciado acima, que apresentou essa teoria a este que aqui escreve, entendemos ser afigurar como a mais adequada a explicar a atuação da administração pública sob o regime do dito direito privado.

a) Teoria dos interesses

A teoria dos interesses, também conhecida como teoria da utilidade, teria a sua origem no próprio direito romano. Na lição de Frederico Nunes de Matos, “segundo tal concepção teórica, o direito público é aquele que tutela os interesses públicos, enquanto o direito privado refere-se aos interesses dos particulares.”³⁵.

Ocorre que essa teoria sobre a distinção entre direito público e direito privado é passível de diversas críticas. Parte expressiva da doutrina entende que, por muitas vezes, o interesse

³³ Ibidem, p. 65.

³⁴ MATOS, F. N., op. cit., p. 209.

³⁵ Ibidem, p. 210.

público e o privado se confundem, impossibilitando determinação de a qual interesse visa a norma proteger, se do Estado ou dos particulares³⁶.

Na tentativa de superação dessas críticas, tal teoria fora reformulada no sentido de defender não um interesse exclusivo, mas sim a preponderância de um dos interesses, público ou privado.

Modernamente, atribui-se essa reformulação a Savigny, e antes disso, aos antigos canonistas, ficando conhecida como teoria do interesse preponderante³⁷.

Nada obstante, em muitos casos, permanece difícil a determinação do interesse preponderante, se o público ou o privado, razão pela qual esta teoria não se afigura como a mais adequada ao dilema da identificação das normas de direito público e as de direito privado.

b) Teoria do sujeito da relação jurídica

Como postulado da teoria do sujeito da relação jurídica, tem-se que a “distinção entre direito público e direito privado está baseada nos sujeitos que compõe as relações jurídicas”³⁸. Caberia ao direito público disciplinar as relações jurídicas nas quais fazem parte, ao menos, um ente público, enquanto ao direito privado as relações nas quais fazem parte apenas particulares.

Em suma, ao Estado, seria negada a possibilidade de ter suas relações jurídicas reguladas por normas de direito privado.

Apesar disso, a presente concepção falha enquanto teoria pois não é capaz de explicar as “relações jurídicas nas quais, apesar da presença do Estado, seus traços e sua regulamentação não se distinguem daqueles relativos à mesma espécie de relações jurídicas em que comparecem apenas particulares”³⁹.

³⁶ Ibidem, p. 210.

³⁷ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 456. Neste sentido, MATOS, F. N., op. cit., p. 211: “Assim, será de direito público a norma que tutele o interesse preponderantemente do Estado, ainda que salogue também o interesse particular. Por outro lado, será de direito privado a norma que tutele preponderantemente o interesse privado, ainda que vise também o interesse estatal.”

³⁸ MATOS, F. N., op. cit., p. 211.

³⁹ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, Tese (doutorado em direito administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998. p. 93.

A exemplo disso, podemos citar os ditos “contratos privados da administração”, que são regulados pelo direito civil ou empresarial⁴⁰.

Nestes casos, a administração pública coloca-se no mesmo plano jurídico do outro contratante, pessoa de direito privado sem, como regra, contar com a posição verticalizada observada nos contratos administrativos, regulados pelo direito público, caracterizados pelas chamadas “cláusulas exorbitantes”, numa situação assemelhada a do particular.

Vale, contudo, destacar a ressalva de Maria Sylvia Zanella di Pietro, na qual o Estado, mesmo nessas situações, nunca se encontrará totalmente despido de algumas de suas prerrogativas, em razão do interesse público que representa: “o nivelamento jurídico entre o Estado e o particular tem que ser interpretado *cum grano salis*, porque a figuração político-jurídica do primeiro terá sempre algumas exigências formais e materiais peculiares”⁴¹.

c) Teoria da subordinação

A teoria da subordinação traz como critério para a distinção entre o direito público e o privado a natureza das relações jurídicas estabelecidas pela norma⁴². Observa Florisvaldo Dutra de Araújo, essa teoria guarda ligação com o estado liberal.⁴³

Com o advento do estado social, a teoria da subordinação sofrerá críticas, em razão do aumento das atribuições do Estado. Com a maior prestação de serviços públicos, com mais intervenção na sociedade, o Estado deixa de posicionar-se em condição de superioridade aos

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 28 ed. ed.. ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo, Atlas, 2015. p. 176.

⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 1993. p. 189.

⁴² Nesse sentido, MATOS, F. N., op. cit., p. 212: “Nas relações de direito público, os sujeitos se apresentariam de forma assimétrica, existindo uma pessoa dominante e outra dominada. Em outras palavras, as relações jurídicas disciplinadas pelo direito público são de subordinação. Já nas relações de direito privado, os sujeitos são colocados num plano de igualdade, em vínculo de coordenação.”

⁴³ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de., op. cit., p. 100.: “A teoria da subordinação guarda ligação direta com as concepções jurídicas próprias do liberalismo, dominante na Europa a partir do século XIX. Ela corresponde à ideia de que o Estado deveria restringir-se às atividades de defesa externa e policiamento interno. Estas seriam as manifestações típicas e próprias da soberania estatal, cujo exercício dever-se-ia dirigir, em última instância, à criação do ambiente propício em que poderia cada indivíduo desenvolver os seus negócios, no âmbito da chamada autonomia privada.”

particulares por ele administrados, passando a atuar em conjunto com eles, em situação de coordenação⁴⁴.

Ademais, outra crítica se dá no âmbito do próprio direito privado. Observa-se também nesse ramo do direito situações nas quais há uma relação de subordinação, mesmo entre particulares. A exemplo disso, podemos citar o poder familiar do direito civil e o poder diretivo do empregador no direito do trabalho⁴⁵, além dos demais direito chamados de “potestativos”, nos quais a vontade de um subordina e vincula a vontade dos demais.

d) Teoria da atribuição

A teoria da atribuição, em alemão, *Zuordnungstheorie*, cuja denominação também pode ser teoria modificada do sujeito ou teoria do direito especial, fora formulada, originalmente, por Hans Julius Wolff, no ano de 1951⁴⁶.

Como seu predicado, essa teoria traz que a distinção entre o direito público e o direito privado reside na diferenciação dos sujeitos de imputação (*Zuordnungssubjekte*), na diferença entre os sujeitos aos quais são atribuídos direitos e obrigações⁴⁷. “Deve-se analisar a norma e verificar a quem ela se dirige para imputar deveres ou poderes, obrigações ou faculdades jurídicas que possam vir a se formar sob o pálio da norma”⁴⁸

Fazem parte do direito público as normas que atribuem essas possibilidades jurídicas ao Estado, ou quem lhe faça as vezes, enquanto fazem parte do direito privado as normas que o faz a todos os sujeitos, inclusive o Estado, podendo-se afirmar que “o direito público se caracteriza como o direito especial do Estado, ao passo que o direito privado se constitui num direito geral, comum a todos os sujeitos do direito.”⁴⁹.

⁴⁴ MATOS, F. N., op. cit., p. 212.

⁴⁵ Ibidem, p. 212.

⁴⁶ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de., op. cit., p. 100.

⁴⁷ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1. p. 266.

⁴⁸ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de., op. cit., p. 101.

⁴⁹ MATOS, F. N., op. cit., p. 213.

Mesmo considerando eventuais críticas, a teoria da atribuição consegue delinear, de forma mais precisa, a separação entre o direito público e o privado, pois desloca o foco da distinção para os sujeitos a quem a norma pode, potencialmente, atribuir direitos e deveres⁵⁰.

Concluindo essa análise teórica, a teoria atribuição traz o critério mais adequado para a explicação da histórica dicotomia entre o direito público e o privado. Indo mais além, esta teoria permite a compreensão da base para a atuação do Estado sob o regime de direito privado, pois admite a atuação estatal sob o pálio das normas que disciplinam os demais agentes particulares, o direito privado, sem que isso importe em abandono da finalidade primordial de consecução do interesse público⁵¹.

1.7.Descentralização administrativa

Com a transição do Estado liberal para um Estado social, provedor de serviços aos seus administrados, aumentou-se, substancialmente, a quantidade de atividades desempenhadas pelo Estado⁵². Nas palavras de Vasco Pereira da Silva⁵³, citado por Frederico Nunes de Matos⁵⁴:

“(...) surgem e multiplicam-se os fenômenos de Administração Pública sob formas privadas (v.g. sociedades de capitais públicos, sociedades mistas). Realidades que são a consequência direta do aumento das tarefas públicas do Estado prestador, que tanto implicou o crescimento do aparelho administrativo, como obrigou à necessidade de encontrar formas de organização mais adequadas à necessidade de encontrar formas de organização mais adequadas à satisfação dos novos fins públicos de caráter econômico e social.”

No desempenho da atividade administrativa, o Estado, agora provedor de diversos serviços, necessita de uma forma de organização de suas tarefas. Basicamente, há duas formas de fazê-las: direta ou indiretamente.

⁵⁰ ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de., op. cit., p. 101-102: “Deve ser frisado que Wolff construiu novo marco teórico, ao deslocar das relações jurídicas para as normas que a regem o referencial da dicotomia direito público/direito privado. Sob este novo ponto de vista, já não mais importam os sujeitos das relações jurídicas, mas os sujeitos a quem, potencialmente, se dirige a norma. Daí sua doutrina ter sido designada teoria modificada do sujeito.”

⁵¹ MATOS, F. N., op. cit., p. 215.

⁵² Ibidem, p. 216.

⁵³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 104.

⁵⁴ MATOS, F. N., op. cit., loc. cit.

Caso a opção seja pela execução diretamente pelo Estado, dizemos que a situação é de centralização. Na lição de Carvalho Filho, “A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõe sua estrutura funcional.”⁵⁵.

Em oposição a esse ideal centralizador, pode o Estado delegar algumas de suas atividades a outras pessoas, desempenhando-as indiretamente⁵⁶.

Há também uma terceira possibilidade, mas que também diz respeito à realização direta, pelo Estado, de suas atividades. Trata-se da chamada desconcentração, na qual o Estado “desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural.”⁵⁷. Contudo, concentraremos a análise da técnica da descentralização, pois mais afeto à temática da instituição de fundações pelo Estado.

Neste sentido, insta-nos destacar os conceitos de administração direta e indireta, mais uma forma de divisão e classificação da administração pública, de acordo com a já mencionada forma de atuação estatal.

Carvalho Filho⁵⁸ conceitua Administração Direta como “o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.” (grifa-se). Por outro lado, como Administração Indireta⁵⁹ temos “o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.” (grifa-se).

Neste contexto de descentralização administrativa, apresenta-se a criação, pelo Estado, das fundações. Busca-se criar uma nova pessoa, a qual deverá assumir parte da atuação provedora do Estado.

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 473.

⁵⁶ Ibidem, loc. cit.

⁵⁷ Ibidem, loc.cit.

⁵⁸ Ibidem, p. 475.

⁵⁹ Ibidem, p. 479.

A instituição de novas fundações, pelo Estado, é um exemplo típico do recurso a figuras jurídicas privadas⁶⁰, e apresenta-se como um instrumento de descentralização administrativa^{61,62}.

Com a personalização das atividades estatais em fundações, ganha-se autonomia e agilidade⁶³, principalmente, típica da estrutura privada dessas instituições.

Neste contexto, como instrumento da descentralização administrativa do estado social, surgem as fundações estatais, haja vista sua perfeita adequação a este modelo de atuação e organização do Estado.

CAPÍTULO II – FUNDAÇÕES ESTATAIS DE DIREITO PRIVADO ONTEM E HOJE – UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA

2.1. Introdução e delimitação da análise

Superadas as devidas considerações iniciais sobre o tema, cumpre-nos, agora, analisar um ponto um pouco mais específico na temática das fundações instituídas pelo Estado, que é a evolução do tratamento legal e constitucional da matéria. Trata-se de observação sobre o surgimento deste instituto na ordem jurídica formal brasileira, bem como a sua evolução ao longo do tempo.

Por razões de ordem prática, afinal, trata-se de monografia de conclusão de bacharelado, este trabalho se limitará à análise do tratamento legal dado ao tema no âmbito da administração pública federal. Ademais, terá como referência temporal a Constituição Federal de 1988, haja

⁶⁰ MATOS, F. N., op. cit., p. 216.

⁶¹ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 71.

⁶² Nesta esteira, insta-nos destacar a observação de Miguel Seabra Fagundes in FAGUNDES, M. Seabra. *Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo*, RDA, sem data. p. 78: “outrora, o Estado, antes a necessidade de tornar autônomos certos serviços, valia-se do instituto privado da fundação, erigindo em pessoa jurídica, sob essa modalidade, certos departamentos seus. Típico, nesse sentido, foi o que se passou com a organização dos estabelecimentos superiores de ensino, alguns ganhando autonomia administrativa através do recebimento de patrimônios próprios e da personalização, com apelo às regras do Capítulo II, Seção IV, do Código Civil”.

⁶³ FERREIRA, Sergio de Andrea., op. cit. p. 72.

vista a relativa pacificação que a carta cidadã trouxe à discussão sobre a organização administrativa do Estado e, principalmente, sobre o tema das fundações estatais. Pela primeira vez, o constituinte brasileiro ocupou-se de organizar a administração pública, inclusive no que tange às fundações instituídas pelo Poder Público.

2.2. Da falta inicial de regulamentação

Como já delineado no capítulo anterior, inicialmente, a instituição de fundações pelo Estado não contava com previsão ou regulamentação legal ou mesmo constitucional. Sergio de Andrea Ferreira chega a considerar que “ao Estado (...) sempre se reconheceu a legitimidade para instituir fundações civis, de Direito Civil, dotando-as de patrimônio a ser personalizado.”⁶⁴ (Grifa-se).

A criação dessas entidades antecede mesmo a codificação do direito que conhecemos hoje⁶⁵. Tudo isso importa reconhecer que as fundações estatais de direito privado surgem antes da sua própria regulamentação e base legal/constitucional para sua instituição.

Inobstante, a doutrina pátria a respeito do tema já exigia a prévia autorização legal para a criação dessas entidades, de forma similar à exigência imposta na Constituição de 1988, como será analisado mais adiante. Sergio de Andrea Ferreira, na diferenciação entre autarquias e empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações menciona que aquela é criada por lei, enquanto estas têm a sua criação autorizada por ela⁶⁶.

Arremata, o mestre⁶⁷, ademais, que entre as fundações civis criadas por particulares prevalece um regime de liberdade quanto à sua criação, diferindo, pois, da criação das fundações civis pelo Estado.

⁶⁴ Ibidem, p. 71.

⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶⁶ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 53.

⁶⁷ Ibidem, loc. cit.

Nesta esteira, Caio Tácito já defendia a necessidade de autorização legislativa para a criação, pelo Estado, de fundações privadas⁶⁸. Plenamente justificável se apresenta essa exigência, posto que, mesmo sem uma normatização aprofundada sobre a instituição e funcionamento dessas entidades, trata-se de aplicação de verbas públicas e outorga a outrem de atribuições do próprio Estado, como já nos ensinava o ilustre mestre.

A peculiaridade a respeito da criação das fundações, no tocante à autorização legislativa, destaca mais uma diferença com relação às autarquias. Quando se trata de autarquia, não encontrávamos nos demais ramos do direito normas específicas para sua instituição como o fazemos com as fundações, cuja forma de criação já se encontrava disposta no artigo 18 do revogado Código Civil de 1916. Empresta-se do Direito Civil a fórmula de criação das fundações, enquanto para as autarquias não há tal possibilidade, razão pela qual necessita de ato legislativo que dê base à sua criação.⁶⁹

2.3. Decreto lei 200 e sua evolução

Como marco regulamentador da organização administrativa em âmbito federal, na segunda metade da década de 1960, instituiu-se o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Tal lei trouxe o elenco e definição dos entes que compunham a administração pública federal, além de outros temas como princípios, controle e descentralização, por exemplo.

⁶⁸ No mesmo sentido, TÁCITO, Caio. *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, Rev. For. nº 205, sem data. p. 417 *apud* FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 53: “A sua instituição depende, no entanto, de autorização legislativa, tanto porque envolve a aplicação de recursos públicos, como porque significa a execução de uma determinada incumbência do Estado. Não é lícito ao Poder Executivo, sem apoio em lei, o investimento em ações, ou a delegação a pessoas jurídicas de direito privado de encargos administrativos, ainda que se revistam de natureza industrial ou comercial. (...) Inspirando-se no direito civil, o legislador brasileiro adotou, como um dos meios de descentralização administrativa, a constituição de fundações destinadas à prática de atividades culturais ou assistenciais. Trata-se de outra forma de recepção no direito administrativo de instituições tradicionais ao direito privado. Instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado. (...) As fundações públicas regulam-se pelos princípios do direito privado, com as peculiaridades constantes das autorizativas de sua instituição”. (grifa-se)

⁶⁹ Nesse sentido, FERREIRA, Sergio de Andrea., *op. cit.*, p. 55: “Qual a razão da distinção, no Direito Brasileiro, do conteúdo do ato legislativo, conforme se trate de instituição, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado? A lei cria as autarquias, porquanto o Direito Brasileiro não contém normas específicas para a respectiva instituição. (...) O problema é diverso, se se trata de instituição, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas de direito privado. O impulso inicial legal, através da prévia autorização, é necessário (...). Mas, daí por diante, segue-se a lei comum, com as modificações que o direito administrativo introduza.”

Trazia em seu artigo 4º a divisão da administração federal em direta e indireta, noção já trabalhada nas páginas anteriores do presente trabalho, bem como aqueles integrantes desta. Transcrevemos abaixo sua redação original:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

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

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

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

Observe-se que no elenco acima não constam as fundações instituídas pelo Estado. Contudo, a novel legislação não deixou de prestigiar o instituto já há tanto erigido pelo Poder Público como uma das formas de sua atuação. A referência ao instituto ora em análise dá-se no parágrafo 2º, equiparando-as às empresas públicas, integrante do já mencionado rol do caput do artigo 4º: “Art. 4º (...) § 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.”.

Apesar disso, a classificação das fundações estatais ao lado das empresas públicas não se apresentou como o mais acertado. Ambos os institutos guardam entre si diferenças substanciais que não permite a sua análise como entes “equiparados”. Ainda assim, marcou o início do tratamento legal dado às fundações instituídas pelo Estado e, mesmo que de forma foi coerente, assentou as fundações instituídas pelo Poder Público dentre os entes da administração indireta.

Na lição de Sergio de Andrea Ferreira, “tal assemelhação, que não era feliz, dadas as diferenças estruturais e teleológicas entre os dois tipos de entes, servia, porém, para bem caracterizar a colocação de tais fundações na administração indireta.”⁷⁰.

⁷⁰ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 72.

Já em 1969, fora editado o Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro, que alterou algumas das disposições originais do Decreto-Lei nº 200/67, dentre as quais, o parágrafo 2º do artigo 4º, já referido acima, o qual foi revogado (artigo 8º, Decreto-Lei 900/69).

Ademais, com essas alterações, excluiu-se expressamente as fundações estatais dentre o rol dos entes da administração indireta federal. No entanto, fora mantida a aplicação das disposições relativas à supervisão ministerial, quando recebessem subvenções ou transferências oriundas do orçamento da União:

“Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969

(...)

Art. 3º Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. “

Com o Decreto-Lei 900/69, parte da doutrina passa a classificar as fundações estatais como “entes de cooperação”, pois excluídas do corpo administrativo estatal federal, porém integrantes de categoria também distinta dos administrados.⁷¹

Nesta esteira, podemos destacar a crítica de Adilson de Abreu Dallari⁷², que é no sentido de que o Decreto-Lei nº 900/69 objetivava o afastamento das fundações criadas pelo Poder Público de alguns ônus aos quais estavam sujeitas as demais entidades da administração indireta.

⁷¹ Ibidem, loc. cit.: Em outras palavras, “Foram as fundações governamentais, porém, com o Decreto-Lei nº 900, de 29.09.1969, (arts. 2º e 3º), que alterou o Decreto-Lei nº 200/67, excluídas da administração indireta, passando a ser entes de cooperação, os quais, em relação ao Poder Público, ocupam situação jurídica distinta, de um lado, dos órgãos e organismos administrativos, e, de outro, dos administrados.”

⁷² DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.28, n. 110, p. 199-210, abr./jun. 1991. p. 202-203. Em suas palavras: “A modificação feita pode ser facilmente explicada. Na redação original, a “equiparação” às empresas públicas poderia ensejar problemas de acumulação de cargos e de controle pelo Tribunal de Contas. Ao afirmar que fundações não integram a Administração Indireta, tais problemas foram resolvidos, de maneira bastante simples, quase mágica. As fundações ficavam sob controle apenas do Poder Executivo (supervisão ministerial) não obstante fosse uma forma de gestão de bens e serviços públicos. Pedindo-se especial vênica para uso de uma expressão popular, pode-se dizer que, em síntese, a horta ficou à guarda do cabrito.”

Também insta-nos mencionar a crítica de Bandeira de Mello sobre a incongruência das disposições do artigo 3º do Decreto-Lei nº 900/69⁷³, pois sua primeira parte exclui as fundações da chamada administração indireta, porém sua segunda parte as submete a um regime de controle praticamente idêntico.

Ainda a respeito das modificações trazidas pelo Decreto-Lei nº 900, novos critérios para a instituição, pelo Estado, de fundações foram criados, disposto no artigo 2º, abaixo transcrito:

“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 respectiva 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 (artigos 24 e seguintes do Código Civil (de 1916)). “

Inobstante os retrocessos trazidos pelo Decreto-Lei nº 900, posteriormente, a Lei nº 6.223/1975, que versa sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional, passou a determinar a sua aplicação, no que fosse possível, às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público⁷⁴.

Posteriormente, já nos idos de 1980, houve mais uma mudança na redação do Decreto-Lei nº 200/67, no que tange às fundações. Estas foram reintegradas, em alguns efeitos, à administração indireta, com o advento do Decreto-Lei nº 2.299 de 21 de novembro de 1986. Passaram as fundações estatais a uma condição híbrida com a inclusão de um novo parágrafo 2º e um parágrafo 3º ao artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/67:

“Art. 4º (...)

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 170: “Ora, curiosamente os controles previstos no mencionado art. 26 são justamente os aplicáveis às entidades da administração federal indireta. Esse fato ressalta ainda mais o absurdo de o art. 3º do Decreto-Lei 900 declarar, contraditoriamente, que tais fundações não são administração indireta e, ao mesmo tempo, colocá-las sob regime praticamente igual aos das entidades de direito privado que o são.”

⁷⁴ MATOS, F. N., op. cit., p. 225.

§ 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 nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.

§ 3º Exceção-se do disposto na alínea b do parágrafo anterior as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.”

Por fim, no ano seguinte, a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, alterou novamente o Decreto-Lei nº 200/67, de modo que reintegrou as fundações instituídas pelo Estado à condição de ente da administração pública indireta. Acrescentou-se ao rol do artigo daquele Decreto-Lei uma alínea “d)”, elencando como parte da administração indireta federal as fundações públicas.

Ademais, incluiu-se novos trechos no artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67, definindo o conceito de fundação pública, bem como estabelecendo a forma pela qual essas entidades são criadas:

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

(...)

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 lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.”

Cumpre-nos destacar que a evolução trazida pela Lei 7.596/87 auxilia na superação do grande dissenso e incerteza acerca das fundações criadas pelo Estado. Primeiramente, esclarece que a personalidade jurídica dessas entidades é de direito privado, derrubando o mito da possibilidade de criação, pelo Poder Público, apenas de entes de personalidade de direito

público. Além disso, exige a autorização legislativa para a sua criação, como já defendido, ao menos em parte, pela doutrina acerca do tema, bem como trata da aquisição da personalidade pela inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como as demais fundações particulares.

No entanto, a parte final do parágrafo 3º gerou grande inquietação na doutrina pátria⁷⁵, no que diz respeito a sua parte final. Aparentemente, há uma contradição entre o início e o fim daquele artigo. Enquanto o inciso IV, adicionado ao Decreto-Lei nº 200 pela própria Lei 7.596/87, destaca a personalidade jurídica de direito privado das fundações públicas, a parte final do parágrafo 3º afasta a incidência das normas do Código Civil sobre essas fundações.

Diante disso, Sergio de Andrea Ferreira entende que essas alterações levaram as fundações estatais a ter um regime jurídico próprio⁷⁶, posicionamento este que será analisado mais detidamente no decorrer do presente ensaio.

Vale destacar que as inovações trazidas pela Lei 7.596/87 permanecem vigentes até os dias atuais, disciplinando até então as fundações instituídas pelo Estado em âmbito federal.

2.4. Do tratamento constitucional das fundações estatais de direito privado

Ao longo do período republicano brasileiro, nunca antes foi tratado, em nível constitucional, a organização sistemática da administração pública. O Brasil teve, desde a proclamação da república em 1889, nada menos do que 7 (sete) Constituições republicanas, durante períodos democráticos e autoritários, de maior ou de menor instabilidade política, econômica e social. Apesar disso, uma característica as Constituições anteriores à de 1988 têm em comum: nenhuma dela ocupou-se da organização administrativa do Estado como a faz a Carta Cidadã vigente.

Isto posto, irrelevante destacar que as fundações instituídas pelo Estado foram igualmente esquecidas nas ordens constitucionais pretéritas. De toda forma, fica a observação.

⁷⁵ Ibidem, p. 227.

⁷⁶ FERREIRA, Sergio de Andrea., op. cit., p. 73.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo inteiro à Administração Pública, tratando desde os princípios que a regem ao regime de previdência dos servidores públicos. E, pela primeira vez, as fundações estatais ganham relevo constitucional.

Contudo, como já adiantado no Capítulo referente às Considerações Iniciais desta obra, a forma de denominar as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público são das mais variáveis possíveis. Ora são tratadas por “fundações estatais de direito privado”, ora por “fundações estatais”, “fundações públicas”, ora simplesmente por “fundações”. Com a Constituição de 1988 não foi diferente. A Carta Magna vigente utilizou-se de diversas terminologias para referenciar às fundações instituídas pelo Estado⁷⁷.

A Carta de 88 utilizou ao menos 4 diferentes terminologias para as fundações: a) “fundação” (art. 37, XVII e XIX; art. 39, § 7º; art. 40, caput; art. 163, II; art. 167, VIII; art. 202, §§ 3º e 4º da CF e art. 8º, § 5º do ADCT), b) “fundação pública” (art. 39, caput da CF na redação original e art. 19 do ADCT); c) “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 22, XXVII na redação original; art. 71, II e II; art. 150, § 2º; art. 157, I; art. 158, I; art. 165, § 5º, III; art. 169, § 1º da CF e art. 18; art. 35, § 1º; e art. 61 do ADCT); e d) “fundações sob controle estatal (art. 163, II da CF; e art. 8º, § 5º do ADCT).⁷⁸

Aparentemente, inúmeros dispositivos constitucionais tratam as fundações públicas à semelhança das autarquias e até mesmo da administração direta, como se conferindo a elas perfil jurídico de direito público, apesar de que nenhum desses dispositivos tenha expressamente determinado a natureza ou o regime jurídico dessas entidades. Parecem referir-se às fundações autárquicas, espécie do gênero autarquia, e não as fundações públicas de direito privado, ou, tão somente, fundações públicas⁷⁹.

A exemplo disso, podemos citar o *caput* do artigo 39 na sua redação original, que previa a obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas (assemelha-se o termo “fundações públicas” às autarquias e administração direta, ambas de natureza jurídica de direito público)⁸⁰.

⁷⁷ MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, nº 14, jun./ago.. 2008. p. 3.

⁷⁸ *Ibidem*, loc. cit. *apud* MATOS, F. N., op. cit., p. 229.

⁷⁹ MATOS, F. N., op. cit., p. 230.

⁸⁰ *Ibidem*, loc. cit.

Como significativo marco da tentativa de correção dessas imprecisões trazidas pela Constituição a respeito das fundações estatais, destaca-se a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Dentre as alterações introduzidas, encontra-se a exclusão do termo “administração fundacional” do *caput* do artigo 37, mantendo apenas “administração pública direta e indireta”.

Além disso, modificou-se a redação original do inciso XIX daquele mesmo artigo, que previa a criação por lei da fundação pública, algo que sempre se considerou incorreto, dada a natureza privada da fundação pública, cuja criação se dá com a inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Na nova redação, consignou-se que a criação das fundações públicas seria autorizada por lei, nos moldes do já defendido anteriormente pela doutrina⁸¹ e no Decreto-Lei nº 200, com a redação dada pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987.

Ademais, passou-se a exigir a edição de Lei Complementar para a determinação as áreas de atuação das fundações públicas:

“Art. 37

(...)

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;

(...)” (Grifa-se)

Apesar de parecer-nos muito claro que a exigência de Lei Complementar refere-se, exclusivamente, às fundações (“neste último caso” referindo-se ao termo imediatamente anterior – “fundação”), a nova redação do inciso XIX gerou alguma polêmica na doutrina. Suscitava-se a possibilidade de dupla interpretação ao dispositivo: de um lado, entendendo pela exigência de Lei Complementar tanto para as empresas públicas e sociedades de economia mista quanto para as fundações (“neste último caso” referindo-se a “autorizada a instituição”, que englobaria todas as entidades descritas a seguir), de outro, pela exigência somente para as

⁸¹ TÁCITO, Caio. *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, Rev. For. nº 205, sem data. p. 417 *apud* FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 53.

fundações (“neste último caso” referindo-se ao termo imediatamente anterior – “fundação”), posicionamento o qual nos parece mais acertado.⁸²

2.5. Do regime jurídico próprio das fundações instituídas pelo poder público

Na visão de Sergio de Andrea Ferreira (2017, p. 73; e 1987, p. 5-6), com o advento da Lei 7.596/87, que incluiu o § 3º ao artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67, as fundações estatais dispõem de um regime jurídico próprio, em razão da personalidade jurídica de direito privado de que gozam, porém despida da aplicabilidade das normas concernentes às fundações em privadas em geral do Código Civil.

Em suas palavras: “As fundações públicas são, portanto, desenganadamente, de direito privado, mas não do Código Civil, tendo regime jurídico próprio.”⁸³

Analisando o posicionamento daquele autor, percebemos que é defendido que as fundações instituídas pelo Estado gozam de um regime jurídico próprio, diverso, pois, daquele que disciplina as fundações privadas em geral, as fundações particulares. Em comentário ao trecho destacado acima, Frederico Nunes de Matos⁸⁵ conclui no mesmo sentido, de que tais fundações não seriam reguladas pelo direito privado, mas sim por um direito especial, a elas somente aplicável.

Temos de concordar, com algumas ressalvas, como será demonstrado a seguir, com essa interpretação. Contudo, nossa crítica é no sentido do conteúdo desse regime próprio das

⁸² Com o mesmo entendimento, MODESTO, Paulo. op. cit. p. 6.

⁸³ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 73.

⁸⁴ Em outra obra, nesse mesmo sentido, porém com um pouco mais de profundidade, FERREIRA, Sergio de Andrea. Atualidade das fundações instituídas pelo poder público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 169, p. 1-11, jul./set. 1987. p. 5-6: “Em verdade, como já defendemos em trabalhos anteriores, a fundação de direito privado instituída pelo poder público – hoje fundação pública – é privada, mas não é particular. E as normas do Código Civil dizem respeito a essas: as fundações públicas são de direito civil, na medida em que são de direito privado, mas não são as fundações do Código Civil, tendo, pois, um regime próprio de *ius privatum*.”

⁸⁵ MATOS, F. N., op. cit., p. 228: “Ao afirmar, com base na parte final do § 3º do art. 5º do Decreto-Lei 200/1967, que as fundações públicas são disciplinadas por regime jurídico próprio, distinto do regime aplicável às demais fundações instituídas pela iniciativa dos particulares, o citado autor estaria afirmando que tais entidades não seriam disciplinadas pelo direito privado, mas por um direito especial aplicável apenas às entidades fundacionais constituídas pelo poder público.”

fundações públicas e na distinção entre o direito público e o privado, considerando a teoria da atribuição, a qual, como já exposto acima, constituiu o referencial teórico desta obra.

Na sequência, continua Matos concluindo que, com base na teoria da atribuição, Sergio de Andrea defenderia que as fundações criadas pelo Estado seriam, na realidade, regidas pelo direito público, como o direito aplicável somente ao Estado⁸⁶.

Ousamos dissentir levemente do autor, com relação à natureza das normas que regem essas entidades. Não se trata, em si, de divergência, apenas de uma observação com relação ao conteúdo do regime das fundações estatais.

Basicamente, na distinção entre o direito público e o direito privado fornecida pela teoria da atribuição temos as seguintes noções: direito público é aquele aplicável somente ao Estado, e o direito privado é aquele direito que disciplina tanto as relações do Estado quanto as relações dos particulares, entendido como um direito geral, aplicável a todos.

Diante disso, observamos que na constituição desse regime jurídico próprio das fundações estatais há a presença tanto de normas de direito privado, como o nascimento da personalidade com a inscrição do ato constitutivo no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, quanto de direito público, como a possibilidade de fiscalização, como será analisado no próximo capítulo, dos dinheiros públicos pelos sistemas de controle inerentes às instituições de direito público.

A incidência de normas de direito privado sobre uma entidade criada pelo Estado, à luz da teoria da atribuição, não a descaracteriza como tal, posto que tais normas de direito privado são normas gerais, aplicáveis tanto aos particulares quanto ao Estado.

Nada obstante, quanto ao bloco de normas que regulam as fundações de direito privado instituídas pelo Estado, nele considerado tanto as de direito público quanto as de direito privado que constituem o regime jurídico próprio dessas instituições, nos parece assistir razão ao autor. O regime jurídico dessas fundações, tendo em vista que disciplina apenas as relações

⁸⁶ MATOS, F. N., op. cit., loc. cit.: “Em outras palavras, com base na distinção entre direito público e direito privado fornecida pela teoria da atribuição (ou teoria modificada do sujeito), analisada no item 2.4 deste trabalho, a afirmação de Sergio de Andrea Ferreira levaria à conclusão de que as fundações públicas seriam, na verdade, regidas pelo direito público, entendido este como direito especial do Estado.”

fundacionais das quais faz parte o Estado, pela teoria da atribuição, devem ser classificadas como de direito público.

Para concluir o tema aqui tratado, entendemos haver, de fato, um regime jurídico próprio às fundações instituídas pelo Estado, como já nos ensinava o mestre Sergio de Andrea, contudo, constituído tanto de normas de direito público quanto de direito privado, as quais, em conjunto e na lição da teoria da atribuição, devem ser consideradas como de direito público.

CAPÍTULO III – O PROBLEMA CENTRAL: O CONTROLE DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO ESTADO

Como já exposto na introdução ao presente trabalho, a análise e a compreensão das formas de controle aos quais são submetidas as fundações estatais são de suma importância. Ao contrário do que ocorre com as fundações particulares, têm sua instituição baseada unicamente na vontade de seu instituidor, as fundações públicas são instituídas pelo próprio Estado, o qual, em toda a sua atuação, visa sempre a realização de um interesse diverso do seu, que é o interesse de toda a coletividade, o chamado interesse público.

O Estado institui fundações como meio de descentralizar certos departamentos e atividades suas, que são de sua atribuição em razão da compreensão moderna de Estado Social, prestador de serviços públicos aos seus administrados. Por essa razão, a finalidade dessas fundações deve sempre se revestir de um interesse público. As atividades desempenhadas pelas fundações instituídas pelo Estado, igualmente, sempre devem servir, em última análise, à coletividade.

Diante disso, antes mesmo da análise do controle propriamente dito sob o qual se encontram as fundações estatais, imperioso se apresenta uma análise do que se denomina “interesse público”, e como este deve pautar a atividade administrativa do Estado, posto que este interesse é o que embasa o controle dessas e das demais entidades criadas pelo Estado.

3.1. Da supremacia do interesse público

Na sua atuação, o Estado se norteia por alguns princípios, alguns já determinados pelo legislador, ordinário ou constituinte, que são denominados princípios expressos, e outros

decorrentes da análise doutrinária e jurisprudencial da ordem jurídica como um todo, que são denominados princípios reconhecidos⁸⁷.

Na lição do mestre Carvalho Filho⁸⁸ sobre o tema, ele define os princípios administrativos como: “os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.”.

No trato do tema controle, essencial se apresenta o estudo mais detalhado do princípio da supremacia do interesse público, posto que nitidamente afeto ao poder-dever imposto ao Estado de fiscalizar suas atividades. O controle se fundamenta na verificação de atingimento do interesse público.

Como princípio administrativo reconhecido, temos mais do que apenas o interesse público: trata-se de *primazia* do interesse público. Como já mencionado anteriormente, o Estado pauta sua atividade por um interesse que extrapola a sua própria vontade; em última análise o interesse final do agir estatal deve sempre ser o da coletividade, ainda que, num primeiro momento, alguns atos possam parecer meramente voltados ao próprio Estado.⁸⁹

Além disso, a doutrina vai mais além, destacando que os direitos do indivíduo, em regra, não se sobrepõe ao de toda a coletividade, exemplificando, inclusive, algumas manifestações dessa primazia do interesse coletivo⁹⁰.

⁸⁷ A respeito dos princípios reconhecidos, CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 33: “Além dos princípios expressos, a Administração Pública ainda se orienta por outras diretrizes que também se incluem em sua principiologia, e que por isso são da mesma relevância que aqueles. Doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela a sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominados de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação.”.

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 18.

⁸⁹ No mesmo sentido, Ibidem, p. 34: “As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de vício de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo.”.

⁹⁰ Ibidem, loc. cit.: “Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.”.

Contudo, não se trata de supremacia absoluta do interesse público. Como princípio que é, admite sua aplicação de forma “mais ou menos”, e deve ser ponderado em face aos demais interesses em conflito. Nessa esteira, no magistério de Carvalho Filho, destacamos a lição de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a respeito do estudo das normas jurídicas:

“A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN -, as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.”⁹¹

Portanto, a supremacia do interesse público deve ser ponderada frente aos demais princípios que podem com ela conflitar. Outrossim, em se tratando de supremacia, há um ônus argumentativo maior para sua postergação, porém sem se atribuir a ela caráter de absoluta.

3.2. Do controle propriamente dito

No que tange às fundações, o Código Civil de 1916 já incumbia, em seu artigo 26, cuja redação fora reproduzida no diploma cível de 2002, agora no artigo 66, ao Ministério Público do Estado onde situadas o velamento das fundações de natureza privada.

Nesta esteira, agora já com relação às fundações instituídas pelo Estado, insta-nos mencionar a atribuição fiscalizadora àquele órgão já mencionada pelas próprias leis autorizadas da criação de algumas fundações. Como exemplo disso, podemos destacar a

⁹¹ Ibidem, p. 19.

Fundação de Assistência aos Garimpeiros, cuja autorização de criação se deu em 1957, e a Fundação Brasil Central, autorizada em 1943.

Com relação à Fundação de Assistência aos Garimpeiros, já extinta desde 1975 pelo Decreto nº 75.208/1975, a Lei nº 3.295, de 30 de outubro de 1957, em seu artigo 5º, § 1º, trazia disposição expressa de fiscalização conforme estabelecido na lei civil, à época, Código Civil de 1916:

“Art. 5º A fiscalização da gestão financeira da FAG será exercida por um Conselho Fiscal composto de 3 (três) membros, sendo 2 (dois) escolhidos na forma do art. 4º, alínea e e f e 1 (um) de livre designação do Presidente da República.

§ 1º A fiscalização de que trata este artigo não prejudicará o controle governamental e peculiar às entidades congêneres, como estabelecem as leis civis.” (Grifa-se)

Inobstante a previsão de controle por um Conselho Fiscal, cuja escolha, em última análise, cabe ao Presidente da República, a própria lei já dispunha sobre a competência do Ministério Público do Estado onde situada para a sua fiscalização, sem prejuízo das demais formas de controle, inclusive governamental. Reconhece, inclusive, que tais formas de controle são peculiares às entidades congêneres, ou seja, às fundações em geral.

Já acerca da Fundação Brasil Central, sua lei autorizadora, Decreto-Lei nº 5.878, de 4 de outubro de 1943, também trazia disposição similar acerca do controle na forma da lei civil, conforme disposição de seu artigo 4º, parágrafo único:

“Art. 4º O projeto de estatutos, elaborado pelo Presidente, com a assistência do Conselho Diretor, será submetido, dentro de sessenta dias da publicação desta Lei, à aprovação do Presidente da República, ouvido o Procurador Geral do Distrito Federal, a quem cabem as atribuições fiscalizadoras previstas em lei.

Parágrafo único. Os estatutos conterão, obrigatoriamente, cláusula que faculte o Governo a nomeação de uma junta de Controle, para fiscalizar a administração e cujas atribuições também constarão dos estatutos, sem prejuízo da fiscalização normal às fundações estabelecidas na lei civil.” (Grifa-se)

De maneira bastante similar à observada na Fundação de Assistência aos Garimpeiros, a lei referente à Fundação Brasil Central também determina o controle por um órgão nomeado pelo Estado instituidor, porém consignando também a atribuição de fiscalização na forma da lei civil, qual seja, pelo Ministério Público Estadual de onde localizada, tal qual as demais fundações de natureza privada.

Inobstante tais disposições, Sergio de Andrea Ferreira classifica o controle das fundações estatais pelo *Parquet* estadual como anormal, desnecessária e inconveniente⁹².

Como argumento para tal, o autor destaca a natureza do controle exercido sobre essas fundações, que seria na *tutela administrativa*, e não na relação Estado – administrado, como o seria nas demais fundações instituídas por particulares: “O controle exercido pelo Poder Público sobre as entidades paraestatais não se calca na relação Estado – administrado, mas na de Administração Direta – Administração Indireta, do criado – criatura, na base da *tutela administrativa*, nos termos já fixados acima.”⁹³.

Ademais, seriam mais amplos os poderes do Estado instituidor, por meio da tutela administrativa de que dispõe os entes da Administração Direta sobre os da Administração Indireta, razão pela qual as fundações instituídas pelo Estado prescindiriam do controle pelo Ministério Público, ao contrário das demais fundações privadas.

Com a devida vênia, ousamos dissentir do posicionamento do respeitável mestre. Não nos parece razoável o afastamento da competência do Ministério Público para o velamento dessas instituições.

Primeiramente, as fundações instituídas pelo Estado tem natureza jurídica idêntica às demais fundações instituídas pelos particulares: de direito privado. Ambas são fundações

⁹² FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970. p. 76-77. Em suas palavras: “Trata-se, no entanto, de extensão anormal das funções do citado organismo, a qual só cabe diante da disposição expressa, Com efeito, no tocante às fundações para estatais, o entendimento que sempre nos pareceu correto foi o de não caber ao Ministério Público, local ou federal, fiscalizá-las.” (p. 76) e “A fiscalização, pelo Ministério Público, das fundações paraestatais, é desnecessária e inconveniente, uma vez que a tutela administrativa dá ao Ministério ou à Secretaria poderes ainda mais amplos do que aqueles que o Parquet possui, quando vela pelas fundações.” (p. 77).

⁹³ *Ibidem*, p. 76.

privadas, que compartilham a mesma estrutura jurídica, nascem do mesmo instituto, ou seja, são complexos patrimoniais personalizados destinados a um fim. O que as diferencia é unicamente a natureza de seu instituidor. As fundações públicas, em razão de terem sido instituídas pelo Estado, trarão consigo determinadas peculiaridades decorrentes da participação estatal.

Como se verá a seguir, não estamos a defender que não haja tutela ou controle estatal, no sentido de tutela administrativa pelo ente criador e prestação de contas aos Tribunais de Contas como os demais entes da administração pública. Apenas entendemos não se tratar de formas de controle incompatíveis entre si.

Na mesma obra citada acima, Sergio de Andrea, na lógica do Decreto-Lei nº 900/1969 já exposta no capítulo sobre a evolução legislativa, já defendia uma possibilidade de controle das fundações públicas pelo Ministério Público. Tendo em vista que aquele Decreto-Lei apenas submetia ao controle da supervisão ministerial as fundações instituídas pelo Estado que não recebessem subvenções ou transferências oriundas do orçamento da União, o autor menciona a possibilidade de velamento pelo *Parquet*, de modo que essas entidades não ficassem alheias a qualquer forma de controle.⁹⁴

Mais uma vez, não nos parece razoável que instituições idênticas, criadas sob o mesmo regime jurídico e pela mesma categoria de instituidor tenham tratamento diverso.

Trazemos aqui o magistério do saudoso Hely Lopes Meirelles. Como posicionamento clássico, Meirelles sempre defendeu a natureza privada das fundações instituídas pelo Estado, inclusive encarando com bastante perplexidade o que a doutrina mais moderna chama de fundações públicas de direito público ou fundações autárquicas⁹⁵, em razão de seu entendimento no sentido de que fundações e autarquias são institutos completamente diferentes.

94 Em suas palavras: “O art. 3º, que assim dispôs, manteve, no entanto, a supervisão ministerial, nos termos dos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, sobre as fundações, como entes de cooperação, que recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da união. Estas, julgamos, devem permanecer fora do alcance do controle do Ministério Público, pelos motivos já indicados. As demais, que não estão submetidas a tal supervisão, sujeitar-se-ão à fiscalização do Parquet, pois que não poderiam ficar alheias a toda e qualquer espécie de controle.” (Ibidem, p. 78).

95 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 25ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 2000. p. 329. Em suas palavras: “Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.”.

Por essa razão, o autor sempre defendeu a similaridade entre as fundações instituídas pelos particulares e as fundações instituídas pelo Estado, as quais, em seu entendimento clássico, seriam sempre de direito privado. Ressalvava apenas a possibilidade de aplicação de regras de direito público às fundações estatais em razão de sua natureza de ente do Estado⁹⁶.

Apesar disso, após a promulgação da Constituição de 1988, pouco antes de seu falecimento em 1990, Meirelles alterou sua doutrina em razão da redação original do artigo 37 da Carta, que não parecia distinguir as fundações estatais das demais entidades da administração pública:

“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 poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

(...)” (Grifa-se)

Tendo em vista a equiparação simples entre a administração direta, indireta e fundacional do *caput* e a determinação de criação de fundação estatal por lei, ao contrário do que sempre se entendeu acerca da criação das fundações públicas pelo registro no RCPJ, mediante autorização legislativa, “abandonou”, por assim dizer, seu magistério de antes, como já exposto no trecho destacado acima. Meirelles passou adotar para as fundações públicas o regime de direito público, semelhante às autarquias, por reconhecer ser esse o novo entendimento prevalente.⁹⁷

Nada obstante, após seu falecimento, a Emenda Constitucional nº 19/1998 fora promulgada, visando corrigir algumas das imprecisões trazidas na redação original da Carta Magna, especificamente sobre as fundações públicas. Visando pacificar o entendimento sobre as fundações instituídas pelo Estado, alterou-se o *caput* do artigo 37, suprimindo o termo “fundacional”, bem como deu-se nova redação ao inciso XIX, passando a considerar a lei como

⁹⁶ Ibidem, p. 330.

⁹⁷ Ibidem, p 329.

mera autorização de criação das fundações públicas, tal qual o entendimento majoritário anterior:

“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:

(...)

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;

(...)” (Grifa-se)

Por essa razão, os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, com as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, consideram em suas publicações mais recentes o posicionamento clássico do autor, inobstante a manutenção dos trechos por ele escritos ainda em vida após 1988⁹⁸.

Além disso, seus atualizadores consideram, ainda, uma aparente retomada ao entendimento de Meirelles pela doutrina, na medida que passam a considerar a possibilidade de criação, pelo poder público, de fundações privadas, bem como a aplicação a elas de regras especiais, em razão da natureza de seu instituidor⁹⁹.

Assim o é que Carvalho Filho, em publicação de 2015, menciona a existência de uma corrente majoritária acerca da possibilidade de instituição de fundações, pelo Estado, tanto com a natureza de direito público quanto de direito privado¹⁰⁰.

⁹⁸ Ibidem, p. 330: “Na verdade, o Autor 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, sujeito à tutela do Ministério Público, à supervisão administrativa da entidade estatal que a instituiu e ao dever de prestar contas ao Tribunal de Contas. Esse seu entendimento foi mantido até o advento da Constituição de 1988, quando modificou a redação para o texto atual, que agora é alterado com a EC 19/98.”

⁹⁹ Ibidem, loc. cit.: “A doutrina mais recente parece voltar ao magistério antigo do Autor. Entendem os doutrinadores que o Poder Público pode criar, por lei, fundação com personalidade de Direito Público – fundação pública -, e, neste caso, ela é uma espécie de autarquia; mas pode também determinar a criação de fundação com personalidade de Direito Privado – fundação privada. No primeiro caso, a lei cria a fundação, no segundo, a lei autoriza o Poder Executivo a instituir a fundação. É evidente que o Poder Público pode aplicar às fundações de Direito Privado, por ele instituídas, regras especiais, exorbitantes do Código Civil, desde que assim entenda conveniente (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1990, pp. 273 e ss; Adílson Abreu Dallari, “Fundação privada”, RDP 98/81; Eros Roberto Grau, “Fundações privadas”, RDP 98/75; Carlos Ari Sundfeld, “Fundações governamentais”, RDP 97/86).” (MEIRELLES, 2000, p. 330).

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos., op. cit., p. 541. Em suas palavras: “Há duas correntes sobre a matéria.

Mais adiante, o autor menciona filiar-se ao entendimento de Hely Lopes Meirelles, o qual também entendemos ser o mais coerente, que jamais compreendeu como uma fundação poderia ser uma autarquia, sem que se haja grande confusão a respeito de suas características, como já demonstrado acima¹⁰¹.

Retomando mais diretamente à temática do controle, destacamos mais um trecho da obra de Hely Lopes Meirelles, no qual fica mais evidente seu posicionamento acerca do controle das fundações instituídas pelo Estado:

“Assim sendo, tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas velará pela observância de seus Estatutos e denunciara as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as instituiu e, por outro lado, recebendo contribuições públicas para sua manutenção, deverão prestar contas de toda a gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização. Não se pode confundir a fiscalização institucional do Ministério Público, com o controle financeiro dos dinheiros públicos. Aquele visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (controle finalístico); este visa garantir a correta aplicação das verbas públicas, segundo a sua destinação orçamentária (controle financeiro). Um é estabelecido em defesa da instituição; o outro o é em defesa do erário. O primeiro é um controle específico das fundações (Código Civil (de 1916), art. 26); o último um controle genérico dos dinheiros públicos”.¹⁰²

A primeira, hoje dominante, defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, algumas vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. Seriam elas uma espécie do gênero autarquias.”

¹⁰¹ Ibidem, p. 543. Em suas palavras: “Em nosso entender, sempre nos pareceu mais lógico e coerente o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES. Na verdade, causa grande estranheza que uma fundação criada pelo Estado se qualifique como pessoa de direito público, ainda mais quando se sabe que o recurso do Poder Público a esse tipo de entidade de direito privado visava a possibilitar maior flexibilidade no desempenho de atividades sociais exatamente iguais às colimadas pelas fundações instituídas por particulares. Causa também grande confusão e parece bastante incongruente a caracterização das fundações públicas como espécie do gênero autarquia. Ora, se uma entidade tem personalidade jurídica de direito público e se reveste de todos os elementos que formam o perfil das autarquias, seria muito mais razoável que não fosse denominada de fundação, mas sim de autarquia. E, assim, há que se chegar necessariamente à conclusão de que existem fundações que são autarquias e fundações que não o são... Realmente, nota-se um semblante de perplexidade em todos aqueles que passam a conhecer esse tipo de distinção adotada pela maior parte da doutrina.”

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed., 1966. p. 314.

Como já adiantamos acima, entendemos ser possível a coexistência de ambas as formas de controle. Filiamo-nos ao posicionamento de Hely Lopes Meirelles.

Muito embora não mencionado no trecho acima pelo autor, destacamos, mais uma vez, que essas entidades têm a natureza jurídica de direito privado. O Estado elegeu a forma do instituto da fundação privada para descentralizar determinado departamento ou serviço seu, ciente de todas as características inerentes ao seu regime jurídico de direito privado.

Entendemos terem as fundações estatais um regime jurídico próprio, o que se assemelha ao pensamento de Sergio de Andrea, constituído de normas tanto de direito privado quando as de direito público inerentes à atividade estatal. Inobstante, não vislumbramos incompatibilidade entre a norma de direito privado que trata do velamento pelo Ministério Público e a norma de direito público de determina a tutela administrativa e controle pelo Tribunal de Contas. Tratam-se apenas de formas de controle diversas incidentes sobre a mesma categoria de entidade.

CONCLUSÃO

As fundações são pessoas jurídicas de espécie diversa das corporações, integrando uma categoria própria com a mesma denominação. Ao contrário das corporações, que são compostas por pessoas, as fundações são compostas por um patrimônio destinado a um fim, ao qual a ordem jurídica atribui personalidade, ou seja, aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Em ambas as espécies, estão presentes os elementos pessoas, patrimônio e finalidade, porém em relacionamentos diversos.

Ao Estado, sempre se reconheceu a possibilidade de instituição de fundações, de modo a descentralizar certos serviços e departamentos seus. Antes mesmo da institucionalização do que se denomina “descentralização administrativa”, o Estado já utilizava o instituto da fundação como meio de descentralizar suas atividades¹⁰³. Tal fato se evidencia no contexto da transição de um modelo de Estado liberal, abstencionista, para um Estado social, prestador de serviços

¹⁰³ FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017. p. 71.

aos seus administrados¹⁰⁴. Ademais, a instituição de fundações pelo Estado antecede mesmo as autarquias, meio de descentralização estatal por excelência¹⁰⁵.

As fundações instituídas pelo Estado, ao longo do tempo e até os dias atuais, recebem as mais variadas denominações. Contudo, todas com o mesmo significado: fundação (patrimônio personalizado e afetado a um fim), cuja natureza jurídica é de direito privado e cujo instituidor é o Estado.

Há um certo preconceito com relação ao reconhecimento da possibilidade de existência de fundações públicas, instituídas pelo Estado, posto que o conceito de fundação nos remete, naturalmente, a uma ideia de direito privado, que seria, a princípio, incompatível com as normas ditas de direito público. É o que Cretella Jr. denomina “mentalidade civilística”¹⁰⁶. Inobstante, entendemos ser plenamente possível a utilização do instituto das fundações, cuja natureza jurídica é de direito privado, pelo Estado, com a ressalva da possibilidade de incidência de normas típicas do direito público, em razão da natureza do instituidor dessas entidades.

A respeito do tratamento legal e constitucional dado às fundações instituídas pelo Estado, caracteriza-se, inicialmente, por uma falta de regulamentação. Como marco da regulamentação legal sobre o tema apresenta-se o Decreto-Lei nº 200 de 1967, o qual, no intuito de disciplinar a organização administrativa federal, tratou de cuidar, também, das fundações instituídas pelo Estado. No que tange à disciplina constitucional do tema, apenas em 1988 o constituinte preocupou-se em dar tratamento constitucional às fundações estatais, ainda que de forma severamente criticada.

Na disciplina do Decreto-Lei nº 200, de 1967, diversos foram os tratamentos dados às fundações estatais. Inicialmente, as fundações instituídas pelo Estado foram equiparadas às empresas públicas, ainda que tais entidades guardem entre si diferenças mais do que significativas. Logo após, excluídas da administração indireta e passaram à categoria de “entes de cooperação”. Por fim, voltando a integrar a administração pública indireta.

¹⁰⁴ MATOS, F. N., op. cit. p. 216.

¹⁰⁵ FAGUNDES, M. Seabra. *Rev. Dir. Adm.*, nº 78, pág. 7/8.

¹⁰⁶ CRETELLA JR., José. *Fundações de direito público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 17.

Na disciplina constitucional, em 1988, pela primeira vez, cuidou-se das fundações instituídas pelo Poder Público, ainda que de forma bastante controversa, diante da imprecisão terminológica e da aparente equiparação às autarquias, a qual buscou-se corrigir com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98.

Parece-nos que as fundações estatais dispõe de um regime jurídico próprio, na medida que é uma pessoa jurídica de direito privado instituída por uma pessoa de direito público. Encontram-se subordinadas a regras características do direito privado, estas entendidas como regras gerais aplicáveis a todos segundo a Teoria da Atribuição, bem como a regras características de direito público, estas entendidas como regras aplicáveis ao Estado, em razão da natureza de seu instituidor. Em seu conjunto, também com base na Teoria da Atribuição, consideramos tais regras como ditas de direito público, pois, em última análise, disciplinam uma relação na qual o Estado faz parte. Este conjunto de normas constitui o regime jurídico próprio às fundações instituídas pelo Estado.

Por derradeiro, no que tange ao controle exercido sobre as entidades que ora nos debruçamos à análise, mesmo consideradas as inúmeras opiniões em contrário, filiamo-nos ao posicionamento clássico de Hely Lopes Meirelles. Entendemos que as fundações estatais devem estar submetidas ao controle finalístico do Ministério Público, posto que é fundação de natureza privada tanto quanto qualquer outra instituída por particular. O fato de ter sido instituída pelo Estado não a descaracteriza como tal. Ademais, quando o Estado recorre ao instituto da fundação privada, criado e regulado pelo direito privado, já conhece suas características essenciais. Entendemos que a simples participação do Estado na qualidade de instituidor não tem o condão de suprimir as características do instituto, sob pena de sua transmutação em qualquer outra coisa que não uma fundação privada.

O problema central do controle destas instituições, a nosso ver, trata-se de uma questão de equidade, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais na razão de suas desigualdades. Por esse motivo, não negamos as peculiaridades características das fundações estatais em razão de seu instituidor, pelo contrário, reconhecemos a ampla possibilidade de controle a ser exercido pela Administração Pública por meio da tutela administrativa e seus respectivos Tribunais de Contas, pois inegável é a necessidade de controle das verbas públicas pelo próprio Estado. Entendemos ser possível a coexistências dessas duas formas de controle, posto que o velamento pelo Ministério Público cuida de controle finalístico da instituição, enquanto a tutela

administrativa e os Tribunais de Contas cuidam de controle dos dinheiros públicos. Este se trata de controle em defesa do erário, aquele, de controle em defesa da instituição¹⁰⁷. Não vislumbramos incompatibilidades entre essas formas de controle, posto que têm finalidades diversas.

¹⁰⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed., 1966. p. 314.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*, Tese (doutorado em direito administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 363
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 1946.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, 7. ed., 1944, v.I, p. 251
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 11ª ed., Rio, 1956.
- CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR. *Compêndio de Direito Administrativo*, São Paulo, 1º e 2º vols, 1969.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo, 28 ed. ed.. ampl. e atual. até 31-12-2014*. São Paulo, Atlas, 2015.
- CRETELLA JR., José. *Fundações de direito público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986
- DALLARI, Adilson Abreu. Fundações privadas instituídas pelo poder público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.28, n. 110, p. 199-210, abr./jun. 1991.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Rev. Dir. Adm.*, nº 78, pág. 7/8.
- FAGUNDES, M. Seabra. *Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo*, RDA, sem data.
- FERREIRA COELHO, *Código Civil*, Rio, 1928
- FERREIRA, Sergio de Andrea. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil* – Tese apresentada no Concurso para a Livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, Rio de Janeiro, 1970.
- FERREIRA, Sergio de Andrea. Atualidade das fundações instituídas pelo poder público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 169, p. 1-11, jul./set. 1987.

- FERREIRA, Sergio de Andrea. *As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, nº 183, p.71-83, mar. 2017
- HAURIUO, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios de direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 465-473, 1945.
- MATOS, F. N.. *Fundações públicas de direito privado: breve ensaio sobre o exercício da função administrativa sob o regime de direito privado*, Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 270, p. 207-242, set./dez. 2015.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed., 1966; 4 ed., 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 25ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 2000.
- MODESTO, Paulo. As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura da administração pública. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, nº 14, jun./ago.. 2008.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 1993.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, Rio, 1954.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.
- TÁCITO, Caio. *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, Rev. For. nº 205, sem data.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.