

## FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO (\*)

**Júpiter Tôrres Fagundes**  
Promotor Público em Porto Alegre

A evolução do direito administrativo, através do qual se dinamizam, por excelência, as relações do binômio Estado-indivíduo, ensejou a multiplicação de pessoas de direito público, para atender a intensiva descentralização administrativa no campo econômico, assistencial e cultural, transformando, em pessoas de direito público, entes que se haviam personalizado segundo as regras de direito civil.

É óbvio que o direito administrativo é um direito em formação e em busca de sua autonomia, não só como direito, mas também como disciplina jurídica autônoma, motivo pelo qual, necessariamente, teria de se utilizar de normas até então tradicionais de direito civil, a fim de adaptá-las às atividades da Administração Pública.

Assim, a extensão dos princípios de direito civil aos atos administrativos representa uma evolução do direito administrativo, mediante uma inteligente adaptação doutrinária e jurisprudencial, fazendo com que regras que antigamente eram prioridade exclusiva do direito civil, hoje constituam campo comum do direito privado e do direito público, tanto é que nos capítulos das pessoas, dos bens, dos contratos, dos atos jurídicos, das servidões, das associações e das fundações, existem as de ordem pública e de ordem privada, conforme o interesse público ou privado.

No caso específico das fundações, criadas por lei, em atendimento a uma finalidade de caráter público e destinadas, na maioria das vezes, à prática de atividades culturais e assistenciais, tem surgido controvérsias entre os cultores do direito, uns

---

(\*) Trabalho premiado em 3.º lugar no 4.º Seminário de Estudos e Debates, realizado em Porto Alegre, em 21 e 27 de dezembro de 1973.

aceitando, tranqüilamente, as fundações públicas, como um passo a frente do direito, sem delimitações, enquanto outros, apegados aos velhos esquemas privativistas, não aceitam a existência de tais institutos, afirmando que se trata de fundações instituídas pelo poder público, mais sujeitas às normas que regem as pessoas jurídicas de direito privado.

Entretanto, pelas modernas técnicas administrativas, as fundações de direito público existem e são aceitas, não só pela doutrina brasileira, como, também, pela melhor doutrina estrangeira, que ressaltam os contornos do instituto fundacional, demonstrando que o mundo jurídico, em seus dois campos, na milenar divisão de Ulpiano, o admite, diversificando, conforme o caso, em fundação privada e fundação pública.

É, portanto, mais uma forma de recepção no direito administrativo de uma tradicional instituição de direito privado, competindo à teoria geral do direito fixar-lhe as bases, sem maiores compromissos com os dois ramos tradicionais, dentro da evolução da ciência jurídica.

O Código Civil brasileiro estabelece que "as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado" (art. 13); e, logo, a seguir, no art. 16, diz: "São pessoas jurídicas de direito privado: I — As sociedades civis, religiosas, piás, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações."

Nascem as pessoas jurídicas de direito privado ou começa a sua existência legal com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos, no seu registro peculiar (art. 18 do Código Civil). Para Clovis Bevilacqua: "... o registro declara, de modo público e autêntico, a sua constituição, a sua capacidade aquisitiva e obrigacional, ..." (Código Civil Comentado, 9a. ed., v. I, p. 236).

Contudo, em face do instituto das fundações existir no direito positivo brasileiro como um ente jurídico de direito privado, não quer dizer que elas estejam institucionalizadas como tal, sem admitir a existência de fundações de direito público, criadas em lei, e posteriores à vigência do Código Civil.

A propósito, observa Paulino Jacques: "É óbvio que o nosso Código Civil, diploma legal eminentemente estático, não podia acompanhar a dinâmica jurídico-social, para prever as pessoas de direito que poderiam surgir, de futuro, por força do desenvolvimento natural das relações sociais. Promulgado em 1916, refletia o pensamento dominante ao tempo, segundo as necessidades e interesses coevos." (A Natureza Jurídica dos Institutos de Previdência, in Boletim do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, n. 143, p. 148/151).

Nesta altura é de se questionar se uma instituição, criada em lei e regulamentada por decreto do executivo, precisa ter seus atos constitutivos sujeitos à inscrição no registro civil competente, para maior publicidade e autenticidade de sua constituição.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é absurdo que um ente autárquico, como é a fundação pública, tenha sua constituição vinculada às regras do Código Civil. Este regula as fundações de direito privado, exigindo, para estas, o registro, enquanto que aquelas independem obviamente de escritura pública e registro, e conclui: "As fundações públicas são tuteladas pelo regime característico do direito público. Ficou visto que o Estado instituiu o registro das pessoas jurídicas para assegurar a publicidade e certeza dos negócios e firmar reconhecimento à sua existência. Que maior publicidade, certeza e reconhecimento da existência de uma pessoa jurídica pode existir senão a própria lei, a vontade do Estado? As autarquias, e entre elas as fundações públicas, prescindem, pelas razões expostas, de escritura pública e registro". (Natureza e regime jurídico das autarquias, p. 422).

J. Cretella Junior, em trabalho doutrinário publicado na Revista Forense, v. 221, p. 29, intitulado Regime jurídico das fundações públicas no Brasil, ao analisar a natureza jurídica das fundações assim se expressa: "a) Natureza Jurídica — A fundação pública é uma pessoa jurídica de direito público interno, espécie do gênero autarquia. É um patrimônio, personalizado, dirigido a um fim. Personaliza-se ao ser criada, por lei, ao contrário da fundação privada, que se personaliza ao ser registrada. Se o Código Civil estabelece os registros públicos, cuja finalidade é tornar 'autênticos, seguros, válidos' os atos jurídicos, evidente a dispensa do registro público para as pessoas jurídicas de direito público que, no instante exato de sua criação, por lei, recebem os atributos da 'autenticidade', segurança e validade. Daí, a dispensa do registro para as fundações públicas. Se registradas, nada se altera. O registro é inoperante, por inócuo. É dar autenticidade a quem a tem. É dar segurança a quem dela não mais necessita. É dar validade a quem já opera com eficácia."

Para o mencionado jurista "a fundação de direito público entra para o mundo jurídico por meio da lei, ao passo que a fundação privada nasce da vontade dos particulares."

Para Ruy Cirne Lima: "... a fundação é comum ao direito privado e ao direito público." (Princípios de direito administrativo, 4a. ed., p. 66). Pontes de Miranda: "As fundações de direito público podem ser criadas por lei, ou por ato administrativo, que a lei permita, ou por decreto que confira a natureza de funda-

ção de direito público para algum patrimônio que seja dotação fundacional de alguém.” (Tratado de direito privado, p. 468). Miguel Reale: “Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, de maneira expressa, a configuração jurídico civil, deve entender-se que se trata de um ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização.” (Revista de Direito Administrativo, v. 72, p. 412).

Diante da manifestação desses categorizados mestres do direito-pátrio, não há dúvidas que as fundações de direito público são uma realidade inquestionável e não dependem de registro para adquirir personalidade jurídica, que lhes é assegurada pela lei que as constituiu.

No que tange à fiscalização das fundações de direito privado, o Estado não poderia ficar alheio à sua vida, ao seu funcionamento, por isso, delegou ao Ministério Público esta tarefa, no art. 26 e seus parágrafos do Código Civil. Velará o órgão da lei para que os bens da fundação não sejam malbaratados e possam eas, enfim, atingir seus objetivos e ver assim cumprida a vontade do instituidor.

Entretanto, quando se tratar de fundações de direito público, dada a sua natureza jurídica, a fiscalização, a prestação de contas da gestão financeira, deve ser feita ao órgão estatal incumbido do controle financeiro dos dinheiros públicos, que é o Tribunal de Contas. Miguel Reale, em parecer já citado neste trabalho, afirma: “. . . as contas da Fundação em apreço refo- gem ao controle do Ministério Público, para enquadrar-se, propriamente, no âmbito das atribuições do Tribunal de Contas do Estado. . .” (Revista de Direito Administrativo, v. 72, p. 414).

“A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — desde os primórdios da vida republicana surge como fundação de direito público”, e, no parecer de João Mendes Junior: “A personalidade jurídica dos institutos de ensino não lhes tira o caráter de fundações, criadas e mantidas pela Administração Pública e, portanto, não os subordina como as fundações a que se refere a Ordenação, L. I. tit. 62, ao Juízo da Provedoria ou à verificação judiciária de contas, quer nas jurisdições estaduais, quer na jurisdição federal.” (Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo, v. 20, p. 335). Honório Monteiro: “Fundação de direito público ou oficial, criada pela União e transferida ao Estado com esse caráter, tem patrimônio próprio que administra pelo seu diretor e Conselho Técnico Administrativo sob a superintendên-

cia do Estado." (Parecer n.º 49.574, in Arq. da Faculdade de Direito, janeiro de 1940) e (Rev. For., v. 212, p. 39. Fundações de direito público, de J. Cretella Junior).

### CONCLUSÕES:

1. O instituto fundacional é comum ao direito privado e ao direito público.

2. As fundações instituídas pelo Estado são de direito público e não se subordinam aos preceitos aplicáveis às fundações civis, dispensando a escritura pública e o registro de seus atos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

3. As fundações de direito público escapam à fiscalização do Ministério Público e ficam sob controle do Tribunal de Contas.