

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A FUNDAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO

O presente tema, para seu melhor entendimento, pede se lhe anteceda breve exposição acerca de serviço público, regime jurídico, autarquia e suas espécies.

Antonio A. Queiroz Telles
Doutor em Direito Administrativo, Professor da USF.

1 – Serviço público

A noção de serviço público, indistintamente, reconhecem os autores, permanece, mesmo na atualidade, extremamente controvertida, em razão dos vários critérios utilizados na sua formulação.

As divergências apresentam inúmeras causas. Entre elas, salienta-se a posição doutrinária capitaneada por Leon Duguit e aceita por outros reconhecidos administrativistas (Marcel Walline, Roger Bonard, Gaston Jeze) que, num determinado momento, chegaram até a confundir a figura do próprio Estado com a noção de serviço público, tal a importância que atribuíram a ela.

Pela mesma razão, os adeptos desta corrente procuraram definir o direito administrativo através do conceito de serviço público: “pedra angular do direito administrativo francês. A noção de serviço público é capital : em torno dela gravita todo o direito público moderno. O serviço público é o eixo sobre o qual gravita o moderno direito administrativo. A instituição fundamental, no âmbito do direito público e da ciência da Administração é a noção do serviço público”¹.

Realmente, se ao Estado cabe a gigantesca tarefa de prover as necessidades públicas, em todos os sentidos, diuturna e eficazmente, a prestação de serviços seria, portanto, a sua própria razão de ser.

Estas considerações, não obstante estejam em crise, na atualidade, demonstram com toda evidência, a enorme complexidade e importância do tema.

A dificuldade conceitual da expressão serviço público principia, na verdade, pelo correto entendimento do que seja serviço e do que quer dizer, exatamente, o vocábulo público.

A palavra serviço nos chega do latim, **servitium**, que exprime, alongadamente, o desempenho de atividade relacionada com o trabalho. Serviço é, também, o resultado da ação indicada pelo verbo servir, prestar uma utilidade.

O qualificativo público indica a condição de tudo que se relaciona com o Estado (**res publicae**).

1. JEZE, Gaston; DUGUIT, Leon; OVIEDO, Garcia e BESAVILBASO, Vilegas; apud José Cretella Júnior, *Dicionário de Direito Administrativo*, 3a ed., São Paulo:Forense, 1978 (verbetes serviço público).

Este sentido abrange, igualmente, aquilo que se refere a todos os indivíduos, no contexto político-nacional.

Justapostos, os vocábulos formam a locução serviço público que pode mostrar tanto o conceito de satisfação das necessidades coletivas pelo Estado como, propriamente, a utilização destes mesmos serviços pela coletividade.

Portanto, comporta a expressão serviço público às seguintes acepções: a) conjunto de órgãos, contingente humano, recursos financeiros do Estado; b) atividade, trabalho desempenhado pela Administração Pública a fim de suprir as necessidades sociais; c) a prestação destas tarefas, segundo as normas especiais do regime jurídico de direito público.

O Serviço público, tendo em conta o tempo e o espaço geográfico, apresenta grande variação, sendo mais extenso e complexo na atualidade, nos grandes centros civilizados, que apresentam maior progresso material.

De fato, num determinado momento, os serviços públicos eram realizados, exclusivamente, pelo Estado, direta e centralizadamente, por seus próprios meios.

Entretanto, em decorrência da acentuada intervenção do Estado na órbita social e econômica, passaram os misteres governamentais a serem realizados de maneira descentralizada através da execução indireta.

A doutrina distingue o conceito de serviço público propriamente dito, do serviço de utilidade pública.

Embora ambas as idéias contenham a mesma essência, manifestam-se e exteriorizam-se através de características peculiares.

Serviços públicos, denominados de próprios, são os considerados imprescindíveis para a comunidade, motivo pelo qual devem ser prestados diretamente pelo Estado, de vez que são indelegáveis.

Inserem-se nesta idéia, por exemplo, a defesa, a segurança nacional; no caso de agressão externa, a manutenção da ordem interna, a distribuição da justiça, a saúde pública.

Por outro lado, considera-se de utilidade pública o serviço atinente à atividade comercial e industrial do Estado.

Como se observa, tais serviços apesar de necessários ao bem estar da coletividade, não são considerados vitais, como é o caso dos denominados de próprios.

Exemplificam-se como serviços de utilidade pública as atividades relacionadas com o transporte, a geração e a distribuição de energia, o fornecimento de água, telefonia, gás, etc.

Ao contrário dos serviços próprios, os de utilidade pública admitem a delegação a terceiros.

Importa salientar, a este propósito, também, que os serviços públicos típicos (próprios), desempenhados diretamente pelo Estado, não objetivam lucro.

Este é eventual, o que implica em dizer que, em ocorrendo, deverá ser reaplicado na melhoria do serviço.

Contrariamente, os serviços atípicos (impróprios) de utilidade pública, principalmente, de

indústria e comércio, prestados por terceiros, por delegação estatal, têm em mira resultados lucrativos, pois que **finis mercatorum est lucrum**.

Eis algumas definições de serviço público:

“É a atividade da Administração que visa a assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação das necessidades essenciais ou secundárias, da coletividade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas, unilateralmente pela própria Administração”².

“Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível, preponderantemente, pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico”³.

“Toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum”⁴.

“Serviço público é toda ação ou prestação realizada pela Administração ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas, assegurada essa ação ou prestação pelo Poder Público”⁵.

Os serviços públicos, de acordo com o regime jurídico administrativo vigente (Dec. Lei nº 200/67, art. 4º, I), podem ser prestados pela administração direta ou indireta.

No primeiro caso (administração direta), o fornecimento dos serviços ocorre centralizadamente, isto é, pela Administração Pública, sob sua exclusiva supervisão e responsabilidade através de seus órgãos: Ministérios, no âmbito federal e Secretarias, nos Estados e Municípios.

A esta divisão dos serviços, que se processa no interior da Administração Pública, denomina a doutrina de desconcentração.

Desconcentração é, assim, a execução de serviços centralizados, pela própria Administração Pública, mas através dos órgãos em que ela se reparte.

No segundo caso (administração indireta), a prestação dos serviços acontece de forma descentralizada, por intermédio de certas entidades, instituídas por lei (autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista).

A prestação de serviços poderá, também, ser atribuída as pessoas físicas ou jurídicas, no caso de concessão, permissão, autorização.

A este respeito, registre-se que somente são passíveis de execução indireta determinados serviços, conforme previsão legal, conservando a Administração Pública, todavia, o domínio absoluto, a titularidade natural dessas atividades.

Visto que os serviços centralizados são aqueles prestados pela própria Administração Pública,

2. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Borsol, 1971, p. 155.

3. MELLO, Celso A. Bandeira de; *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo: Ed. RT, 1973, p.1.

4. JR. CRETELLA, José; *Administração Indireta Brasileira*, *ob. cit.*, p. 73.

5. BIELSA, Rafael; *Ciencia de La administracion*, 2ª ed. 1955, p.100.

interessa-nos agora, analisar os descentralizados.

2 – Regime jurídico

Esclareça-se, de início, que ao Estado, **ex vi** do seu poder de império, é permitida a criação de entidades tanto sob o regime público como sob o privado.

Entretanto, as entidades privadas, oriundas da vontade do Estado apresentam matizes publicísticos, pois que estes são absolutamente necessários à perfeita consecução de seus fins.

Explica, perfeitamente, tal situação o seguinte magistério: “Assim, existem vários traços comuns entre o regime jurídico das pessoas públicas e o das pessoas de direito privado, instituídas pelo Estado.

1. Todas têm personalidade jurídica própria, o que implica direitos e obrigações definidos em lei, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração, receita própria;

2. A sua criação é sempre feita por lei, exigência que consta, agora, expressamente, do art. 37, XIX, da Constituição Federal;

3. A sua finalidade essencial não é o lucro e sim a consecução do interesse público;

4. Falta-lhes liberdade na fixação ou modificação de seus próprios fins; é a própria lei singular que, ao criar a entidade, define o seu objeto, o qual só pode ser alterado por outra lei, da mesma natureza;

5. Elas não têm a possibilidade de se extinguirem pela própria vontade; sendo criadas por lei, só outra lei poderá extingui-las, em consonância com o princípio do paralelismo das formas; por isso mesmo, não se aplicam a essas entidades as formas normais de extinção previstas no direito civil e comercial.

6. A todas elas se aplica o controle político do Estado, o qual tem por finalidade verificar se a entidade está cumprindo os fins para os quais foi criada”⁶.

A distinção entre os dois tipos de pessoas jurídicas (pública e privada), criadas pelo Estado estaria, portanto, principalmente, nas peculiaridades do regime jurídico público-administrativo, relativamente aos princípios da auto-executoriedade, da autotela, da utilização do regime especial das contratações públicas, (Lei 8.666/93), no que diz respeito, de maneira especial às cláusulas derogatórias e exorbitantes (alteração e rescisão unilateral dos contratos), na impossibilidade de penhora de seus bens, no privilégio do juízo especial, na isenção de tributos e, enfim, na utilização dos mesmos princípios que regem a Administração Pública.

3 – Autarquias e suas espécies

A palavra autarquia nos vem do grego e é fornada por dois elementos: “autos”, que significa a idéia de próprio e “quia”, que traduz o sentido de comando, governo, direção.

Autarquia quer dizer, portanto, comando próprio, auto-governo.

6. PIETRO, Maria Sylva Zanella Di; *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 1998, p. 266.

Nos termos do art. 5º, I, do Dec. Lei 200/67, autarquia “é o serviço autônomo, criado por leis com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Da definição legal destacam-se, pois, os seguintes elementos estruturais: a) criação por lei; b) personalidade jurídica (pública); patrimônio e receitas próprios; c) finalidade pública.

Há que se ressaltar, também, o fato de estarem as autarquias vinculadas à entidade que as criaram sujeitas, assim, ao seu controle.

Não se confunda, todavia, o sentido desta sujeição da autarquia com a faculdade de auto-governo, que lhe é inerente.

Realmente, é “notório que não se subordinam, hierarquicamente à Administração Pública que as criou, embora coloquem-se, naturalmente, sob seu planejamento geral, conforme se infere do disposto no parágrafo único do art. 4º do Dec.-Lei federal nº 200/67”⁷.

A necessidade de criação por lei acha-se prevista na própria Constituição Federal: “Somente por lei específica poderão ser criadas empresas públicas, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública”, (art. 37, XIX).

Saliente-se, por outro lado, que a transformação de qualquer outro ser jurídico em autarquia, equivale à sua criação, de vez que obrigatória, sempre, através da lei.

Da mesma forma que a criação, a extinção da autarquia far-se-á por lei, de iniciativa do chefe do Executivo (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Sua disciplina depende de decreto e se materializa através de regulamento ou estatuto.

Resumidamente: a natureza jurídica da autarquia é pública e administrativa, sua entrada no mundo jurídico acontece por lei; revela-se como potestade pública dotada, portanto, do **jus imperii**; vincula-se, para fins de controle e, não hierarquicamente, à entidade **mater** (que lhe dá vida); não persegue fins lucrativos, pois nada mais é que um prolongamento, **longa manus**, do Estado; tem finalidade específica (submete-se ao princípio da especialidade, como acontece com toda a Administração Pública); seu patrimônio e rendas gozam de isenção tributária; não pode alienar, livremente, seu patrimônio.

Diga-se, também, que são os entes autárquicos pessoas jurídicas de direito público instituídas por conveniência de natureza técnica e econômica, política ou social, visando a execução de serviços.

Para tanto, a lei cria a autarquia, delimita a sua competência, fixa o objeto de sua ação, caracteriza suas atribuições, insufla-lhe personalidade jurídica, outorga-lhe patrimônio e meios de subsistência para preenchimento dos fins para os quais foi criada.

As autarquias, conforme a doutrina, comporiam várias classificações.

Assim, diz-se econômica aquela destinada ao fomento da produção e da circulação de certos produtos, considerados essenciais à vida do país.

Com esta classificação não concorda Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que: “A autarquia é forma de descentralização administrativa através da personificação de um serviço retirado da Administração

7. GASPARIINI, Diógenes; *Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 156.

centralizada. Por esta razão à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico e, não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. Para estas, a solução correta é a delegação as organizações particulares ou as entidades para-estatais (empresa pública, sociedade de economia mista e outras)”⁸.

Quanto às suas finalidades classificam-se, ainda, as autarquias como de crédito, industriais, de previdência, assistência e culturais.

Para outros, especificam-se em dois tipos: geográficas ou territoriais e de serviço ou institucionais.

A primeira, entre nós, se reduz ao exemplo dos territórios federais, que apresentam característica meramente geográfica, isto é, não são pessoas jurídicas de direito público político, não têm capacidade legislativa. São pessoas jurídicas administrativas.

As autarquias de serviço ou institucionais destinam-se à prestação de determinado serviço, previsto em lei.

“Essa classificação é baseada na distinção que se contém no Código Civil entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado e fundação, de outro (art. 16).

Na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela”⁹.

Tendo em vista, portanto, a sua própria estrutura, as fundações podem ser divididas em “duas grandes classes - autarquias fundações e autarquias corporações.

As autarquias fundações são também chamadas de fundações públicas ou fundações de direito público. As autarquias corporações são, também, chamadas corporações públicas ou corporações de direito público.

Quando várias autarquias se reúnem, formando um verdadeiro conglomerado de autarquias, temos o que se denomina de constelação ou federação autárquica. É o caso da Universidade de São Paulo, entidade que engloba em si, várias entidades menores, as autarquias ou institutos agrupados, que constituem a Universidade de São Paulo”¹⁰.

4 – Autarquia fundação

Conjunto de bens, **universitates rerum** personalizado e dirigido a um fim, definem os mais prestigiados autores.

Todavia, depara-se ainda perplexa a doutrina a respeito da real natureza jurídica destas entidades, na circunscrição do direito administrativo.

8. MEIRELLES, Hely Lopes- **Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1991, p. 307.

9. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; **ob. cit.**, p. 272.

10. JR. CRETELLA, José; **ob. cit.**, p. 70/71;

Se, antes da promulgação da atual Carta o presente assunto já era controvertido, cerebrino até, agora com maior motivo ele se insere no campo das altas indagações doutrinárias.

Justamente, o texto constitucional se refere, alternada e reiteradamente, às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 22, XXVII, art. 37, XVII, art. 150, § 2º, art. 169, parágrafo único) e às fundações públicas (art. 37, XIX, art. 39 e art. 19 das Disposições Transitórias).

À vista destes dispositivos constitucionais, será lícito indagar-se: - quantas espécies de fundações, realmente existem? Fundações instituídas e mantidas pelo Estado, sob a regência do regime jurídico privado ou fundações públicas, submetidas às regras do direito público?

Não obstante pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (conflito de jurisdição nº 6.728-3, DF.), que reconheceu natureza pública a entidade fundacional, regida pelo direito privado, ainda assim a doutrina não poderia aceitar, sem restrição alguma, este entendimento.

De fato se, obrigatoriamente, as fundações estatais refletissem, tão-somente, natureza pública, então não poderiam ser criadas, pelo Poder Público as fundações administradas pelo direito privado.

A hipótese, em si, é verdadeiramente absurda, de vez que esta possibilidade não se encontra constitucionalmente prevista.

Realmente, se o legislador se refere, como já foi dito, a um e a outro tipo de fundação é porque desejou considerá-las distintamente.

Nem mesmo seria admissível supor-se o contrário. A análise da Constituição exige que sejam seus mandamentos devidamente confrontados, sistematicamente porque é inaceitável qualquer contradição entre eles.

Se tal ocorresse, estaria instaurado o tumulto, o conflito entre as normas constitucionais.

O que se verifica é exatamente o contrário. A estas fundações, aplicam-se sobranceira e incontestavelmente, os preceitos do regime jurídico de direito privado.

Assim, o seu pessoal é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, suas atividades estão sujeitas à legislação civil (Código Civil, arts. 16, I e 24 a 30) e sua fiscalização, a cargo do Ministério Público.

Como se sabe, decorre da posição de superioridade da Administração Pública, frente aos particulares (**jus imperii**), a faculdade de escolha por um ou por outro regime.

A opção pelo regime privado objetiva fornecer à Administração meios eficazes para realizar suas tarefas e atingir, mais celeremente seus fins, principalmente no que concerne à prestação de serviços, livrando-se dos estreitos e intrincados meandros administrativos.

Exatamente por este motivo é que as fundações instituídas e mantidas pelo Estado regem-se pelo direito privado. Quer dizer, de público, além de certas particularidades, teriam apenas o patrimônio e a finalidade.

Não discrepa, ademais, a doutrina sobre a natureza jurídica deste tipo de fundação,

atribuindo-se-lhe a gerência pelo direito privado.

Fundação pública, por outro lado, segundo os autores que a admitem, “é pessoa jurídica de direito público interno, de índole administrativa, criada pelo Estado e afetada de um patrimônio que é instituído pela entidade criadora para que o novo ente persiga os fins específicos que tem em mira”¹¹.

Não só autores pátrios como a doutrina estrangeira aceitam a existência das fundações de direito público, administradas exclusivamente por este regime.

Na Itália : Renato Alessi, Aldo Bozzi, Landi e Potenza; no direito tedesco: Fritz Fleiner, Otto Mayer; no Uruguai, Sayagues Laso; no Brasil: João Mendes de Almeida Junior, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Temístocles Brandão Cavalcanti, Miguel Reale, Rui Cirne Lima.

Não admitem a fundação de direito público, no Brasil, entre outros administrativistas, de igual nomeada, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Hely Lopes Melrelles.

Este último, categoricamente, afirma que as fundações “sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de direito privado (Decreto-lei 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87).

Ultimamente, porém, pelo fato do Poder Público vir instituindo fundações para a prossecução de objetivos de interesse coletivo - educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. - com a personificação de bens públicos e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou a atribuir personalidade pública a essas entidades”¹².

Embora esta douta lição, acreditamos que refoge das simples suposições doutrinárias a aceitação das fundações de direito público no sistema legal brasileiro.

Com efeito, esta modalidade é perfeitamente possível de ser materializada no cotidiano administrativo.

Significa dizer: ela é uma realidade jurídica, declarada de foram inequívoca pela Constituição da República que, ademais, especifica, nitidamente, seu perfil.

Em suma, para nós, são entidades absolutamente distintas, fundações mantidas e instituídas pelo Estado e fundações públicas.

São governadas por regimes próprios e inconfundíveis, o de direito privado, para as primeiras e o de direito público, para as segundas, que se apresentam no nosso sistema jurídico como verdadeiras espécies de autarquias.

No entanto, a solução de tão sério problema depende, ainda, da manifestação mais concreta do legislador, dos tribunais e dos doutos que, certamente, traçarão de forma definitiva os contornos jurídicos destas entidades.

11. *ob. cit.*, p. 59.

12. MEIRELLES, Hely Lopes; *ob. cit.*, p. 316.