

REGIME JURÍDICO DOS BENS DA FUNDAÇÃO UnirG EM GURUPI -TO

Raniere Fernandes Moura¹

Vágmo Pereira Batista²

RESUMO

Este ensaio trata do regime jurídico aplicável aos bens da Fundação UnirG. Para isso, foram abordados os critérios utilizados para definição do que são bens públicos, isto é, o critério civil ou subjetivo e o critério funcionalista ou objetivo. Feitas essas abordagens, determinou-se o regime jurídico dos bens da referida fundação, criada em 1985 e pertencente à administração indireta do município de Gurupi. Delimitado o regime aplicável extraíram-se os respectivos atributos, bem como as sujeições impostas pelo ordenamento jurídico (Leis e Constituição Federal) e as possíveis consequências para com as normas que violem tais preceitos. A abordagem, com características exploratórias, foi realizada com base em vários métodos que se complementaram, a exemplo do dedutivo, histórico

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UnirG. E-mail: raniere_fm@hotmail.com

² Professor Esp. em Direito Civil e Direito Administrativo do Centro Universitário UnirG

e documental. Concluiu-se que os bens imóveis da Fundação UnirG, que são essenciais e imprescindíveis ao exercício de sua atividade, não podem ser objeto de ônus real.

Palavras-chave: Fundação UnirG. Regime Jurídico. Bens Públicos.

JURIDICAL REGIMENTAL OF PROPERTIES BELONGING TO UnirG FOUNDATION IN GURUPI-TO

ABSTRACT

This investigation deals with the juridical regimental applicable to those properties of UNIRG foundation. With this goal in mind, criteria utilized to define what public properties are, that is, the civil or subjective criteria and the functionalist or objective, were approached. Once these approaches were considered, we determined the juridical regimental of those properties of the above mentioned foundation created in 1985 and belonging to the indirect administration of the town of Gurupi. Once the applicable regimental was defined, the respective attributes, as well as the subjections imposed by the juridical order (law and federal constitution) and the possible consequences with the norms violating such precepts were determined. The approach with exploratory characteristics was carried out based in various complementary methods, for instance, the deductive, historical and documental. It was concluded that the properties of UnirG foundation, which are essential and mandatory to the exercise of its activity, cannot be a source of real taxes.

Key-words: UnirG Foundation. Juridical Regimental. Public Properties.

1 INTRODUÇÃO

Não é simples entender o direito, conquanto haja de ser um fenômeno complexo. Para dominá-lo não basta saber, pois só o saber não é capaz de gerar uma vontade de entrega, uma doação, uma rendição total ao direito, é preciso para tanto também amá-lo, com diz o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele. (FERRAZ JUNIOR, 1991, p. 25).

Nesse sentido, também não é simples entender as teorias existentes quanto aos bens públicos e quanto às fundações públicas, pois, de acordo com os estudiosos da área, seriam temas polêmicos. E abordá-los sob a ótica da Fundação UnirG, criada pelo município de Gurupi, estado do Tocantins, com o precípua fim de prestação de educação de nível superior, em nada facilita o acesso ao tema tendo em vista as situações a seguir expostas.

A problemática se estabelece por conta da mudança na personalidade jurídica dessa entidade. Primeiro, em seu nascedouro, era pública (Lei Municipal nº 611/85).

Após, foi extinta, criando-se outra entidade com personalidade privada e que assumiu os bens da antecessora (Lei Municipal nº 1.538/03). Na sequência, revogada esta última lei, repriminaram a Lei nº 611/85, mas, dessa vez com a personalidade jurídica alterada para a de direito privado (Lei Municipal nº 1.566/03). E, por fim, retornou-se à personalidade de direito público (Lei Municipal nº 1.699/2007).

Tais mudanças, *a priori*, poderiam afetar o respectivo regime dos seus bens. Em virtude disso, no ínterim entre a personalidade jurídica de direito privado e direito público, o legislador municipal editou lei autorizando ônus real sobre bens imóveis da Fundação.

Poderia o poder público dar em garantia bem da Fundação UnirG, mesmo tendo esta personalidade privada? E o retorno à personalidade pública faz permanecer essa garantia? Essas são as principais indagações respondidas no decorrer deste trabalho, uma vez que, conforme exposto por Floriano de Azevedo Marques Neto: “[...] nada como a pesquisa e a reflexão para demonstrar o quanto as certezas mais sólidas se desmancham diante do estudo mais detido” (2009, p. 24).

2 MÉTODO

A pesquisa foi realizada por meio de busca na doutrina, livros, códigos comentados e teses de estudiosos nacionais, jurisprudências afins, principalmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e artigos científicos disponibilizados em sites de pesquisa como Google e Diretonet.

Utilizou-se a técnica de análise de conteúdo. Num primeiro momento procedeu-se à coleta dos dados e informações. Feitos os devidos fichamentos e resumos, por último, as discussões e os resultados apresentados organizadamente.

Considerando o pouco ou nenhum estudo anterior a respeito do tema proposto, a abordagem foi realizada com base em vários métodos que se complementaram, a exemplo do exploratório, dedutivo e histórico, mas teve na pesquisa documental mais acentuada utilização.

3 REGIME JURÍDICO DOS BENS DA FUNDAÇÃO UnirG

Para se definir o regime jurídico aplicável aos bens da Fundação UnirG, exige-se o passar pelo crivo de duas considerações: a) a personalidade jurídica dessa entidade;

b) e a finalidade a que seus bens se prestam.

O primeiro baseia-se no critério civil, também chamado de subjetivo, defendido por autores como Hely Lopes Meirelles (2011) e por José dos Santos Carvalho Filho (2009). Estampado no artigo 98 do Código Civil Brasileiro (CCB) vigente (2002), serão “[...] públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os demais são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Por esse critério, à Fundação UnirG, caso tenha personalidade pública, serão aplicadas as regras referentes aos bens públicos, e se privada lhe serão, em tese, atribuídas determinadas características dos bens particulares (critério civil-subjetivo). Ainda por essa acepção que estipula o domínio, a Fundação UnirG deve ser estudada em três momentos distintos, marcos estes reputados como *divisores de águas* na definição do seu regime jurídico administrativo, quais sejam: a.1) a personalidade jurídica de direito público que inicialmente detinha; a.2) a mudança para personalidade jurídica de direito privado; e a.3) o retorno à personalidade jurídica de direito

público. Essas demarcações, como já dito, justificam a estrutura deste artigo.

Como principal aliado nessa descoberta, foi de grande valia também a concepção funcionalista, o chamado critério funcional, também denominado objetivo, encabeçado pelos autores Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2010). Por tal acepção, devem ser considerados também bens públicos aqueles que, mesmo pertencendo a pessoas privadas, são essenciais e indispensáveis ao exercício de uma função de interesse geral praticada pelo poder público.

O funcional baseia-se, portanto, no emprego dos bens a uma utilidade pública (critério objetivo), o que ajuda bastante a corrigir algumas impropriedades causadas pelo critério civilista.

3.1 QUANDO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO - LEI MUNICIPAL Nº 611/85.

A Fundação UnirG foi criada pela Lei 611/85 sob a denominação Fundação Educacional de Gurupi (FEG), tendo como patrimônio inicial o valor de Cr\$ 10.000.000 (Dez milhões de cruzeiros) destinados a sua manutenção durante aquele mesmo ano (art. 3º).

Apesar de, naquele período, as discussões a respeito da natureza de entidades como a FEG não terem sido tão debatidas e difundidas como hoje o são, pode-se enquadrá-la na categoria das entidades detentoras de personalidade jurídica de direito público por ter tido a criação efetuada “diretamente pela lei” e não meramente “autorizada a sua criação”, como ocorre com as entidades de direito privado da administração pública indireta.

Daí que seus bens seriam públicos e, portanto, a ela se aplicariam os atributos específicos dos bens assim considerados. Até mesmo porque, com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, tal aplicação ficaria ainda mais confirmada, razão pela qual os princípios basilares do direito administrativo – supremacia do interesse público sobre o particular (prerrogativas) e indisponibilidade do interesse público (sujeições) – se mostraram com mais intensidade, mesmo que implícitos na Carta Magna.

Tais prerrogativas (privilégios tributários e processuais) e sujeições (por exemplo, concurso público e licitação), decorrência das normas e regras específicas aplicadas à Administração Pública, condensadas

no corpo do documento mais importante da República tendo, inclusive, capítulo próprio, exigiram uma maior proteção aos bens das pessoas públicas utilizados na consecução de interesses da coletividade. Portanto, são atributos especiais dos bens públicos a inalienabilidade, impenhorabilidade, não-onerosidade e imprescritibilidade.

3.1.1 Inalienabilidade Relativa

Esta corresponde a não liberalidade do administrador sobre os bens públicos. Mas, a inalienabilidade não é atributo absoluto, daí alguns, como Carvalho Filho (2009, p. 1084), o denominarem “inalienabilidade relativa” ou “alienabilidade condicionada”, porquanto, desde que preenchidas as condições legais, é possível alienar o bem público. Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre a necessidade de desafetação do bem para que possa sofrer a “[...] alienabilidade nos termos da lei” (2010, p. 915-916).

Sabe-se que são três as categorias de bens públicos das pessoas jurídicas de direito público: os de uso comum do povo; os de uso especial; e os dominicais (CCB, 2002, art. 99, incisos I, II e III). Dessas categorias de bens públicos, são

inalienáveis as duas primeiras enquanto mantiverem essa qualificação (CCB, 2002 art. 100). São classificados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011), como “bens de domínio público do Estado”.

São bens públicos de uso comum do povo os que se destinam à fruição geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais, distritais ou municipais. Di Pietro (2011) preceitua que eles são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo. Já os bens de uso especial são aqueles destinados ao uso por parte da administração na consecução de suas finalidades, tais quais os imóveis utilizados como repartição pública e os veículos, móveis, como meio de transporte oficial.

Por conseguinte, caso retirada a condição de uso comum ou especial, ou seja, desafetados, estes se tornariam pertencentes à categoria de bens dominicais, classificados como “bens de domínio privado do Estado”, e por não possuírem destinação pública específica poderão ser aplicados pelo poder público para obtenção de renda - ex.: terras devolutas, terrenos da marinha, móveis inservíveis e imóveis não utilizados (DI PIETRO, 2011).

Sendo assim, caso um bem imóvel da Fundação UnirG não estivesse sendo utilizado, poderia ser objeto de alienação na forma prescrita em lei (por exemplo, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia), vez que desafetado, portanto bem público dominical (CCB, 2002, art. 101).

Em contrapartida, se o imóvel estiver no uso das atividades precípuas da entidade, tais quais os prédios utilizados para ministrar aulas, abrigar a biblioteca ou outras atividades de apoio administrativo indispensáveis, tais como secretaria, coordenações e tesouraria, são eles inalienáveis, pois da categoria bens de uso especial.

Resta enfatizar que os demais atributos específicos dos bens públicos são decorrentes desta inalienabilidade ou alienabilidade condicionada.

3.12 Impenhorabilidade

Essa segunda norma, de acordo Carvalho Filho, tem como objetivo a proteção dos bens públicos da penhora, que compreende “[...] ato de natureza constritiva que, no processo, recai sobre bens do devedor para propiciar a satisfação do credor no caso de não cumprimento da obrigação” (2009, p. 1086). Tal medida

de alienação, ordinária aos bens particulares se admitidos para os bens públicos, seria o mesmo que de nada valer o atributo da inalienabilidade antes exposto.

A considerar que se atendidos os requisitos legais, excepcionalmente os bens públicos podem sofrer transferência, não seria razoável que o juiz pudesse, no caso de penhora, aliená-los livremente.

A complementar, em mesmo sentido, Bandeira de Mello expõe que: “[...] bens públicos não podem ser penhorados. Isto é uma consequência do disposto no art. 100 da Constituição. Com efeito, de acordo com ele, há uma forma específica de satisfação de créditos o Poder Público inadimplente”. (2010, p. 916).

Essa forma de satisfação é a estabelecida no texto constitucional como forma especial execução, a garantia do credor Fazenda Pública não é diretamente os bens públicos, mas o denominado regime de precatórios, pelo qual o judiciário recomenda ao executivo que introduza o crédito em ordem cronológica para ulterior pagamento. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2009).

E, finalmente, a impenhorabilidade é atributo aplicável a todos os bens das pessoas de direito

público, ou seja, os de uso comum, os de uso especial e os dominicais. Alguns defendem a penhorabilidade desses últimos, mas não há respaldo no ordenamento jurídico para tanto, pelo contrário, não perpassa o princípio da garantia dos bens públicos.

3.13 Impossibilidade de Oneração

A não-onerabilidade ocorre quando determinado bem não está sujeito a gravames de direitos reais sobre coisa alheia. Por isso, onerar um bem traduz reservá-lo à garantia, que é o meio pelo qual o credor se precavém contra o devedor de quaisquer riscos que a transação possa acarretar. São eles o penhor, a hipoteca e a anticrese. (CCB, 2002, art. 1.419).

Não reside hesitação no que tange serem os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial impossibilitados de sofrerem ônus real, pois conforme prescreve a segunda parte do artigo 1.420 do CCB (2002) “[...] só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca” e como corroborado, de acordo o artigo 100 do mencionado diploma, esses bens afetados a um fim público são inalienáveis.

Indagações surgem quanto aos bens dominicais (CCB, 2002, art. 99, inciso III). Duas correntes formaram-se: uma entende não ser plausível a onerabilidade em virtude da impenhorabilidade desses bens, a outra defende que, se efetuada, seria uma espécie de execução forçada contra a Fazenda Pública.

A primeira corrente possui como principais adeptos Hely Lopes Meirelles (2011) e José dos Santos Carvalho Filho (2009). Estes defendem que, por ter a atual Carta Magna obstado a impenhorabilidade dos bens públicos estabelecendo regime próprio de satisfação dos credores contra a Fazenda Pública, seria inconciliável a execução direta da penhora, própria dos direitos reais, com o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

A impenhorabilidade, decorrente da previsão do sistema de precatórios (CF, 1988, art. 100), é um dos motivos para justificar a não incidência da oneração sobre os bens dominicais. Mas outra razão assiste aos sectários dessa corrente (CARVALHO FILHO, 2009), qual seja a de que só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese (CCB, 2002, art. 1.420 primeira parte).

Entende-se, com essa corrente, que a redação do artigo 1.420 do Código

Civil é relativa à pessoa do agente público, portanto, não pode ele, administrador, onerar o bem para garantir débito próprio.

Em posição contrária, Seabra Fagundes (1984) afirma que poderia haver a onerabilidade somente dos bens dominicais, pois são facultativamente alienáveis, e se o Estado consente em estabelecer penhor ou hipoteca em benefício de credor seu, abre mão da inalienabilidade reconhecida aos seus bens.

Ao perfilhar essa segunda corrente, a obra de Marques Neto (2009), voltada exclusivamente a este tema, possui fortes argumentos de encontro às razões abordadas pelos que não admitem ônus sobre bens dominicais.

Numa interpretação teleológica sobre o dispositivo constitucional (CF, 1988, art. 100), assevera Marques Neto que ele possui dupla finalidade, são elas: a) evitar a desorganização das finanças públicas ou impedir uma alienação de bens à livre escolha do credor; e b) efetivar a aplicação dos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia (proibindo o deferimento de privilégios no

recebimento de créditos contra o poder público)³.

Em suma, não afrontaria a Constituição Federal a oneração de um bem alienável como garantia real de um débito. Ademais, como último argumento, o Código Civil contempla duas situações de oneração de bens públicos que não os dominicais.

A primeira prevê a possibilidade de hipotecar as “estradas de ferro” (CCB, 2002, art. 1.473, inciso IV), apesar de estabelecer algumas regras especiais que fogem às gerais para a hipoteca, como, por exemplo, vedação a obstar a exploração do serviço, respeito ao estado e tempo de execução e permitindo ao titular do serviço remir a estrada de ferro (CCB,

³ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto “a disponibilização do bem em garantia, pressupõe-se, é antecedida por uma decisão do poder público (e não do credor), amparada em lei permissiva. Portanto, a oneração não acarretaria nem em desorganização das finanças públicas (pois, mesmo sob a luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, os débitos originados de operação de créditos devem estar previstos e consolidados nas leis orçamentárias), nem em uma alienação de bens ao alvedrio do credor, já que os bens dados em garantia estariam previamente consagrados a esta finalidade.

Nem haveria afronta à isonomia e à moralidade, resguardadas pela regra do artigo 100 da CF. A satisfação do crédito de um credor com garantia real é distinta da do credor quirografário. Enquanto o credor quirografário (detentor de uma garantia real), ao assumir o crédito, sabe de antemão da condição privilegiada (o que, presume-se, foi condição para aceitar contratar com o poder público), o credor comum, quirografário, aceita contratar sem garantia real alguma, estando, pois, sujeito à regra geral dos precatórios.” (2009, p. 300-301)

2002, arts. 1.530, 1.504 e 1.505, respectivamente).

A segunda é a possibilidade de serem objeto de hipoteca “[...] as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos”, todos recursos naturais (CCB, 2002, arts 1.230 c.c. 1.473), inegavelmente bens públicos enumerados no texto constitucional. (CF, 1988, art. 20, incisos IX, VIII e X). Tem-se, então, que não é pacífica a aplicabilidade do atributo específico da impossibilidade de oneração a todos os bens públicos, pois sobre os dominicais existem aqueles que, com contundentes opiniões, pendem para o possível oferecimento desses bens em garantia.

3.1.4 Imprescritibilidade

Para que os bens públicos, móveis ou imóveis, não se sujeitem à prescrição aquisitiva, a imprescritibilidade traz regras no sentido de que independentemente da destinação do bem, se do domínio privado do Estado ou do domínio público do Estado, não podem ser adquiridos via usucapião. (CCB, 2002, art. 102).

Tal atributo, tamanha a sua importância, ganhou destaque,

inclusive, no texto constitucional. Com o fito e tornar mais clara ainda esta regra, o Supremo Tribunal Federal (STF) deixou assente via Súmula nº 340 o seguinte: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Por fim, tem-se que todos esses atributos servem para garantir a preservação dos bens públicos, e para a Fundação UnirG, na condição de pessoa de direito público, lograr êxito no desempenho de seus serviços, necessário se faz que estejam seus bens revestidos dessas prerrogativas.

3.2 QUANDO PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO: LEI MUNICIPAL Nº 1.566/03

Com a mudança do nome e da personalidade jurídica da Fundação em 2003, passando respectivamente de FEG para UnirG e de pública para privada, mais atribuições lhe foram cometidas além da criação, manutenção e funcionamento de cursos superiores, tida originariamente da edição da Lei Municipal nº 611/85 e sobre o regime jurídico de seus bens incidiram alterações.

No que tange à ampliação de atribuições, a nova redação do artigo 1º dada pela Lei 1.566/03 estabelece

objetivos específicos “de natureza cultural, científica e educacional”. Tais objetivos configuram serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, pois tanto o poder público, quanto o particular são titulares em decorrência de previsão constitucional. São, também, denominados serviços não privativos. Exemplos de outros serviços dessa natureza, além da educação, são os de saúde e previdência social.

Quanto ao regime sobre os seus bens quando detentora de personalidade pública, sob o critério subjetivo como visto, seus bens eram públicos (CCB, 2002, art. 98), e por isso sobre eles aplicavam-se os atributos estudados. Com a mudança da personalidade para privada, aqueles não continuariam sendo públicos pelo critério civil.

Tem-se, no caso, uma parcela do patrimônio público municipal que assumiu personalidade jurídica própria e foi destinada ao desempenho de uma atividade de interesse coletivo prevista na lei, qual seja, educação (cultura e pesquisa). Sobre isso, pertinente colocação é a de Marques Neto que, ao tratar dos bens das fundações, consigna que o destacamento de parcela do patrimônio público para instituição de

uma entidade da administração indireta, que é a fundação pública, implicaria não numa desafetação para alienação e sim numa alienação para uma afetação específica e que se confunde com a própria personalidade jurídica do ente, seria o que ele denomina de “[...] personificação da afetação” (2009, p. 168).

Portanto, as fundações instituídas pelo poder público, sejam de direito público ou de direito privado, nada mais são que bens afetados, os quais foram personalizados para a consecução de uma atividade de interesse público. A Fundação UnirG, apesar de a lei ter alterado a sua personalidade jurídica, não o fez também com o seu objetivo precípua e, conseqüentemente, seus bens prosseguiram servindo à prestação de uma utilidade pública, logo, pela acepção funcionalista, seus bens continuaram sendo públicos.

Há aqueles que, em sentido contrário, desprezam o critério funcionalista, e asseveram que as pessoas jurídicas de direito privado da administração pública indireta tem sobre os seus bens um regime privado, podendo incidir sobre eles toda e qualquer norma civilista. Outros, em mesmo diapasão, ao tratar das fundações de direito privado, ainda

afirmam que, com base no parágrafo único do art. 99 do Código Civil, os bens de tais fundações são dominicais quando a lei não dispuser em contrário e, por isso, passíveis de alienação na forma do artigo 101 do mesmo diploma.

Não se pode considerar como passíveis de alienação mesmo que com rigores da lei, todo e qualquer bem da fundação de direito privado. A despeito do Código Civil afirmar que quando a lei não dispuser em contrário considera-os dominicais. Mesmo que a lei da UnirG não tenha disposto em contrário, seria desarrazoado considerar todos os seus bens como dominicais, vez que todos estão sendo utilizados na prestação de serviço público, ou seja, estão afetados, devendo ser considerados de uso especial mesmo que de pessoa privada.

Até porque, desnaturada seria, a possibilidade de entidade administrativa, mesmo que com personalidade privada, assumir um patrimônio de forma livre, adotando um regime privado diante de uma finalidade pública. Portanto, nada mais justo que a aplicação de maior proteção aos seus bens, inclusive como garantia para administração

responsável e do cumprimento de seus deveres.

Aliás, muitos são os doutrinadores que assim consideram sobre os bens utilizados por pessoas privadas não integrantes da administração na prestação de um serviço público, tais como as concessionárias e permissionárias. Nesse sentido, existem vários julgados no Superior Tribunal de Justiça nesse sentido⁴.

Por conseguinte, se aplicáveis proteções características dos bens públicos aos de empresa privada prestadora de serviço público para preservação da continuidade do

⁴ Ementa: Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Polo passivo ocupado por concessionária de serviço público. Penhora de imóveis. Substituição de "imóveis por veículos. impossibilidade. razoabilidade. Art. 678 DO CPC. 1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei nº 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC. 2. Por isso, esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem afetados à consecução de atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. Essa lógica aplica às empresas privadas que concessionárias ou permissionárias de serviço público (como ocorre no caso). Precedentes. 3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar a penhora. 4. Agravo regimental não provido." (STJ. AgRg no REsp 1070735/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento: 18.11.2008, DJe: 15.12.2008, grifado).

serviço público, com mais razão ainda deve ser aplicado aos de pessoas privadas que compõem a administração pública e executam tais serviços, como é o caso da Fundação UnirG.

Mesmo assim, ao alvedrio do princípio da continuidade e da acepção funcionalista, o legislador municipal editou a Lei nº 1.573/04⁵ que autorizou o Prefeito a constituir ônus real sobre bens imóveis da Fundação UnirG (nominada erroneamente como FEG no dispositivo). O ônus real decorre do direito real de garantia, este segundo Maria Helena Diniz, (2010), configura aquele que vincula diretamente ao poder do credor determinada coisa do devedor, assegurando a satisfação de seu crédito se inadimplente o devedor.

Ora, se os bens da Fundação, pelo critério objetivo, não de ser públicos, sobre eles incidem os atributos específicos da alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, impossibilidade de oneração e imprescritibilidade. Aliás, na hipoteca (espécie de direito real ordinariamente

utilizada para bens imóveis), para sua validade e eficácia, é mister o preenchimento de requisitos de natureza objetiva, subjetiva e formal, que no caso não poderão ser todos satisfeitos em virtude daqueles atributos conferidos aos bens públicos.

Ao tratar dos requisitos objetivos, Diniz (2010) diz ser indispensável a possibilidade de alienação do bem. Portanto, não poderão ser hipotecados, por estarem fora do comércio, os bens públicos de uso comum e de uso especial, pois os dominicais poderão ser alienados mediante autorização legislativa.

A rigor, inexistente consenso na doutrina quanto à possibilidade dos bens dominicais poderem sofrer algum ônus real, mas certo é que somente os bens suscetíveis de alienação é que podem ser dados em garantia real, de modo que serão nulas as garantias reais que recaírem sobre bens gravados de inalienabilidade.

Como o serão se efetuadas sobre os bens imóveis da Fundação UnirG, arrolados no anexo único da Lei nº 1.573/04, pois eram todos afetados à prestação de serviços públicos, com áreas construídas e utilizadas nas atividades fins, portanto, não passíveis de serem oferecidos em garantia.

⁵ Art. 1º. Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal autorizado a constituir ônus real sobre bens imóveis do patrimônio da Fundação Educacional de Gurupi – FEG, identificados no Anexo Único desta Lei, **para constituir garantia em financiamento** junto ao Banco do Brasil S.A, Agência de Gurupi-TO, para construção do Campus Universitário. (GURUPI. Lei nº 1.573, de 12 de janeiro de 2004).

Ao cuidar dos requisitos subjetivos da hipoteca, a mesma autora assevera que “Esse direito real requer a capacidade de alienar do devedor” (DINIZ, 2010, p. 565), o que não se vislumbra para os imóveis da Fundação identificados na lei, pois ao não preencherem o requisito objetivo – de poderem ser alienados –, como consequência não há também quem detenha essa capacidade.

Também inconstitucional a Lei nº 1.573/04, pois como a impossibilidade de oneração decorre a impenhorabilidade que tem guarida constitucional no artigo 100 da CF/88, referente ao sistema de precatório, a autorização do ônus viola a Lei Maior.

Finalmente verifica-se que mesmo com personalidade privada, a Fundação UNIRG, os bens imóveis da dela, que são essenciais e imprescindíveis ao exercício de sua atividade, qual seja, num serviço público não exclusivo, educação, não podem ser objeto de ônus real.

Caso então dados em garantia os referidos bens imóveis, dos quais o poder público municipal não poderia ajusta-los, haveria desvio jurídico nessa estipulação, portanto, nula de pleno direito e que não poderia ensejar os efeitos normalmente extraídos desse tipo de garantia. O credor teria

que se sujeitar ao regime previsto no mandamento do citado artigo 100 da Carta em vigor, isto é, o regime de precatórios.

3.3 QUANDO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO: LEI Nº 1.699/07.

Em 2007, a Fundação volta a ter personalidade jurídica pública por meio da Lei nº 1.699, que alterou novamente a redação do o art. 1º da Lei nº 611/85. Mesma Lei municipal também afirmou que seria essa entidade fundacional regida por estatuto próprio, pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional em vigor, possuindo o mesmo regramento dispensado às autarquias.

Verifica-se que tal mudança corrobora o entendimento de que o regime jurídico aplicável aos bens das fundações públicas deve ser o de direito público, independentemente da personalidade jurídica assumida, pois seus bens se prestam sempre a atividades de interesse público, sendo eles indispensáveis à prestação do serviço.

O legislador municipal se preocupou em manter o ônus indevido⁶, mesmo com a mudança de

⁶ Art.4º. Fica mantido o disposto na Lei Municipal nº 1.573/04, de janeiro de 2004, que autorizou o Chefe

personalidade. Poder-se-ia argumentar a tese do ato jurídico perfeito (artigo 6º, § 1º da LINDB), que consiste no ato “[...] já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido” (DINIZ, 2010, p. 8), ocorre que o ato é originário de uma lei inválida, portanto não se aperfeiçoou.

Nunca é demais afirmar que no caso de o poder público ter estabelecido os bens imóveis da Fundação como garantia em financiamento, esta é nula, e em eventual inadimplência o credor terá de submeter ao regime de precatório. Isso se justifica porque o procedimento de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública demanda uma forma diferenciada daquela existente para a execução contra o particular. Também se costuma afirmar que a especialidade do procedimento está relacionada ao princípio da continuidade do serviço público, já que os bens não poderiam ser afastados de sua utilização pública, sob pena de

prejuízo da coletividade. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2011).

Pode-se entender de todo o exposto que, quando da volta da personalidade de direito público, se mantém as mesmas características dos bens da fundação inicialmente detidos desde sua criação no ano de 1985, incidindo os atributos da inalienabilidade relativa, impenhorabilidade, impossibilidade de oneração e imprescritibilidade.

4 CONCLUSÃO

Em suma, os critérios de delimitação aplicáveis aos bens públicos, tanto o civil (considera o sujeito detentor do domínio) quanto o funcionalista (considera o objeto a que o bem serve), se aplicados isoladamente não correspondem, em termos práticos, ao que o regime de direito público necessita. Devem, portanto, tais acepções, para proteger os bens imprescindíveis ao bem comum, serem aplicadas conjuntamente.

A doutrina majoritária e jurisprudência predominante, inclusive o STF, entendem poder existir fundações governamentais tanto de direito privado quanto de direito público, tanto que a Fundação UnirG assumiu essas duas personalidades e

do Poder Executivo Municipal a constituir ônus real sobre bens imóveis da FUNDAÇÃO UNIRG a fim de garantir o financiamento contraído junto ao Banco do Brasil S/A, agência desta cidade, para construção do seu Campus Universitário. (GURUPI. Lei nº 1.699, de 11 de julho de 2007, grifado)

regimes jurídicos possíveis, híbrido e integralmente público.

Ocorre que, o “regime aplicável aos seus bens” merece um tratamento de integralmente público, independente da personalidade e do regime da entidade, pois a fundação pública nada mais é que uma personificação de uma afetação, ou seja, pelo critério funcionalista, são públicos por perseguirem uma finalidade de interesse social, sendo essenciais e indispensáveis à prestação do serviço público ao qual a lei lhe incumbiu.

Por isso, a Lei nº 1.573/07, editada a época da personalidade privada da Fundação, é inconstitucional por violar a

impenhorabilidade e a não-onerabilidade, atributos específicos dos bens públicos, decorrentes do comando normativo do artigo 100 da Constituição Federal, em que se institui o sistema de precatório para os créditos contra a Fazenda Pública.

A lei que autoriza o chefe do poder executivo municipal a estabelecer ônus real sobre bens imóveis afetados é nula. Logo, o acessório segue a mesma sorte, vale dizer, também é nula a hipoteca feita sobre esses mesmos bens públicos da Fundação UnirG, que se prestam a uma utilidade coletiva, qual seja, a consecução de sua atividade fim de pesquisa, cultura e educação.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Sairava, 2010.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Atlas, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GURUPI. *Lei n° 611, de 15 de fevereiro de 1985*. Cria a Fundação Educacional de Gurupi, e dá outras providências.

_____. *Lei n° 1.538, de 05 de setembro de 2003*. Extingue a Fundação Educacional de Gurupi (FEG) e autoriza o Chefe do Poder Executivo a Criar a Fundação Regional de Gurupi (UNIRG) e adotar as medidas necessárias para sua implantação.

_____. *Lei n° 1.566, de 18 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a revogação da Lei n° 1.538 de 05.09.2003; Repristinação da Lei n° 611, de 15.02.1985 e transformação da Fundação Educacional de Gurupi – FEG em Fundação – UNIRG e dá outras providências.

_____. *Lei n° 1.573, de 12 de janeiro de 2004*. Autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a constituir ônus real sobre bens imóveis do patrimônio da Fundação Educacional de Gurupi – FEG e dá outras providências.

_____. *Lei n° 1.699, de 11 de julho de 2007*. Altera o art. 1° da Lei Municipal n° 611, de 15 de fevereiro de 1985 e dá outras providências.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1070735/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento: 18.11.2008, DJe: 15.12.2008.

Recebido em: 10 jul. 2012
Aprovado em: 04 dez. 2012