FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO — REGISTRO DOS ATOS CONSTITUTIVOS — CONTRÔLE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

— As entidades oficiais resultam da lei e dos regulamentos que lhes dão vida, deflindo a publicidade ou o seu conhecimento comum da promulgação do ato legislativo e seus consectários.

— As contas das fundações de direito público refogem do contrôle do Ministério Público, para enquadrar-se no âmbito das atribuições do Tribunal de Contas.

PARECER

Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo:

1. Em atenção ao pedido formulado por intermédio do Dr. Rafael Ribeiro da Silva, procedi a minucioso estudo da situação jurídica da "Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo", notadamente quanto às duas questões seguintes: *a*) a necessidade ou não de registro da entidade, *ad instar* do que ocorre com as fundações de direito privado; *b*) a sua situação jurídica perante o Ministério Público, no concernente à fiscalização de suas atividades econômico-financeiras.

O problema das fundações, constituídas por fôrça de lei para atendimento de finalidade de caráter público, tem dado lugar, ùltimamente, a algumas dúvidas e equívocos que, infelizmente, já repercutiram em decisões do Poder Judiciário. Tão forte e natural é a ten-

dência para resolver-se a questão da natureza jurídica de tais entes à luz do direito privado que as soluções de cunho civilista têm encontrado guarida até mesmo entre cultores do direito constitucional e administrativo. Por tais motivos, o assunto não pode ser considerado tranqüilo, embora já tenha a prevalecer o entendimento acertado de que, uma vez assente o caráter público do "patrimônio personalizado", deve êste reger-se por normas próprias, inadequadas que se revelam os preceitos da lei civil.

O curioso é que só recentemente, por falhas interpretações do chamado "direito autárquico", é que surgiram dúvidas maiores a respeito da matéria, pois grandes jurisconsultos do passado, como Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida e João Mendes Júnior, — atendendo, muito justamente, mais ao objetivo final de tais entidades do que à sua forma ou estrutura, — não vacilaram em situá-las no plano do direito público.

2. Para demonstrar a procedência dessa minha assertiva, limito-me a invocar o que se relaciona com o mais antigo dos nossos institutos universitários, a Faculdade de Direito de São Paulo, que desde os primórdios da vida republicana surge como "fundação de direito público", havendo mesmo quem remonte tal caracterização ao tempo do Império, sem que jamais alguém se tenha lembrado de exigir-lhe prova de registro civil ou a subordinação aos órgãos do Ministério Público, para atuar como "pessoa jurídica", na livre administração de seu patrimônio.

Em bem fundamentado e preciso Parecer, o ilustre professor Honório Monteiro já teve ocasião de pronunciar-se sôbre êsse assunto, que pode ser considerado o precedente-padrão na matéria ora examinada, mostrando que pelo menos a partir de 1891 a Faculdade de Direito passou a ser uma "fundação oficial".

Apreciando as conseqüências jurídicas do aparecimento de uma fundação dessa natureza, o eminente mestre João Mendes Júnior, em relatório elaborado em 1911, na qualidade de diretor das Arcadas, após tecer considerações sôbre a instituição, concluía:

"7º Que a personalidade jurídica dos institutos de ensino não lhes tira o caráter de fundações criadas e mantidas pela administração pública, e, portanto, não os subordina como as fundações a que se refere a Ord. L. I, tít. 62, ao Juízo da Provedoria ou à verificação judiciária de contas, quer nas jurisdições estaduais, quer na jurisdição federal;

8º Que o diretor dos institutos, segundo as regras estabelecidas desde os decretos de 8 de outubro de 1828, 16 de dezembro de 1830 e outros, prestará as suas contas ao Ministério de Justiça e Negócios Interiores, segundo os regulamentos e instruções da respectiva Contadoria. (*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* vol. 20, páginas 333 e seguintes).

Tal situação jamais sofreu alteração, como acentua Honório Monteiro, que lembra, por exemplo, que o Decreto nº 11.530, de 18 de março de 1915, assim como as leis posteriores, sempre consagraram o caráter público da referida fundação de ensino, subordinada exclusivamente ao Ministério da Justiça, assim concluindo:

"Fundação de direito público ou oficial, criada pela União e transferida ao Estado com êsse caráter tem patrimônio próprio que administra pelo seu diretor e Conselho Técnico Administrativo sob a superintendência do Estado. Não se rege pelos preceitos do Código Civil relativos às fundações privadas; norteiam-lhe a vida leis e regulamentos próprios.

Por isso mesmo, em lugar de competir ao Ministério Público velar pela sua administração e tomar as contas de seus administradores, como ocorre com as fundações de direito privado, a Faculdade presta as suas contas administrativamente ao Estado segundo as re-

gras da contabilidade fiscal. É o Estado que fixa e determina as taxas e emolumentos a serem cobrados pela Faculdade; é o Estado que lhes dá aplicação dentro da finalidade para que a fundação foi criada. A Faculdade, pelo seu diretor, e demais órgão em que se desdobra a sua administração, arrecada as taxas e emolumentos, satisfaz as despesas que, por lei, devem correr pela sua Tesouraria e incorpora o saldo eventual ao seu patrimônio inalienável, de tudo prestando contas ao Estado".

Com êsse ponto de vista está, aliás, acorde o pensamento de Clóvis Beviláqua que, ao referir-se às fundações criadas pelo Estado para fins de instrução pública superior e secundária, não as reduz ao plano das fundações de direito privado, ou *verbis*:

"Êsses institutos de ensino são *fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou*, e administradas pelos respectivos diretores, de acôrdo com as Congregações e sob a inspeção do Conselho Superior do Ensino e do Ministro dos Negócios Interiores (Código Civil, comentado, volume I, págs. 232, com. ao art. 24).

3. Razão alguma existe para abandonar-se essa tese, para fazer prevalecer, anacrônicamente, a *forma extrínseca* (o fato de uma entidade de caráter público assumir a roupagem ou a estrutura das fundações de que cogita o Código Civil) sôbre a *substância* ou a *essência* da entidade, caracterizável à vista e em função dos objetivos sociais que lhe dão nascimento e legitimam as suas atividades autônomas de ordem pública.

Como já tive a ocasião de acentuar em meu livro "Nos quadrantes do direito positivo", uma das características do Estado contemporâneo, exatamente em virtude de suas crescentes atribuições econômicas e culturais, é a transformação de sua primitiva estrutura, assente antes apenas em referências político-geográficas (União, Estados e Municípios) para assumir outras duas dimensões: a *grupalista*, à medida que as entidades sindicais vão se revestindo de funções pública (ou contratos coletivos de trabalho válidos para tôda a categoria atestam isso) e a *autárquica*, à medida que determinados serviços públicos se tornam autônomos ou então surgem desde o início como "corpos autônomos", revestidos das formas dos entes corporativos privados, civis ou comerciais.

É claro que estou tomando aqui o têrmo *autárquico* na sua acepção genérica, abrangendo tôdas as espécies de autonomização dos serviços públicos, desde as "autarquias" pròpriamente ditas às entidades parestatais, às "fundações de direito público", tôdas modalidades ou graus diversos de um único fenômeno, que é o da potenciação dos meios de agir do Estado em nossos dias.

Ainda é vacilante e incerta a terminologia nessa complexa matéria, o que se explica pela natureza fluída dos conceitos que vão sendo modelados ao calor vivo da experiência, máxime no Brasil onde alguns órgãos autárquicos sofreram rápida deterioração, pelo mau vêzo das "equiparações" de direitos e vantagens de seus servidores aos vigentes na esfera da administração direta, sob a distorção de influência da política imediatista.

Em linhas gerais poder-se-ia aceitar o têrmo "autarquia" em duas acepções, uma lata ou genérica, e outra estrita, correspondendo esta, pròpriamente, à estrutura autônoma de um serviço público caracterizada não só por ter personalidade jurídica, patrimônio e orçamento próprios, com independência de ação, mas também por subordinar-se à *tutela* ou ao *contrôle* de um órgão administrativo, para o qual cabem, salvo disposições em contrário, os chamados "recursos hierárquicos impróprios". (Nesse sentido, Miguel Reale, op. cit., págs. 163 e segs. e 161 e segs., e respectiva bibliografia).

Tem-se querido reservar a denominação de "parestatais" para tôdas as en-

tidades que não reúnem tôdas as características de "autarquia" *estrito senso*, abrangendo, assim, as sociedades de economia mista, as fundações, etc.

Não é demais observar que o têrmo *parestatal* se presta a duas interpretações diametralmente opostas, segundo o ângulo por que se considera o assunto e se interpreta o prefixo grego "para". Segundo alguns, a parestatalidade seria própria de certas *instituições privadas* (note-se) que estão "junto ao Estado", ou são "paralelas ao Estado", pelo fato de receberem delegação estatal para exercer certas funções de interêsse coletivo. Ao contrário, as autarquias seriam instituições de caráter público, como órgãos autônomos da administração mesma.

Com êsse raciocínio perde-se de vista que as autarquias não se confundem com a personalidade jurídica do Estado, nem se confundem com a administração estatal, mas constituem *personalidades jurídicas distintas*: a personalidade jurídica da autarquia desenvolve-se também "junto à", "paralela à" personalidade jurídica do Estado, sendo, sob êsse prisma particular, também *pára*-estatal. Assim é que há "autarquias federais, estaduais ou municipais", cuja personalidade *coexiste com* a personalidade da União, dos Estados e dos Municípios.

Na realidade, a personalidade do Estado, embora distinta das autarquias e das entidades parestatais, etc., *envolve-as* no que toca aos assuntos que ultrapassam e condicionam as fronteiras da autonomia", o que explica, por exemplo, a figura da tutela administrativa e a existência de recursos hierárquicos impróprios.

5. O que existe no domínio do direito autárquico é uma *gradação de autonomias*, através de uma multiplicidade ou de uma gama de entidades tendentes a dar plasticidade à ação do Estado, quer isolada, quer em conexão com a atividade privada, e, outrossim, através de diversos "esquemas jurídicos", modelados às vêzes segundo as categorias plásticas do direito civil.

Considerando a questão sob os prismas aqui lembrados, parece-me perfeitamente procedente o ponto de vista daqueles que consideram *parestatais* não as "entidades privadas" revestidas de munus público, mas antes aquêles entes autárquicos que mais se achegam à pessoa jurídica do Estado, atuando *como se fôssem o próprio Estado*, com menor índice de autonomia, até ao ponto de serem os seus servidores *funcionários públicos*.

Mas, abstração feita dessa questão terminológica, ligada ao prefixo *para*, na qual entra sempre larga margem de convenção, conforme o ponto de vista adotado, o importante é reconhecer que, na escala gradativa das entidades autárquicas (*lato senso*), não pode prevalecer a tese relativa ao *caráter jurídico privado* das fundações oficiais, das sociedades de economia mista ou das emprêsas públicas. A *regra*, ao contrário, é a publicidade de tais entidades, o que não quer dizer, absolutamente, que consagrado êste critério, ficariam equiparadas aos órgãos de administração direta, com os privilégios, por exemplo, de fôro privativo ou a subordinação de seus servidores às normas estatutárias do funcionalismo civil.

Diga-se, de passagem, que nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma *fundação de natureza privada*, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de caráter "não governamental". Está no poder do legislador fazê-lo. Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interêsse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, *de maneira expressa*, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidade de sua constituição.

quer quanto ao processo de sua fiscalização.

Há casos em que, não obstante haver formalidades civis, a fundação não pode ser rigorosamente considerada uma entidade civil. É a hipótese, por exemplo, da Fundação Universidade de Brasília, cujo Conselho Diretor é nomeado pelo Presidente da República, renovando-se cada dois anos pela metade, mediante escolha presidencial em lista tríplice (Cf. Lei nº 3.998, de 15 de dezembro de 1961 e Decreto nº 500, de 15 de janeiro de 1962). Dificilmente se pode conceber como sendo de caráter privado uma entidade que tem a sua *gestão financeira subordinada à apreciação final do Tribunal de Contas da União,* nos têrmos da Lei nº 4.024, de 17 de dezembro de 1961, artigo 21, § 1º, tal como estatui o Decreto nº 500, art. 22, § 2º.

Aliás, a expressão "não governamental", inserida no art. 4º do Decreto nº 500, que instituiu a Universidade de Brasília, não é bastante para privá-la de seu caráter de *pessoa de direito público,* cuja configuração não se reduz ao padrão da pessoa jurídica estatal, mas assume expressões múltiplas.

Compreende-se o louvável intuito dos que procuram recusar caráter público a entidades outras que não as "autárquicas" especificamente consideradas: é o receio de que por serem públicas, acabe o legislador por contaminá-las com equiparações indevidas, convertendo-as, aos poucos, em corpos burocratizados, tal como se deu com os órgãos autárquicos...

Considerá-las de direito privado será, porém, paravento frágil para conter a ventania demagógica da "estatização" que varre o País: melhor será trabalhar no sentido de infundir-se no espírito de nossos legisladores a consciência dos objetivos de plasticidade e de rendimentos que se têm em vista quando a ação do Estado se amolda às categorias conceituais do direito privado, visando-se infundir-lhe o espírito inovador e mais fecundo da "livre-emprêsa".

Parece-me, pois, acertado distinguir no vasto gênero das pessoas jurídicas de direito público, além das espécies já conhecidas, duas outras, distintas segundo nelas prevaleça a "estrutra" pública ou privada, muito embora sem perda, é claro, de seu caráter público.

A caracterização privatista que se pretende conferir a entidades como as sociedades de economia mista põe problemas insolúveis, como seja, por exemplo, o de explicar a possibilidade de *ação popular* contra os seus diretores (Constituição, art. 141, § 38) a sua possível subordinação a órgãos administrativos, na forma da lei que as instituir; o cabimento de mandado de segurança contra violações de direitos líquidos e certos perpetrados por seus dirigentes; a caracterização penal dos crimes de seus servidores ou contra o seu patrimônio, à luz dos princípios e normas penais vigentes na esfera da administração pública etc.

Para evitar tais dificuldades e absurdos, a que nos levaria uma sistemática jurídica fundada em pressupostos puramente privatistas, melhor será, portanto, reconhecer que as sociedades de economia mista, as emprêsas públicas e as fundações oficiais (*qualquer que seja o seu conteúdo, ou objetivo, cultural, econômico, técnico ou assistencial*) constituem, no vasto gênero das "autarquias" ou, se quiserem, dos "entes públicos autônomos não territoriais", uma classe "a se", a das "autarquias de tipo privado", ou "de estrutura privada".

É nesse sentido que se desenvolve a doutrina italiana mais recente, como resulta dêsse passo de Renato Alessi:

"d) Infine, in relazione alla sfera di diritto in cui si manifesta prevalentemente la loro azione, gli enti pubblici possono essere distinti in enti "con prevalente capacità di diritto pubblico, ed enti con prevalente capacità di diritto privado". Questa distinzione è dovuta alla tendenza moderna a configurare sempre più largamente enti pubblici aventi un'attività fondamentale regolata dal diritto privato ed è importante in

relazione alla tendenza, per ora accennata ma meritevole di essere assecondata, del diritto positivo, a fare della categoria degli enti pubblici aventi una attività svolgentesi fondamentalmente nel campo del diritto privato, una categoria di enti pubblici sottoposti ad un regime tale da presentare più meno spiccate deviazioni dal regime normale delle persone giuridiche pubbliche." (Cfr. Renato Alessi, *Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1953, pág. 57; Cfr. também De Francesco, *Persone* giuridiche pubbliche, pág. 25).

6. Manda, por conseguinte, a prudência que, ao invés de contentarmo-nos com classificações abstratas, se atente à gênese, à estrutura e aos objetivos de cada entidade.

Pois bem, se examinarmos a "Fundação de amparo à pesquisa" à luz de seus objetivos, entra pelos olhos o seu caráter iniludivelmente público, a começar pelo assento legal que lhe dá origem, o art. 123 da Constituição de São Paulo, que reza:

"Art. 123. O amparo à pesquisa científica será propiciado pelo Estado, por intermédio de uma fundação, organizada em moldes que forem estabelecidos por lei.

Parágrafo único. Anualmente o Estado atribuirá a essa fundação, como renda especial de sua privativa administração, quantia não inferior a meio por cento do total da sua receita ordinária".

O simples fato de prever-se, obrigatòriamente, num texto constitucional, tão alta dotação percentual da receita ordinária do Estado para determinado ente, já revela que a Fundação projetada não se destina à consecução de fins privados, mas visa à realização permanente de um serviço que ultrapassa as possibilidades ou o campo de interêsse das iniciativas particulares, consciente que estava o legislador constituinte da imprescindibilidade de intervenção oficial no domínio das pesquisas desinteressadas, das que não se resumem a atender a reclamos imediatos da aplicação técnico-industrial.

Por outro lado, da Lei nº 5.918, de 18 de outubro de 1960, resulta claramente a subordinação direta da fundação ao Govêrno do Estado, o qual indicará *livremente* 6 (seis) dos 12 (doze) administradores da entidade, procedendo à escolha dos restantes em listas tríplices, uma organizada pela Universidade, outra por Institutos de Ensino Superior e de Pesquisas, oficiais ou particulares (art. 7º). Cabe ao Govêrno ainda a escolha do Presidente e Vice-Presidente da Fundação (art. 10).

Além disso, qualquer modificação estatutária dependerá de aprovação do Executivo estadual (art. 8º, I), assim como todos os membros do Conselho Técnico-Administrativo são de nomeação governamental.

Ora, uma entidade com tais características não pode senão ser reputada "pessoa de direito público", subordinada aos preceitos da lei que determinou a sua instituição, assim como do regulamento que vier a ser expedido.

O fato, por exemplo, de ficarem os seus servidores sujeitos ao regime da legislação trabalhista, — o que não é apenas louvável, mas imprescindível, — não basta, porém, para tirar-lhe a qualidade de "fundação de direito público", o que se explica pelo tipo ou estrutura privada que o legislador julgou de bom alvitre emprestar-lhe.

Assim sendo, as contas da Fundação em aprêço refogem do contrôle do Ministério Público, para enquadrar-se, pròpriamente, no âmbito das atribuições do Tribunal de Contas do Estado, como, aliás, já foi reconhecido por êste colendo órgão, conforme decisão tomada a 7 de abril último.

7. Pergunta-se se é imprescindível a inscrição dos atos constitutivos da Fundação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para adquirir "personalidade jurídica".

Parece-me que não. As entidades oficiais resultam da lei e dos regulamentos que lhes dão vida, defluindo a publicidade ou o seu conhecimento comum

da promulgação do ato legislativo e seus consectários.

Às vêzes, o legislador prevê o registro dos atos constitutivos das entidades, sejam elas *autarquias, fundações* ou *associações,* mas tal exigência não é essencial, mas de caráter facultativo, e, a meu ver, *redundante,* brotada, como já antes salientei, do receio de que tais corpos autônomos possam se "burocratizar".

Assim, por exemplo, reza a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961) em seu artigo 81 e seguinte:

"Art. 81. As universidades serão constituídas sob a forma de *autarquias, fundações* ou *associações.* A inscrição do ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas será precedida de autorização por decreto do Govêrno federal ou estadual".

Ora, se o registro exigido em tais casos, — de valor puramente formal, — tivesse a virtude de tornar *civis* os referidos entes, forçoso seria reconhecer que o mesmo aconteceria com as "autarquias" das quais cogita também o *caput* do art. 81...

Na realidade, êsse curioso registro civil de "autarquias" e "fundações oficiais" etc. está a demonstrar a que descaminhos podemos ser levados quando deixamos a via ampla e necessária dos princípios gerais que governam e discriminam os conceitos, as categorias e os esquemas sistemáticos que fazem do direito um *lucidus ordo.*

Mas o preceito citado da Lei de Diretrizes e Bases só se refere às Universidades, sem merecer consagração e aplausos em outros setores da atividade do Estado.

Em conclusão, quer parecer-me fora de dúvida que a "Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo" é uma pessoa jurídica de direito público, embora de tipo ou modêlo privado, não sujeita às normas do Código Civil, mas sim à lei e aos regulamentos baixados pelo Estado.

Esperando ter dado, assim, desempenho à honrosa incumbência que me foi conferida, apresento ao ilustre Reitor os meus cordiais cumprimentos.

São Paulo, 18 de maio de 1962. — *Miguel Reale,* Prof. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.