

# Das Fundações Instituídas pelo Poder Público na Constituição de 88

ROMULO PAES BARRETO

Doutorando da Faculdade de Direito, UFRJ,  
e licenciado em Letras pela UERJ.

## SUMÁRIO

*I — Introdução. II — Da origem e da evolução das Fundações. III — Das Fundações em geral. IV — Das Fundações instituídas pelo Estado. V — Da Administração Indireta. VI — Das Autarquias. VII — Das Empresas Públicas. VIII — Das Sociedades de Economia Mista. IX — Das considerações finais. X — Bibliografia.*

### I — Introdução

Com a Revolução Industrial ocorrida na Grã-Bretanha entre aproximadamente 1750 e 1830, o homem tomou consciência das possibilidades de que dispunha para mudar profunda e radicalmente toda a estrutura da sociedade. De uma economia basicamente agrícola-artesanal, nasce uma outra predominantemente urbano-industrial, que não privilegia apenas os ingleses, mas se difunde também na Europa, notadamente na Bélgica, Alemanha, Itália e, no fim do século XIX, na União Soviética, Estados Unidos da América, inclusive na Ásia, através do Japão, já a partir de 1868.

O aparecimento da máquina teve um efeito extraordinário, porque o trabalho artesanal transformara-se em trabalho assalariado, ao mesmo tempo em que a utilização da energia a vapor nas indústrias substituíra por inteiro o esforço da atividade braçal, responsável pelo enorme consumo da resistência física humana.

Para PAULO ROCHA LAGOA, a máquina tudo mudou, gigante envolvente que é, suscetível de modificar até mesmo as relações sociais, na medida em que concedia a seus detentores maior poder e submetia o resto da humanidade a situações de dependência até então desconhecidas. Essas

transformações da sociedade necessariamente se refletiram no ordenamento jurídico<sup>1</sup>.

Em todo esse contexto, foi exigida maior ação do Estado, sobretudo em iniciativas até então da exclusiva responsabilidade de particulares. Sua participação se torna mais intensa, em virtude da multiplicidade de solicitações e de pleitos, que reclamam providências imediatas, para atender às necessidades do presente. Em consequência, o Estado é obrigado a exercer a sua força, agindo como mediador, conciliador e, às vezes, ainda, como ponto de equilíbrio da vida social. Aos poucos, o poder público passa a influir na vida econômica não só de forma direta, mas em associação com terceiros. Os negócios transformam-se rapidamente em matéria-prima da administração, como resultado do processo: mais serviços se instalam, e o Estado é obrigado a aceitar o desafio da concorrência, atuando como agricultor, segurador, industrial, banqueiro, transportador, participando, portanto, de todas as atividades econômicas fundamentais, isto é, da produção, da intermediação e de serviços.

A progressiva atualização de serviços facilitou, assim, a criação de órgãos dotados de autonomia (autarquia), livres de exigências e da difícil engrenagem da Administração central. O ingresso deliberado do Estado na vida econômica, em associação com particulares, foi beneficiado por preceitos já existentes no Direito Privado. O desempenho da atividade governamental, pelo particular, com base nessas normas, deu nascimento às sociedades de economia mista. O propósito de exercer atividade econômica, com recursos próprios, independentemente da colaboração de particulares, com possibilidade de reunir maiores somas de recursos, proporcionou ao Estado a criação das empresas públicas.

Em meio a esses órgãos dotados de personalidade jurídica própria, as Fundações, de existência mais longa, já se apresentavam com uma estrutura mais simples, prestando serviços a pessoas carentes, através de hospitais, orfanatos, casas geriátricas. Era uma atividade realizada, a princípio, pela Igreja, com patrimônio obtido através de doações "mortis causa". Com base nessa experiência, o Estado resolveu investir nas Fundações, à sua maneira, incorporando-as aos órgãos de Administração Indireta, com caráter predominantemente cultural, assistencial ou educacional. A verdade é que o Poder Público, no propósito de criar mais serviços, facilitando de algum modo o aparecimento de mais empregos, inaugurou, no Brasil, com a participação da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, a "era das fundações", que já somam, segundo estimativas, mais de quinhentas, em todo o território nacional. Acontece que, na opinião de

---

1 ROCHA LAGOA, Paulo F. As Fundações Instituídas pelo Poder Público — Sua Natureza Jurídica e seu Controle. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978, p. 189.

HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, a originalidade da solução e a inexistência de um uniforme conceito doutrinário de Fundação (quando criada pelo Poder Público) são responsáveis, sem dúvida, por soluções do legislador brasileiro diante do novo instituto jurídico cuja disciplinação lhe caberia fazer em termos que não deixassem margem para dúvidas<sup>2</sup>.

## II — Da origem e da evolução das fundações

Para LUIZ FERNANDO COELHO, as origens do instituto da fundação podem ser explicadas pelo espírito de solidariedade, apanágio do ser humano, presidindo a uma procura de meios de auxiliar às pessoas necessitadas. Desde os primórdios da humanidade, registram-se atitudes de homens que, movidos pelo amor às artes e à soberania ou o singelo amor ao próximo, legavam bens para alguma finalidade cultural e filantrópica<sup>3</sup>.

Os precedentes que traduzem esse propósito de benemerência existem, inclusive, na história: a doação, por exemplo, da biblioteca de Alexandria, pelos Ptolomeus, afirmou-se depois como patrimônio desvinculado da pessoa dos seus doadores. Outro acontecimento importante foi a fundação da escola de PLATÃO, a Academia, nos jardins de Academus. Ela não funcionava com características de estabelecimento de ensino, em sentido estrito, mas como instituição científica e religiosa, voltada para o culto das musas de Atenas. É interessante notar que PLATÃO, depois de dirigir a instituição durante aproximadamente vinte anos, resolveu legá-la aos seus sucessores.

Há quem sustente que a idéia de fundação entre os romanos foi resultado da influência grega, a partir do século V a. C., quando se assiste ao aparecimento das primeiras instituições mais ou menos assemelhadas, visando à celebração dos deuses. Lembra-se ainda que os romanos chegaram mais próximos da idéia de fundação, tendo os gregos sob o seu domínio, de tal forma que, após a conquista, surgem em Roma as primeiras fundações, com algumas dedicadas ao culto funerário, à distribuição de alimentos, sendo que outras foram criadas visando à manutenção de crianças carentes e, em alguns casos, dos jogos.

Estudioso do assunto, LUIZ FERNANDO COELHO recorda que o direito romano, embora atribuisse personalidade jurídica somente aos entes do tipo associativo, concebia a existência de patrimônios vinculados a determinados fins; à época do direito romano clássico não existiam patrimônios dotados de autonomia jurídica que pudessem ser considerados ante-

2 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundações — No Direito, na Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 49.

3 COELHO, Luiz Fernando. *Fundações Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 7.

cedentes direitos da fundação, mas a solução preconizada consistia na transferência do patrimônio a uma cidade ou *collegium*, com a imposição dos fins de utilidade pública, o que era feito mediante testamento ou por ato *inter vivos*. Os particulares não podiam constituir fundações com os próprios bens, mas podiam doá-los ou legá-los a uma pessoa jurídica, com a estipulação do *modus* <sup>4</sup>.

No estudo das fundações, dois fatos tiveram repercussão extraordinária, para a sua evolução: a) a instituição de uma *actio popularis*, para efetivação das fundações criadas por legado ou doação; b) e a atuação progressiva de entidades religiosas e, em particular, da Igreja, elevada à condição de pessoa.

Não foi apenas na antiguidade que surgiram os primeiros traços das fundações. COTRIM NETO acredita que, numa época posterior adiantada da Idade Média, pelas proximidades do Renascimento, teria surgido outro tipo de fundação, encontradão na simbiose do estilo primitivo (do patrimônio simplesmente afetado) com a corporação: seria a fundação destinada a fins educacionais, ou assistenciais, a tão conhecida "mão morta", que assim se chamaria, segundo POTHIER, porque seus bens estariam fora do comércio, ou porque estariam destinados à perpetuidade <sup>5</sup>.

Com o começo da Idade Moderna, a fundação adquire maior independência, desvincula-se da influência da Igreja, e se insere no ramo do direito público, cujos princípios até então contidos no domínio eclesiástico, desde a Idade Média, levando a seu lado outras instituições administrativas.

É, no século XVIII, que as fundações se multiplicam, principalmente nos Estados Unidos da América, em busca de recursos para superar problemas econômicos e sociais resultantes da Guerra de Secessão (1861-1865). Terminada a luta, foram contados mais de 600 mil mortos de ambos os lados. A escravidão fora totalmente abolida, mas o Sul, escravista, estava devastado, enquanto o Norte deixava o conflito mais forte. Independentemente disso, era preciso muito esforço para recuperar a economia do país, proliferando, nessa difícil contingência, as fundações, inauguradas graças ao espírito público de grandes pioneiros: BENJAMIN FRANKLIN doara verdadeiras fortunas às cidades de Boston e Filadélfia, no ano de 1790, a título de empréstimos a jovens; GEORGE PEABODY, oferecera também expressiva contribuição, para que surgisse, em 1867, o *Peabody Educational Fund*, criado com a finalidade de colaborar em projetos educacionais nos Estados do Sul e do Sudoeste norte-americanos; deve-se também a

---

4 COELHO, Luiz Fernando. *Fundações Públicas*, op. cit., p. 8.

5 COTRIM NETO, A. B. Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público* (74), São Paulo, Revista dos Tribunais, Ab/jun. Ano 1985, p. 81.

JAMES SMITHSON, por exemplo, a *Smithonian Institution*, inaugurada em 1846.

A notável expansão das fundações entre os norte-americanos resultou, sem dúvida, do espetacular progresso alcançado pelo país e, sobretudo, porque a grande concentração de bens entre pessoas estimulou maior participação comunitária, em grandes investimentos, através de projetos de natureza educacional, cultural, assistencial. Foi nesse sentido que se criou uma importante rede de universidades, bibliotecas, teatros, museus, orquestras sinfônicas, hospitais, orfanatos, casas geriátricas e muitos outros, cuja atuação, em alguns casos, se faz sentir até fora dos Estados Unidos da América, que dispõem hoje de aproximadamente 20 mil Fundações, onde se salientam as seguintes: *Ford Foundation*, *Rockefeller Foundation*, *Carnegie Corporation*, *Duke Endowment* e a *John A. Hartford Foundation*.

No Reino Unido, as Fundações mais importantes são a *Fundação Nuffield*, dedicada à educação, assistência à velhice, proteção à saúde e bem-estar social; o *Pilgrim Trust*, que cuida do problema do desemprego, da preservação do patrimônio histórico e artístico nacional. Com representação em Lisboa, a Fundação Calouste Gulbenkian dá apoio a iniciativas artísticas, científicas, educacionais e caritativas.

A França não tem muitas fundações. São aproximadamente 250, e a mais nova é a *Fondation de France*, criada em 1969, que realiza atividades de caráter educacional, científico, social, cultural e filantrópico.

Com relação à Itália, salientam-se a *Fondazione Adriano Olivetti*, que cuida de problemas sociais e humanos; a *Fondazione Giovanni Agnelli* e *Luigi Einaudi*, consagradas a questões sociais contemporâneas. Há ainda a *Fondazione Alesandro Manzoni*, cuja atividade está voltada para a defesa do patrimônio artístico e dos monumentos.

Ne República Federal da Alemanha, as mais importantes são a *Fundação FRIEDRICH EBERT*, a *Fundação HANNS SEIDEL*, a *Fundação KONRAD ADENAUER*, a *Fundação VOLKSWAGEN* e a *Fundação ACERVO CULTURAL PRUSSIANO*, instituída por uma lei federal do ano de 1957, responsável pela administração das coleções culturais do antigo Estado da Prússia.

Entre os suecos, por exemplo, a fundação mais conhecida é a *Fundação Alfred Nobel*. É através dessa conceituada instituição que se concedem anualmente prêmios a indivíduos e/ou instituições que tenham tido atuação mais destacada, "em benefício da humanidade", em cada uma das seis áreas seguintes: Física, Química, Fisiologia ou Medicina, Literatura, Paz e Economia. Essas láureas têm sido conferidas desde o ano de 1901, excetuando-se a de Economia, que só passou a ser distribuída em 1969. Quanto ao "Prêmio Nobel da Paz", algumas vezes objeto de controvérsia, a sua concessão depende de decisão de uma comissão de cinco pessoas, eleita pelo Parlamento norueguês.

Na Espanha, há a *Fundação Juan March*, criada com o propósito de preparar professores de artes e ciências. Os suíços organizaram a *Cruz Vermelha Internacional* e, nos países baixos, já goza de grande prestígio a *Fundação pela Cooperação Internacional*. A *Fundación Torquato Di Tella e Cossio*, dedicada à Medicina, é uma outra entidade de elevado conceito, mantida pelos argentinos. Temos, ainda, a *Fundación La Salle de Ciencias Naturales* (Venezuela), a *Fundación Universidad Central* (Colômbia) e a *Fundación Universidad de América* (Bolívia).

O Brasil conheceu as Fundações muito cedo. As *Santas Casas* destinaram-se inicialmente ao atendimento de pessoas doentes e à administração de cemitérios. A *Santa Casa de Misericórdia* mais antiga foi fundada no Rio de Janeiro, em 1582. Desta, originou-se a *Casa da Roda*, ou *Casa dos Expostos* (1738), também na mesma cidade, criada com a finalidade de acolher recém-nascidos abandonados, com recursos doados pelo português ROMÃO DE MATOS DUARTE, hoje ainda em pleno funcionamento, com apoio da Santa Casa de Misericórdia. Figuram também como as mais antigas, no Brasil, a *Fundação Diocesana, O Pão dos Pobres de Santo Antônio*, em Porto Alegre (1867); o *Abrigo Cristo Redentor*, no Rio de Janeiro (1923), destinado a prestar assistência a mendigos e a menores desamparados; a *Fundação Gaffré Guinle*, no Rio de Janeiro (1923); a *Fundação Osório*, também no Rio (1924), que se encarrega de alojar, educar e instruir órfãos de militares.

Há outras fundações, no Rio, salientando-se, pela longa tradição de trabalho, a *Fundação Darcy Vargas* (1939), para amparo e educação de menores abandonados e promoção do ensino profissional entre os mesmos; a *Fundação Serviço Especial de Saúde Pública — FSESP* (1942); a *Fundação Getúlio Vargas* (1944), com finalidade técnico-educativa, especializada na organização racional do trabalho; a *Fundação Leão XIII* (1947), destinada a dar assistência aos menores dos morros e favelas; *Fundação das Pioneiras Sociais* (1956), organizada para prestar assistência médica, social, moral e educacional às populações pobres e a pesquisas relacionadas com os objetivos de sua criação. A *Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — FUNABEM*, criada em substituição ao antigo Serviço de Assistência a Menores; *Fundação Casa de Rui Barbosa* (Ministério da Cultura); *Fundação de Assistência ao Estudante — FAE* (Ministério da Educação); *Fundação Centro Brasileiro de Televisão Educativa — FUNTEVÊ*; *Fundação Brasil Central*, com sede em Brasília, e muitas outras.

### III — Das fundações em geral

São pessoas jurídicas de direito privado as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; as sociedades mercantis (Código Civil, art. 16).

Pará simplificar, deter-nos-emos apenas sobre as fundações, que correspondem a *universitas personarum bonorum* do direito antigo. Embora as associações se equiparem àquelas nesse aspecto, há diferenças bem nítidas entre ambas. Nas associações, segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, há interesses, fins e meios próprios, exclusivos dos sócios; nas fundações, os fins e interesses não são próprios, mas alheios, isto é, do fundador. Além disso, naquelas, os fins podem ser alterados pelos associados; nestas, os fins são perenes e imutáveis, limitando-se os administradores a executá-los simplesmente<sup>6</sup>.

Cumprе ressaltar que nas associações o seu patrimônio é formado pelos consórcios, estimulados pelo interesse comum; o patrimônio, nas fundações, resulta de legado do instituidor, que se opera tanto através do particular como do Poder Público. As decisões nas associações são geralmente livres de amarras, ou de qualquer burocracia porque atuam como órgãos independentes, dominantes; naquelas, por exemplo, a palavra final é do instituidor, diante de órgãos estritamente subordinados, dependentes.

Para criar uma fundação, far-lhe-á o instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Dentre os requisitos para existência da mesma, CARVALHO SANTOS, repetindo lição de CLÓVIS BEVILACQUA, enumera os seguintes:

I — um patrimônio composto de bens livres no momento da constituição;

II — o ato constitutivo, ou a dotação, que deverá constar de escritura pública ou testamento;

III — a declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação;

IV — estatutos que atenderão às bases deixadas pelo instituidor;

V — uma administração.

Para o autor do Código Civil Interpretado, há ainda um requisito que foi omitido por CLÓVIS, ou seja, o registro, sem o qual a fundação não adquire personalidade<sup>7</sup>.

De acordo com HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, as fundações tipicamente de direito privado não são, porém,

<sup>6</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, v. 1, p. 112.

<sup>7</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953, v. 1, pp. 404-405.

as únicas existentes entre nós. Ao lado delas, chamadas a exercer as mais diversas funções, no campo cultural, assistencial, educacional e até mesmo em áreas outrora reservadas à Administração do Estado, vicejam as chamadas fundações públicas, que merecem hoje as preferências gerais e muitos supõem capazes de resolver todos os nossos problemas administrativos<sup>8</sup>.

Em tese sobre fundações instituídas pelo Poder Público, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA observa que a criação, pelo Estado, de uma pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, exige a edição de um ato legislativo formal. Na primeira hipótese, a lei cria o novo ser; na segunda, autoriza que se crie. Destarte, as autarquias são criadas por lei, ou por ato jurídico equivalente, enquanto as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações têm sua criação autorizada pelos mesmos. Diferem, portanto acrescenta — as hipóteses de criação de fundações civis pelo Estado e por particular. Neste último caso, “as fundações, qualquer que seja o seu fim, não dependem de autorização administrativa para se constituírem”: predomina, segundo lição de CLÓVIS BEVILACQUA, um regime de liberdade<sup>9</sup>.

As fundações de direito privado exerceram papel significativo na vida administrativa brasileira. Inauguradas antes das autarquias, serviram de inspiração para estas, posteriormente, num processo crescente de descentralização de serviços públicos.

Passada a fase das autarquias, assiste-se agora ao reaparecimento das fundações, cujas características se assemelham à forma de administração daquelas, embora sejam rotuladas como fundações públicas. Criadas pelo Estado, diferem das fundações civis, que obedecem, para efeito de instituição, aos preceitos estabelecidos pelo Código Civil (art. 24).

Diante de tanta controvérsia para se fixar o verdadeiro sentido das fundações públicas, é LUIZ FERNANDO COELHO quem oferece um posicionamento realmente satisfatório. Para o professor paranaense, o que distingue as fundações públicas das particulares não é a sua personalidade jurídica distinta, porém, o fato de o instituidor ser o próprio Estado, o qual, pelos meios adequados, vale dizer, por lei, destina parte do seu patrimônio à consecução de fins de interesse público, patrimônio esse associado ou não a patrimônio de origem privada. Em geral tais funda-

---

8 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundação — No Direito, na Administração, op. cit.*, p. 16.

9 FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro (12) p. 106, 1970.

ções são criadas em virtude de lei, o que não dispensa a observância das demais formalidades do direito civil<sup>10</sup>.

A propósito, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA recorda que foi na década de 40 que começaram a surgir estas novas fundações, datando o Decreto-Lei n.º 5.780, que cuidara da *Fundação Abrigo do Cristo Redentor*, de 19-8-43, e o de n.º 5.878, que tratara da *Fundação Brasil Central*, de 4-10-43. Seguiram-se outras como a *Fundação Rádio Mauá* (1945), *Fundação da Casa Popular* (1946). Na década de 50, foram criadas a *Fundação de Assistência aos Garimpeiros*, a *Fundação Serviço Especial de Saúde*. A partir de 1961, foi criada a *Fundação Universidade de Brasília*, e numerosas fundações de ensino e culturais<sup>11</sup>.

#### IV — Das Fundações instituídas pelo Estado

Especialistas em Direito Administrativo têm atribuído à indefinição do legislador, tanto na esfera federal quanto na estadual, a origem da controvérsia doutrinária para fixação da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Estado.

Criadas sob inspiração das fundações particulares, existentes há longo tempo e disciplinadas por preceitos do direito privado, as fundações do Estado têm concorrido para que os mais prestigiosos jusadministrativistas brasileiros se coloquem em campos diametralmente opostos, em face do problema.

Para alguns, por exemplo, esses órgãos são pessoas jurídicas de direito público, semelhantes, mesmo, às autarquias. Na opinião de outros, as suas características ajustam-se melhor com o que realizam entidades particulares, de acordo com a tradição civilística.

COTRIM NETO observa que já tivera ensejo de dedicar longo estudo ao tema, na sua obra *Direito Administrativo da Autarquia*, editada pela Freitas Bastos e há muito esgotada. Na oportunidade — diz — colocávamo-nos ao lado dos que entendiam — e já eram ponderável corrente — ser a fundação instituída pelo Estado uma genuína autarquia, e, como tal, uma pessoa jurídica de direito público. Aconteceu que a publicação desse nosso trabalho antecederia, de uns poucos meses, a edição do Decreto-Lei n.º 200/67, que deu revolucionária estrutura à organização administrativa da União, e, por via reflexa, de todo o país; ao mesmo tempo, esse importante diploma dicotomizou a Administração Pública em

10 COELHO, Luiz Fernando. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978, p. 113.

11 FERREIRA, Sérgio de Andréa. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, op. cit., p. 105.

ramos de Administração "direta" e "indireta", para esta última adotando tradução do alemão *mittelbar Staatsverwaltung*, lançado por ARNOLD KÜTTGEN, em artigo publicado em 1939, na revista *Verwaltungsarchiv*<sup>12</sup>.

Para HELY LOPES MEIRELLES, as fundações, como "universidade de bens personificados", sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, e sujeitas a todas as normas que regem as pessoas jurídicas de personalidade privada (Cód. Civil, arts., 16, n.º I, e 24 a 30). Essas fundações não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam, a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas. São e continuam sendo pessoas jurídicas de Direito Privado, sujeitas às normas civis das fundações (Cód. Civil, arts. 16, n. I e 24 e 30), mas destinadas a realizar finalidades de interesse público, sob o amparo e fiscalização permanentes do Estado<sup>13</sup>.

JOSÉ CRETELLA JUNIOR considera que, até agora, tem prevalecido a mentalidade privatística que equaciona e resolve os problemas do Direito Público em termos de Direito Privado, levando para o campo publicístico os próprios resultados alcançados no campo do Direito Privado. Chega-se ao cúmulo — diz — de racionalizar-se dentro dos esquemas do direito positivo, afirmando-se: o Código Civil só admite e só regula a Fundação de Direito Privado. Logo, como escapar a tão expresso pronunciamento? Se é fundação, é claro que será fundação de Direito Civil<sup>14</sup>.

Em estudo sobre fundações, PAULO F. ROCHA LAGOA explica que o Poder Público vem desenvolvendo largo número de funções até então atribuídas à administração indireta, preferindo-a às demais formas de pessoa jurídica pela sua inegável dose de maleabilidade, gerada por duas notas que lhe são próprias: 1) a personalidade jurídica de direito privado, ensejando a não-aplicabilidade dos princípios diretores dos órgãos públicos, sempre difíceis de manejar; 2) a ausência de estrutura interna legalmente fixada, o que permite adaptá-las às necessidades administrativas sempre que parecer necessário outorgar-lhes nova organização para melhor satisfazer sua finalidade<sup>15</sup>.

COTRIM NETO argumenta, ainda, que, seguindo a vereda aberta pelo Decreto-Lei n.º 200/67, um grande passo no aperfeiçoamento jurídico de nossa organização administrativa, chegaríamos logo a uma solução da

12 COTRIM NETO, A. B. Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público*, op. cit., p. 84.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 311 e 316.

14 CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 16.

15 ROCHA LAGOA, Paulo F., op. cit., p. 191.

problemática. Entretanto, por circunstâncias que não vêm ao caso considerar, tivemos a EC 1/69 e, na mesma oportunidade, o Decreto-Lei n.º 900/69. Dessa forma criou-se no sistema legal do Brasil um vazio jurídico, que vem tornando extremamente difícil discernir a natureza jurídica das fundações filiais do Estado, ao mesmo tempo em que gera problemas extremamente perturbadores e onerosos para a Administração Pública. Aliás, em vez de falarmos de vazio jurídico, melhor nos exprimiríamos dizendo que o Decreto-Lei n.º 900, de par com várias normas pertinentes ao serviço público — e onde se cogita de diversas espécies de fundações — criou um turbilhão de problemas jurídicos<sup>16</sup>.

Na opinião de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, depois da exclusão das fundações da Administração Indireta, por força do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 900 de 1969, elas se caracterizam como de Direito Privado, embora sujeitas ao controle público quando recebem auxílio ou subvenções do Poder Público<sup>17</sup>.

Com perspicácia, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que a fundação pública, isto é, a fundação que é pessoa de Direito Público, é espécie de gênero autarquia. Autarquia é uma forma específica da capacidade de Direito Público, capacidade de reger por si os próprios interesses embora estes respeitem também ao Estado. É expressão ampla que abrange todos os seres de Direito Público seres que prosseguem atividades de interesse estatal. Ser autárquico é consequência do caráter público de uma pessoa jurídica<sup>18</sup>.

São poucos os autores brasileiros que examinam o problema das fundações instituídas pelo Estado com segurança, clareza, objetividade. A maioria se perde em argumentos que não convencem nem traduzem a sua realidade.

COTRIM NETO cita com argúcia, vários precedentes criados pelo Governo Federal, na área das Universidades, em leis posteriores ao Decreto-Lei n.º 900/69, e dos quais resultaram órgãos sob os mais variados regimes jurídicos, como, por exemplo: *Autarquia de Regime Especial (UFR)*; *Fundação de Direito Privado* (Universidade de Brasília); *Fundação de Direito Público* (Universidade do Rio de Janeiro — UNIRIO — que substituiu a antiga Federação das Escolas Federais Isoladas do Estado do Rio de Janeiro — FEFIERJ), com enormes transtornos para

16 COTRIM NETO, A. B. *op. cit.*, pp. 84-85.

17 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 210.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Autarquias — Fundações Públicas e Fundações Privadas — Instituto e Estabelecimento — Fundação de Amparo à Pesquisa*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 399.

o Erário e dificuldades, no trato das questões salariais do magistério federal<sup>19</sup>.

As dúvidas e controvérsias entre os jusadministrativistas brasileiros, no estudo das fundações públicas, têm procedência, e são resultantes sobretudo das alterações introduzidas, em alguns artigos, do texto original do Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-1967, pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-1969.

De acordo com a redação daquele diploma legal, equiparavam-se às empresas públicas, para os efeitos da mesma lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem as suas finalidades (§ 2.º).

O Decreto-Lei n.º 900/69 foi taxativo ao estabelecer, no seu art. 2.º, letras *a* a *d*:

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 1/3 (um terço) do total;

*c*) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgãos da Administração Federal, direta e indireta;

*d*) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (arts. 24 e segs. do Código Civil).

Além disso, segundo o art. 3.º, do mesmo diploma legal, “passaram a não constituir 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 arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-67.

A exclusão das fundações, da categoria de órgãos da Administração Indireta, provocou, como não podia deixar de ser, uma grande confusão entre os estudiosos, ao se tentar a sua classificação como órgão da Admi-

---

19 COTRIM NETO, A. B. *Op. cit.*, p. 85.

nistração Pública. Depois do Decreto-Lei n.º 900/69 e de outras normas relativas ao serviço público, surge um outro Decreto-Lei, de n.º 86.212, de 15-7-81, estabelecendo restrições à criação, no âmbito federal, de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, dispondo, ao mesmo tempo, sobre o art. 172 do Decreto-Lei n.º 200/67.

A equiparação das fundações às empresas públicas — recorda LUIZ FERNANDO COELHO — permite inferir que o legislador, ao determiná-la, considerou aquelas como de Direito Privado, pois, em caso contrário, tê-las-ia equiparado às autarquias. Entretanto, na equiparação, justificou o emprego da expressão “fundação pública”, analogamente a “empresa pública”, que não é o mesmo que fundação de Direito Público, assim como “Empresa pública” não significa empresa de Direito Público: o termo público — explica — diz respeito aos fins de ambos os tipos de entidades e não à sua natureza jurídica. O legislador, ao optar posteriormente pela tese de natureza privada das fundações, deixou de considerá-las órgãos da Administração Indireta (art. 3.º — Decreto-Lei n.º 900/69). Em geral tais fundações são criadas em virtude de lei, o que não dispensa a observância das demais formalidades do Direito Civil. Nada impede que uma sociedade de economia mista ou empresa pública institua fundação, afetando uma parte dos seus bens a uma finalidade social<sup>20</sup>.

Quem se detiver na leitura da Constituição, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, verificará de pronto que o legislador, ao colocar as fundações fora do âmbito da Administração Indireta, estava, por lapso ocasional, permitindo o precedente das acumulações. Vejamos:

A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (§ 2.º, art. 99).

Cumprе ressaltar que a Constituição de 1967, ao abordar o assunto ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelecia os mesmos princípios, citados acima, omitindo também as fundações, dentre os órgãos passíveis de acumulação de cargos, funções ou empregos.

Acontece que, por conta disso, formaram-se duas correntes de opinião: para alguns, a acumulação em fundações, com base no dispositivo constitucional, era perfeitamente justificada; para outros, equiparadas as fundações às empresas públicas, embora apenas para os seus fins de acordo com o art. 4.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 200/67, essa prática teria que ser vedada.

---

20 COELHO, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 111.

Mais tarde, com base em parecer normativo do Consultor-Geral da República, homologado pelo Poder Executivo, e publicado no Diário Oficial da União, de 6 de junho de 1967, ficou resolvido que as fundações instituídas pelo Estado são entidades de natureza pública, não ficando "à margem, portanto, da regra proibitiva de acumulação".

Pelo Decreto-Lei n.º 900/69, as fundações públicas foram excluídas da categoria de entidades da Administração Indireta, revogando-se, ao mesmo tempo, a sua equiparação com empresas públicas.

Conhecido internacionalmente pela repercussão da sua obra MARCELLO CAETANO observa que, embora o termo *fundação* tenha entrado na terminologia jurídica corrente, levantam-se divergências na doutrina acerca do seu verdadeiro sentido e extensão. Uns definem a fundação como patrimônio, outros preferem ver nela essencialmente a idéia ou fim a atingir; alguns acentuam a importância do ato que destaca os bens da fundação do patrimônio do fundador, e outros não; há quem exija a perpetuidade entre as características da fundação, enquanto outros admitem a existência de Fundações temporárias; certos autores só concebem o fim a prosseguir como sendo de interesse público, ao passo que outros aceitam que seja de interesse particular; para muitos a fundação há-de ser sempre pessoa jurídica, para outros pode não ser...<sup>21</sup>.

O estudo das fundações ainda se insere entre os assuntos mais polémicos e controvertidos do Direito Administrativo Brasileiro. Para alguns autores, o Estado cometeu um equívoco ao rotulá-las como pessoas jurídicas de Direito Público, sobretudo porque era evidente que não disporia de meios suficientes para provê-las, nem de uma forma racional para administrá-las. A insegurança do legislador, nessa e em outras situações, vem dificultando, inclusive, a identificação da natureza da atividade que as mesmas realizam.

Além disso, as incertezas dos limites dos seus raios de ação conduzem à descoberta de características que se interpenetram, comuns, em alguns casos, ao que fazem as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, prevalecendo, assim, o ponto de vista de que os seus serviços estão em harmonia com o que fazem as primeiras, mesmo considerando o seu natural hibridismo jurídico.

As controvérsias jurídico-doutrinárias sobre as fundações instituídas pelo poder público felizmente já se dissiparam, agora, não só com a vigência da Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, mas sobretudo com preceitos ditados na Constituição de outubro de 1988.

De acordo com essas modificações, foi estabelecida uma modalidade especial de fundação — a *fundação pública*, até então sem característica

---

21 CAETANO, Marcello. *Das Fundações. Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa*. Lisboa, Edições Ática, 1962, pp. 7-8.

própria e perfil definido. Assim, a *fundação pública* pode ser criada, no momento, cumprindo-se, preliminarmente, as formalidades exigidas pelo Direito Civil, isto é, através de escritura pública de constituição e inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, obedecendo, nos demais aspectos, às normas de Direito Administrativo, próprias do órgão político máximo, a que estiver vinculada.

A Constituição de outubro de 1988 é, a propósito, categórica ao proibir “a acumulação de empregos e funções, que hoje abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 37 — XVII).

Também estabelece de forma explícita que “somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública” (art. 37 — XIX).

Nos termos do novo Estatuto Político, “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” (art. 37 — XX).

Como se sabe, pelo regime da Emenda Constitucional n.º 1/69, a proibição de acumular não alcançava as fundações. Com base no § 2.º, do art. 99, da mencionada Emenda Constitucional, “a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

A Lei n.º 7.596/87, em boa hora, altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, na forma seguinte:

“Art. 1.º — O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I — o inciso II do art. 4.º fica acrescido da seguinte alínea d, passado o atual § 1.º a parágrafo único, na forma abaixo:

“Art. 4.º .....

II — .....

d) fundações públicas.

Parágrafo único — As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

II — o artigo 5.º fica acrescido de um inciso e um parágrafo, a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e § 3.º, na forma abaixo:

“Art. 5.º — .....

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, 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.

.....

§ 3.º — 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.”

Art. 2.º — São classificadas como fundações públicas as fundações que passaram a integrar a Administração Federal Indireta, por força do disposto no § 2.º, do art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299, de 21 de novembro de 1986”.

Outro aspecto focalizado pela Lei n.º 7.596/87, de grande alcance, é o referente ao Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos das Universidades. Vejamos:

Art. 3.º — As universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia de fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente e para servidores técnicos e administrativos, aprovados em regulamento, pelo Poder Executivo, assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão funcional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor.

#### V — Da Administração Indireta

A intervenção do Estado não só para assistir certas empresas, mas para participar do processo econômico, em atividades atípicas, não se dá apenas no Brasil, é fato comum no mundo inteiro.

Com muita propriedade, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR considera o "Estado uma vasta usina de serviços públicos, cujo funcionamento deve ser ininterrupto e eficiente. Aos poucos, o volume das suas atividades foi crescente de tal modo que o centro (a Administração Direta) não conseguia desempenhá-los. Foi necessário "exportar", "transferir", "descentralizar" os serviços, retirando-os "do centro" e entregando-os à periferia"<sup>22</sup>.

Segundo COTRIM NETO, são múltiplas, com efeito as instituições de que o Estado se utiliza, em seus expedientes de Administração Indireta, isto é, da Administração que exorbita dos padrões clássicos, da chamada Administração Direta. E muitas delas advenientes do Direito Privado. Aten-tos simplesmente ao que se verifica no Brasil, observamos as mais desta-cadas espécies de entidades ancilares do Estado: a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista. E observamos, ainda, a fundação instituída pelo Estado, para atender a fins públicos<sup>23</sup>.

A presença da Administração Indireta não acontece só no serviço público federal. A sua atuação é também observada em cada um dos Estados-Membros e nos Municípios, como entidade pública ou privada, contando que seja criada por uma dessas três esferas administrativas, e não se confunda com a matriz que lhe deu nascimento.

É oportuno ressaltar que o que dá validade à prestação de serviço público por esses órgãos, seja por gestão originária ou, mesmo, por trans-formação, através de gestão derivada, é a existência de uma outorga expressa da pessoa jurídica pública política, com esse objetivo. Sob o aspecto formal, e considerando o que estabelece o Decreto-Lei n.º 200/67, com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 900/69, a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1986, que altera dispositivos dos dois Decretos-Leis acima, são órgãos da Administração Indireta as autarquias, as empresas públicas, as socieda-des de economia mista e as fundações públicas.

Segundo ensina THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, Administração Indireta é aquela que se exerce através de entidades autônomas, isto é, que têm estrutura administrativa própria, autonomia financeira e administrativa. Não se tem em vista somente a descentralização, mas uma espécie de descen-tralização, não se confrontando com aquela exercida através dos órgãos próprios de Administração Direta, e aquela que chamamos de funcional<sup>24</sup>.

Com acuidade, FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA sustenta que a descentralização ocorre basicamente, nos seguintes termos:

---

22 CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 4.

23 COTRIM NETO, A. B. *Autarquias e Empresas Públicas*. *Revista de Infor-mação Legislativa* (38). Brasília, Senado Federal. Ano X, pp. 27-28.

24 CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *op. cit.*, p. 187.

a) no interior das pessoas políticas pela multiplicidade dos seus órgãos e difusão da competência entre as autoridades, pelos critérios de hierarquia territorial ou da matéria — descentralização hierárquica, orgânica ou burocrática, ou mera desconcentração, como dizem os franceses;

b) externamente, por delegação das pessoas políticas e outras pessoas jurídicas ou naturais, mediante lei ou atos administrativos multilaterais ou unilaterais (convênios, contratos de concessão e atos de permissão de atividades administrativas e de uso de bens públicos);

c) pela criação de outras pessoas jurídicas, com capacidade de Direito Público, dando origem às autarquias<sup>25</sup>.

Se bem que o assunto relacionado com a descentralização e, mesmo, com a centralização não tenha tido no passado a repercussão dos dias atuais, PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUSA, o Visconde do Uruguai, pelos idos de 1862, e ao tempo de D. PEDRO II, já abordava o problema com segurança e naturalidade. Para ele, a centralização e a descentralização dependem muito das circunstâncias do país, da educação, hábitos de caráter nacional. Estas breves considerações — declara o Visconde do Uruguai — explicam porque a descentralização na Inglaterra e nos Estados Unidos não produz os inconvenientes que, levada ao mesmo ponto, infalivelmente produziria em outros países<sup>26</sup>.

## VI — Das Autarquias

Ninguém ignora que a descentralização já se tornou um dos problemas clássicos do Direito Administrativo, em vários países do mundo. Com base territorial, a princípio, e passando por etapas de evolução gradativa, chegou ao Estado Moderno mediante delegação de tarefas específicas, conferidas a determinados órgãos, pela necessidade de alargamento do âmbito de ação do poder público.

Em virtude da diversidade de serviços e da natureza técnica de alguns (hospitais, escolas, indústrias), não foi possível adotar um procedimento burocrático padronizado sobre o assunto, considerando que a descentralização, especialmente no Brasil, não correspondia no seu todo ao significado rigoroso do termo. Houve de fato muita confusão, pela dificuldade de se fixar o conteúdo da autonomia concedida que, em alguns casos, assumia

25 OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Sociedade, Estado e Administração Pública. *Revista de Direito Público* (74). São Paulo, *Revista dos Tribunais*, abr./jun. 1984, pp. 202-204.

26 SOUSA, Paulino José Soares de. (Visconde do Uruguai). *Ensaio sobre Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Tipografia Nacional, 1862, pp. 173-174.

contornos diferentes, agravando-se ainda mais, por causa da ausência da uniformidade da natureza do trabalho desempenhado pelos órgãos em questão.

Esses problemas não ocorreram apenas no Brasil. Eles foram enfrentados também na França, na Itália, na Argentina, Estados Unidos, Grã-Bretanha. Os franceses procuraram agrupar esses serviços, denominando-os de *établissements publics*, enquanto os italianos encontraram na expressão autarquia a que melhor traduzia o conjunto desses órgãos, beneficiados pela descentralização.

Foi um autor italiano, o Prof. SANTI ROMANO — recorda COTRIM NETO, que exercera a cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Roma, nas primeiras décadas deste século, e verdadeiro criador do conceito jurídico que viria ser consagrado em seu país, e, afinal, passaria ao Brasil — embora com nuances peculiares — e à América espanhola, no seu “Corso di Diritto Administrativo” — pp. 86/87, 3.<sup>a</sup> ed. CEDAM, Pádua, 1932: “a autarquia é uma forma específica da capacidade de Direito Público; mas concretamente é a capacidade de governar, por si, os próprios interesses aos quais não é estranha uma pessoa superior, o Estado. Ela se distingue da capacidade ordinária que toda pessoa normalmente tem de gerir por si os próprios negócios, exatamente porque aqui se trata de interesses aos quais não é estranha uma pessoa superior, o Estado, a quem poderia ele ser confiado, em abstrato, excluindo a autarquia.

Tais atributos correspondem a sujeitos auxiliares do Estado, não a todos, mas somente aos que exercitam funções públicas, no interesse próprio que seja igualmente público, dado ser a autarquia uma capacidade de direito público; conseqüentemente, esses atributos não se deferem aos que exercem funções públicas na qualidade de privados, sem um interesse próprio, como no caso dos que a tanto são obrigados ou dos que o desempenham pelo lucro, o que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade comercial assume a gestão de uma função pública”<sup>27</sup>.

O que caracteriza a Autarquia é a sua atuação como pessoa jurídica de Direito Público. Essa condição se harmoniza com os fins do Estado. Além disso, a sua importância avulta quando se identifica como órgão criado por ato do poder público, e com exercício de atividades que expressam a delegação que lhe foi conferida, pelo próprio Estado.

Na opinião de HELY LOPES MEIRELLES, as autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> COTRIM NETO, A. B., *op. cit.*, p. 30.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 282.

As autarquias são classificadas de várias formas, considerando-se sobretudo a natureza de suas atividades. Há autarquias econômicas: Instituto do Açúcar e do Alcool — IAA, Instituto do Mate; Instituto do Pinho; Autarquias de crédito: Caixa Econômica Federal; Autarquias de Previdência e Assistência e Seguro: Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões; Autarquias culturais: Universidades; Autarquias cuja finalidade é a organização, o controle e a disciplina de atividades profissionais: Ordem dos Advogados, Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura, etc.<sup>29</sup>.

O conceito positivo de autarquia hoje é estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 200/67. De acordo com o art. 5.º — deste diploma legal, considera-se:

1 — Autarquia — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Só se pode entender autarquia como órgão instituído por lei, com personalidade de direito público, inclusive com autonomia, a fim de que cumpra atividades, obrigatória e necessariamente inerentes ao próprio Estado.

A condição de entidade infra-estatal e de pessoa jurídica de direito público interno confere à autarquia privilégios estatais, independentemente de lei específica para cada caso, assim enumeradas:

— imunidade de imposto sobre o seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal);

— prescrição quinquenal de suas dívidas passivas, segundo prescreve o Decreto-Lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942;

— ação regressiva contra seus servidores quando forem obrigados a indenizar a terceiros por prejuízos por eles causados (art. 37, § 6.º, da Constituição em vigor).

## VII — *Das Empresas Públicas*

De acordo com especialistas, as empresas públicas são as mais avançadas organizações paraestatais (postas paralelamente ao lado do Estado, com um tipo de atuação quase estatal). Entre nós, são entidades dotadas

---

<sup>29</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1949, vol. IV, p. 141.

de personalidades jurídicas de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivamente da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (II, art. 5.º — Decreto-Lei n.º 200/67).

Segundo COTRIM NETO, sobre a chamada “empresa pública”, muito se teria de escrever e falar. Em primeiro lugar, se há de dizer que a expressão “empresa pública” não irradia idéia definida ou definitiva. Em segundo lugar, nenhum país — ao que seja de nosso conhecimento — até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, *stricto sensu*, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluiu o Brasil, que com o Decreto-Lei n.º 200, complementado e modificado em parte pelo Decreto-Lei n.º 900, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituíram entre nós; e o conceito legal, a par de elementos legais extravagantes mas pertinentes, à Administração Indireta, valem como um estatuto para a empresa pública nacional<sup>30</sup>.

Como salientam HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, as empresas públicas já mobilizam recursos vultosíssimos e atuam, não raro, em setores básicos da economia nacional, mas também no plano administrativo, pela multiplicidade de problemas que suscitam<sup>31</sup>.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ensina que a noção de empresa pública não é peculiar ao Direito Privado nem ao Direito Público. Por sua natureza especial, *sui generis*, ultrapassa os próprios quadros diferenciados do Direito Privado e do Direito Público para inserir-se num estado anterior descomprometido que antecede ambos os campos. Cabe à Teoria do Direito o conceito, *in genere*, da figura *juris* “empresa pública”. As atividades da empresa privada são sempre de natureza econômica e, em especial, industriais e comerciais, ao passo que as atividades da empresa pública podem objetivar não só atividades econômicas como também serviços públicos. De qualquer modo, pública ou privada, a empresa é uma organização para produção<sup>32</sup>.

No Brasil, a Empresa Pública surge, com padrão avançado de funcionamento, através do Instituto de Resseguros, no ano de 1939. Depois, vão sendo inauguradas outras, do porte da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda, Rio de Janeiro, 1941; a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942, seguindo-se a estas a Companhia de Alcalis, em 1943;

30 COTRIM NETO, A. B., *op. cit.*, pp. 33-34.

31 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran, *op. cit.*, p. 37.

32 CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 299.

a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946, num período correspondente ao Estado Novo, isto é, de 1937 a 1946, com o Presidente da República no exercício pleno dos Poderes do Congresso Nacional.

Com a redemocratização do País, na vigência da Constituição de 1946, novas empresas são criadas, através de lei aprovadas pelo Parlamento, e sancionadas pelo Presidente da República. Pela sua importância na vida econômica do País, salientam-se, dentre elas, a Petróleo Brasileiro S/A., hoje mundialmente conhecida pela sigla PETROBRAS, fundada em 1953, com um programa que se volta para a exploração do petróleo e derivados; a Rede Ferroviária S/A; de 1957, que agrupa as principais ferrovias da União; e a ELETROBRAS — Centrais Elétricas Brasileiras, fundada em 1961, figurando como empresa *holding* do sistema federal de eletricidade. Cumpre ressaltar, ainda, que a construção de Brasília, à época do Governo de JUSCELINO, esteve sob a responsabilidade de uma empresa pública, criada especialmente com esse objetivo, sob a forma de sociedade anônima, com capital totalmente subscrito pela União: a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil — NOVACAP.

A empresa pública, na nova Constituição, é amplamente analisada, do inciso I a XXI do art. 37, reportando-se os de n.ºs XVI, XVII, XIX, XX e XXI àquelas que exploram atividades econômicas. Com relação às empresas públicas que prestam serviços públicos, a Constituição de 88 reserva os incisos II, III, IV, VI, VII, XVI, XVII, XIX, XX e XXI e, ainda os §§ 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, do art. 37.

A definição de empresa pública consta do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/67, com a redação dos incisos II e III dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69:

II — empresa pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

#### VIII — *Das Sociedades de Economia Mista*

O Direito Positivo brasileiro define as sociedades de economia mista como entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, criadas por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedades anônimas, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta (III, art. 5.º — Decreto-Lei n.º 200/67).

Para JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, o Estado acionista, ao integrar a sociedade de economia mista, desce do pedestal privilegiado em que se encontra e, revestindo-se de traços privatísticos, fica sob o impacto das normas jurídicas do direito mercantil, sujeitando-se aos estatutos das sociedades anônimas comuns. Não se trata do Estado, síntese dos poderes soberanos, mas do Estado, sujeito de direito nas relações jurídico-privadas, o Estado como centro de imputações de direitos e deveres, o Estado particular, o Estado comerciante, o comerciante estatal, o empresário público <sup>33</sup>.

Segundo ensina THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, outra modalidade de administração indireta dos serviços públicos é aquela que consiste na participação do Estado como acionista ou sócio nas empresas, juntamente com o capital particular. É o que se tem denominado economia mista. É este, lembra o consagrado autor, um dos aspectos interessantes da intervenção do Estado porque se apresenta tomando uma forma peculiar às instituições de Direito Privado, dentro do qual pode melhor desenvolver as suas atividades sem peias inerentes à administração pública <sup>34</sup>.

Estudiosos do assunto consideram que a sociedade econômica mista pertence ao âmbito institucional da administração. Elas participam da vida econômica em geral. Analisadas sob a ótica do Direito Administrativo, o interesse pelo seu estudo cresce na medida em que possa exercer influência junto à entidade administrativa participante, e também em razão dos direitos sociais que lhe correspondem.

Alguns autores têm demonstrado dificuldade em explicar o verdadeiro sentido das sociedades de economia mista, embora muitos sustentem que a sua presença na vida administrativa do País signifique participação, lado a lado, de pessoas públicas e particulares, tomando parte na constituição de capital e, mesmo, na direção e gestão de suas atividades.

De acordo com ANDRÉ DE LAUBADÈRE, a sociedade de economia mista se assemelha à sociedade anônima na qual o Estado, ou qualquer outra coletividade pública é acionista ou obrigacionista <sup>35</sup>.

Outro grande jusadministrativista francês, GEORGES VEDEL, considera esse tipo especial de sociedade como aquela em que o Estado e as coletividades locais se associam para a consecução de interesses privados <sup>36</sup>.

---

33 CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 440.

34 CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *op. cit.*, p. 201.

35 LAUBADÈRE, André de. *Traité Elementaire de Droit Administratif*. 3ème ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, V. II, p. 602.

36 VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5 ème ed. Paris, Presses Universitaire de France, 1973, p. 832.

Na verdade, a sociedade de economia mista vem proliferando no Brasil, não só sob a responsabilidade do Governo Federal, mas com apoio dos Estados-Membros e dos Municípios.

É interessante notar que essas sociedades hoje do porte da PETROBRÁS, da Companhia Vale do Rio Doce, da Companhia Siderúrgica Nacional e de muitas outras foram, a princípio, empresas públicas, isto é, tiveram patrimônio próprio e capital exclusivo da União.

A nossa mais antiga sociedade de economia mista é o Banco do Brasil, fundado em 1808. Tem por objetivo fomentar a produção nacional e executar a política financeira e creditícia do governo federal. O Banco do Nordeste do Brasil também goza de grande prestígio, atuando na área composta pelos Estados do Piauí, Ceará, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Bahia e parte de Minas Gerais. Dentre outras sociedades de economia mista, salientam-se ainda o Banco de Crédito da Amazônia, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul, o Banco de Desenvolvimento de Pernambuco — BANDEPE.

A Constituição Federal estabelece os requisitos necessários para criação das sociedades de economia mista (art. 37, XIX). Além disso, ratifica termos da legislação anterior (Lei n.º 6.404/76, art. 237, § 1.º), estabelecendo os pressupostos para constituição de suas subsidiárias, bem como a participação das mesmas em qualquer empresa privada, tudo de acordo com o art. 37 — XX.

A sociedade de economia mista, repetimos, tem o seu conceito positivo definido no Decreto-Lei n.º 200/67, art. 5.º, com a redação dos incisos II e III dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69:

III — sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

## IX — Considerações finais

I — A Revolução Industrial e os seus reflexos, no mundo inteiro, contribuíram para que o homem descobrisse novas potencialidades e a certeza de que poderia a curto prazo mudar profunda e radicalmente a estrutura da sociedade.

II — Diante do aparecimento da máquina, o Estado, até então responsável pela mera fiscalização e controle das atividades individuais, amplia a sua área de ação, assumindo responsabilidades da exclusiva competência dos particulares: são mais serviços que se instalam, a agricultura e o comércio se expandem, crescem as relações de trabalho, indicando depois novos caminhos para uma administração descentralizada.

III — O Estado hipertrofia-se, é obrigado a intervir para socorrer certas empresas, com o propósito de participar do processo econômico, em atividades atípicas. Foi obrigado a “exportar”, “transferir”, “descentralizar” serviços.

IV — O Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, abriu novas perspectivas para a administração pública brasileira, definindo objetivamente atividades de órgãos, até então, com áreas de competência, de alguma forma, confusas. Infelizmente, leis posteriores, a exemplo do Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, e da Emenda Constitucional n.º 1/69 tornaram essa compreensão mais difícil, inclusive entre os especialistas.

V — Agora, com a nova Constituição, as controvérsias jurídico-doutrinárias foram felizmente dissipadas com relação aos órgãos da Administração Indireta, ficando esclarecido, definitivamente, o papel a ser exercido pelas fundações, através da Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, que altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 200/67, modificado pelo Decreto-Lei n.º 900/69, e pelo Decreto-Lei n.º 2.299/86.

#### *Bibliografia*

CAETANO, Marcello. *Das Fundações. Subsídios para a Interpretação e Reforma da Legislação Portuguesa*. Lisboa, Edições Ática, 1962.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 210.

COELHO, Luiz Fernando. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978.

———. *Fundações Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

COTRIM NETO, A. B. Autarquias e Empresas Públicas. *Revista de Informação Legislativa* n.º 38. Ano 10. Abr./jun. 1973. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, pp. 27-28.

———. Da Fundação Instituída pelo Estado — Uma Autarquia. *Revista de Direito Público* (74). São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. Ano 85.

———. *Direito Administrativo da Autarquia — Um Estudo Sobre Expedientes de Administração Indireta no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1966.

GRETELLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

———. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

- . *Dicionário de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- . *Fundações de Direito Público*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- ENCICLOPÉDIA BARSÁ. *Enciclopédia Britânica do Brasil*. Publicações Ltda. Vol. VIII. Rio de Janeiro/São Paulo, 1982.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- . As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara* (12). Rio de Janeiro, Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara. Set./dez. Ano IV — 1970.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 3 ème. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, V. II, 1955.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Autarquias — Fundações Públicas e Fundações Privadas — Instituto e Estabelecimento — Fundação de Amparo à Pesquisa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- MONTEIRO, Sarah Castelo Branco. As Sociedades de Economia Mista. *Revista de Ciência Política*. Out./dez. 1986.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 7ª ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- MUKAI, Toshio. A Empresa Pública na Nova Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abr./jul. 1989.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Estatais Perante a Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1989.
- ROCHA LAGOA, Paulo F. As Fundações Instituídas pelo Poder Público. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, de 11 a 16 de julho de 1976. Niterói, Imprensa Oficial, 1978.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale Di Diritto Administrativo*. Nápoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1953.
- SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. *Fundação — no Direito, na Administração*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5ª ème. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1973.
- WIGNY, Pierre. *Droit Administratif — Principes Généraux*. Bruxelles, Éditions Bruylant, 1958.