

## REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO \*

*As fundações no Brasil e o seu regime jurídico. Alguns exemplos de fundações de fins públicos no Brasil. Fundação Brasil Central. Privilégio e tutela administrativa. Fundação Paranaense de Colonização e Imigração. Fundação Universidade de Brasília. Fundação Educacional do Estado do Paraná. Fundação Getúlio Vargas. Fundação Nacional do Índio. Fundação Teatro Guaíra. A opção do poder público. Unidade na pluralidade. As diferentes formas de execução dos serviços públicos. O Código Civil e o direito administrativo. Aplicabilidade da norma privada no direito administrativo. Conclusão.*

Doutrinadores de todos os espaços políticos, enfatizam a Administração como uma atividade prática, caracterizada sempre de imediatismo em relação aos fins do Estado.

Tomada no sentido de organização ou de sistema orgânico, a Administração pública se constitui de um complexo de movimentos que se completam na ordem institucional e administrativa. Já afirmamos que o problema dos meios e dos fins não é um problema só fundamental para a filosofia política: também é fundamental para a filosofia jurídica e o Direito Administrativo.<sup>1</sup>

Apresenta-se, o problema, sob dois aspectos:

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>1</sup> Sobre a natureza dessa atividade já manifestamos nosso pensamento no estudo Introdução à teoria do órgão no direito administrativo. (Ver RDA — 98/17 e RDP — 9/27.)

- a) diz respeito a um processo para a consecução de um fim; e
- b) se informa através do elemento pelo qual o Estado possa atender às necessidades gerais.

No entanto, bem observada a Administração nos seus movimentos, para que os fins correspondam aos meios, ou os meios se identifiquem com os fins, o problema se coloca na *prática administrativa*.

Qual, porém, o fim a que se destina o Estado? O que é mais essencial para o corpo político? O que pretendem, como finalidade última, as sociedades políticas?

A resposta para a filosofia jurídica estaria possivelmente na consecução do *bem comum*.

Mas para se atingir êsse *bem comum*, os instrumentos do Estado são aquêles instrumentos capazes de unir na divisão, de somar nas diferenças, de integrar num todo as partes componentes, de harmonizar porções, tendo em mira axiomas de comportamento administrativo.<sup>2</sup>

Na verdade, quanto mais complexa a organização política do Estado, menos se liberta êle da necessidade de racionalizar as suas técnicas, de estabelecer processos adequados aos fins pretendidos ou de se organizar em acôrdo com a lei científica da divisão do trabalho administrativo.

Para isso, sem fugir da sua estrutura constitucional, não só cria como reconhece, a existência de órgãos, subórgãos, órgãos auxiliares e organismos vários, que integrados funcionam como seres independentes, dependentes ou interdependentes, dentro de regime jurídico e princípios normativos coordenados de Administração.

O objetivo real não é outro que aquêle hoje aceito e consagrado: o da racionalização do Estado e do poder, o da racionalização dos meios para a efetivação dos serviços públicos, o da racionalização dos métodos no exercício da atividade administrativa.

Em harmonia com esta orientação, nexos indissolúveis ligam a Administração pública à estrutura do Estado, nascendo desta íntima conexão uma recíproca interdependência, sem que se possa esquecer que a legitimidade da ação administrativa obedece às regras do ordenamento jurídico ou às normas do regime jurídico institucional.<sup>3</sup>

O estudo destas relações que se instituem entre os atos do poder público e a vontade administrativa na esfera privada, concorrem para determinar a posição das *fundações* no âmbito da organização estatal sem que os conflitos doutrinários possam negar a evidência de fenômenos normativos no plano do regime jurídico vigente.

Como é notório, de fato, as *fundações* não escapam da influência das *leis nacionais*, tais são as normas que lhe devem ser peculiares e

<sup>2</sup> Op. cit., p. 23-31.

<sup>3</sup> GUELLI, Vincenzo. O regime político. *A pluralidade dos ordenamentos e condições de sua coexistência*, p. 21-2.

correlatas, não cabendo à doutrina criar formas novas de estrutura fora ou além dos regimes jurídicos institucionais.

Um dos maiores erros que mais tem contribuído para a incorreta compreensão do Direito Público, está na confusão em que frequentemente cai a doutrina quanto aos elementos que atuam na formação das diferentes disciplinas, inclusive no Direito Administrativo.

Uma coisa, com efeito, é o Direito Público, outra o Direito Administrativo na sua autonomia: a intervenção ou participação do Estado, com direito próprio, depende da forma por que essa intervenção ou participação venha a ter lugar no regime jurídico vigente.

Axiológico se torna, pelo que é indiscutível, que existem diferentes maneiras de o Estado atuar, sem que os meios de processo privado sejam meios proibidos, ou sem que o Direito Privado não possa inspirar a Administração nos seus propósitos públicos.

Seja, porém, como fôr, o indiscutível é que entre as maneiras diferentes de atuar, o Estado encontra nas *fundações* um instrumento cujo significado transcende limitações desnecessárias ou condições privatísticas, procurando assim meios, processos e critérios variáveis para a obtenção de resultados administrativos.

1. *As fundações no Brasil e o seu regime jurídico.* No que concerne ao ato administrativo, ou seja o ato emanado pelo Governo no exercício do poder administrativo, as *fundações* aparecem no Brasil sob aspectos diferentes de eficácia jurídica, não obstante o princípio informador da organização do Estado.

Não é de agora que a Administração no Brasil se vincula por atos administrativos às *fundações* no âmbito do ordenamento jurídico, de legitimidade e não puramente arbitrário na determinação dos meios e dos fins.

Da juridicidade do *fim* parte a Administração, fixando em lei a atividade administrativa fundacional, obediente às regras técnicas que a determinação do *fim* implicitamente individualiza.

O valor de semelhante vinculação não passou aqui e lá fora despercebido aos teóricos do Direito Público, os quais no definir a categoria dos *entes públicos* incluíram as *fundações*.

Contra êsse equívoco é que nos insurgimos, pois ainda que as *fundações* gravitem em tórno a um fenômeno associativo estatal, jamais é possível desmerecer a importância das relações objetivas que se verificam entre Estado e regime jurídico.

Colocando em relêvo a importância dessas relações os *fins administrativos* são por sua vez *meios* com respeito ao *fim* do próprio Estado, cuja interferência ou intervenção não desnatura os fenômenos normativos e nem desconsidera o complexo do ordenamento jurídico.

Exemplos já clássicos, são as *fundações* no direito brasileiro: as normas pelas quais foram e estão sendo intituídas não são normas

dotadas de subjetividade jurídica, mas sim normas de natureza peculiar a órgãos que o Estado cria com a intenção clara de fins, propósitos, interesses e convicção não contrária à lei instituidora.

Eliminados, porém, os equívocos, o problema da controvérsia doutrinária não se pode resolver senão mediante uma rápida investigação histórica dirigida a acertar na realidade a doutrina com a lei, o fenómeno *fundação* com o ordenamento jurídico.

Pode dar-se que, a doutrina tipificando os entes públicos numa extensão ilimitada, queira singularizar posições não singulares ou justificadamente impor formas que valorizando o Direito Público absorvam as regras de Direito Privado.

É oportuno, no entanto, advertir que as fundações de fins públicos no Brasil sempre se apresentaram na problemática estatal, sob os mesmos aspectos jurídicos e conceituais. Para não ser assim, seria necessário que a doutrina, ainda antes do Estado, fôsse a vontade ou a lei, o fato ou o regime jurídico, o conteúdo ou a natureza do ato administrativo.

Será êsse o assunto dos parágrafos imediatos num resumo co-ordenado de algumas idéias fundamentais que orientaram o pensamento legislativo no regime jurídico brasileiro.

2. *Alguns exemplos de fundações de fins públicos no Brasil.* Nas fundações, tipicamente brasileiras, concomitante com a vontade do instituidor interessa o que foi por êle visado, o *fim* de administração que por êle foi também fixado.

O *fim* será o elemento característico central, propulsor do organismo institucionalizado, num entendimento que Hauriou tão bem desenvolveu na sua *teoria da instituição*.<sup>4</sup>

Mas só a determinação do *fim*, como é intuitivo, como conceito primeiro e mais geral, não basta porque antes do objetivo se faz necessária uma distinção fundamental. Genêricamente a consecução de todos os fins previstos assentam na *vontade instituidora* que é quem pode dizer como será formada a personalidade jurídica do novo ente jurídico.

A imposição de uma vontade superior dando atributos específicos a qualquer *ente jurídico*, exterioriza uma ação de vontade refletida e potencialmente firmada na legislação corrente.

O caráter de *fundação* manifesta-se, pois, no regime brasileiro ainda tradicional, de um lado no poder instituidor e de outro lado na sua dependência do que pretende o Estado.

Quando o Estado, em concreto, aceita o procedimento legal privado e impõe determinados fins a serem assumidos, em realidade é fora de dúvida que está definindo a espécie fundacional.

<sup>4</sup> Ver HAURIUO. *Précis de droit constitutionnel*, p. 75-6.

Não são as fundações, face o regime brasileiro, ordenamentos jurídicos autônomos que se contraponham à unidade do direito nacional naquilo que êle pode regular e autolimitar.

A validade desta posição se comprova logicamente em alguns entes como a Fundação Brasil Central, instituída pelo Decreto-lei n.º 5.878, de 4 de outubro de 1943.

E de outros entes exemplificados pela Fundação Paranaense de Colonização e Imigração, Fundação Educacional do Estado do Paraná e Fundação Universidade de Brasília.

Não só estas fundações de momento enumeradas estudaremos, pois outras existem e permanecem existindo numa variedade de fins, e dentro de critério expressional do sistema institucional vigente.

3. *Fundação Brasil Central: Fundação Governamental.* Quando surgiu a Fundação Brasil Central, instituída pela União Federal, nos termos do Decreto-lei n.º 5.878, de 4 de outubro de 1943, surgiu “com personalidade jurídica de direito privado e tendo sede e fôro no Rio de Janeiro”.

A entidade fundacional, já de início tinha como *objeto*, o desbravamento e a colonização das regiões do Brasil central e ocidental, notadamente as dos altos rios Araguaia e Xingu.

As áreas territoriais a serem desbravadas e colonizadas nas regiões referidas, bem como as respectivas vias de acesso, “serão livremente escolhidas pela administração da fundação, de acôrdo com os governos estaduais, salvo indicação expressa do govêrno federal”.<sup>5</sup>

Art. 6.º Dos Estatutos — *Limites de Ação*:

“A fundação exercerá suas atividades conformando-se com a Constituição e as leis, tanto no que se refere à organização, aos poderes e prerrogativas da administração federal, estadual e municipal, como no que respeita aos direitos de terceiros particulares”.

Art. 7.º *Podêres*:

“Nos limites do art. 6.º, compete à Fundação, nas áreas territoriais referidas no art. 5.º, observado o disposto no art. 22 (Aprovação dos Planos de Atividade):

1) Promover a respectiva colonização, com metade, pelo menos, de elementos nacionais, pelo modo que julgar mais conveniente, administrando as atividades econômicas e sociais e estabelecendo os serviços públicos que julgar necessários, percebendo as respectivas contraprestações, observado o disposto na legislação em vigor”.

2) Explorar as riquezas naturais do solo e do *subsolo*, bem como a força hidráulica, ficando autorizada, a pesquisar e lavrar jazidas e

<sup>5</sup> Estatutos da Fundação Brasil Central, aprovados pelo Decreto n.º 17.274, de 30 de novembro de 1944.

minas, observado o disposto nas leis vigentes, especialmente na legislação a respeito de águas e minas”.

No art. 9.º, Capítulo II, *Do Patrimônio*, escreve-se que o mesmo, exclusivamente destinado ao preenchimento de suas finalidades, seria constituído.

“I — pelos bens já doados à Expedição Roncador-Xingu, indicados na escritura pública de criação da Fundação;

II — pelos bens a ela doados por quaisquer entidades de direito público ou particulares;

III — pelas subvenções que receber da União, dos Estados ou dos municípios;

IV — pelos rendimentos dos seus bens e recursos que auferir de suas atividades;

V — por quaisquer outros bens e recursos, não especificados acima, que lhe devam pertencer.”

Quanto à *gestão* a exercer pelos órgãos, cumpre a êles prosseguir no *fim institucional* e proteger os interesses funcionais, em manifesta correspondência, com a vontade do poder instituidor.

Está bem claro aqui, com abono na lição de Marcello Caetano, que o *ato de instituição* é a manifestação de vontade pela qual o “instituidor afeta um patrimônio à realização de certo fim duradouro”.<sup>6</sup>

Fica patente a função do Estado quando dispõe de bens para a realização de um fim de utilidade pública ou quando afeta patrimônio dentro das normas que êle mesmo estabelece como privadas.

4. *A Estrutura Administrativa na Fundação Brasil Central.* Ninguém, com efeito, desconhece que há e tem havido em todos os países inúmeras formas de organização fundacional, mas que no Brasil essas formas têm uma origem comum e obedecem no seu progresso a uma espécie de *processo-jurídico-econômico-social*, perfeitamente viável e aceitável pelo Direito Administrativo. Ocupar-nos-emos aqui delas muito rapidamente, através somente apenas de ligeiros comentários e esquemas.

Com a Fundação Brasil Central, aparece a primeira grande organização Fundacional governamental, num estilo assemelhado ao sistema político brasileiro e adaptada às regras do processo jurídico privado tradicional no que concerne a êsses tipos de entes.

Como veremos abaixo, possui-se já com respeito à Brasil Central, sem abandonar a noção de princípio constitucional e de constituição em sentido material, um elemento fundamental que é o de *estrutura* onde a elaboração doutrinária em nada decidiu.

Na relação jurídica fundamental, segundo um dado princípio jurídico, está o *princípio constitucional*. Êste princípio, assentado no sis-

<sup>6</sup> “Para êste ato ser completo, deve exprimir ainda a intenção de que a realização do fim seja levada a cabo por uma organização própria” (CAETANO, Marcello. *Das fundações*, p. 31).

tema adequado, dá formação orgânica e estrutura à fundação, dentro em regime que diz com o ordenamento jurídico do Estado, nas suas linhas gerais:

ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO	{ Presidência Conselho Diretor Junta de Contrôles Secretaria-Geral
CONSELHO DIRETOR	{ Assistência e orientação técnica Deliberação sobre projetos e assuntos administrativos Autorização para contratos e obrigações Votar anualmente o orçamento da despesa Examinar e aprovar balancete e balanços Aprovar regimentos de serviços internos Deliberar sobre a criação de fundos especiais de reserva.
JUNTA DE CONTRÔLE	{ Velar pela regularidade da escrituração Dar parecer e informar o Governo Opinar como órgão consultivo Inspeccionar os trabalhos da Fundação Propor modificações estatutárias Dar parecer em relatório e contas da administração.

As funções de presidente e secretário-geral são as normais, tradicionais e de responsabilidade em qualquer órgão administrativo de administração indireta, no modo determinado de cumprir e fazer cumprir os estatutos e os regimentos internos da Fundação.<sup>7</sup>

Deve-se notar que os fins jurídicos são limitados e que, na esfera do Direito Privado não vão além das relações patrimoniais, não obstante a extensão da personalidade pública estatal atuante na Fundação com respeito à sua existência no mundo jurídico.

5. *Privilégio e Tutela Administrativa.* A capacidade jurídica da Brasil Central ficou, no geral, determinada pela capacidade reconhecida no direito positivo às pessoas coletivas, sem necessidade de que os fins dentro do princípio da especialidade se conflitassem com o ato de instituição.

Nem o princípio da especialidade não impede que a fundação pratique atos desaproximados dos fins, quando tais atos como acessórios da gestão se considerem essenciais e se afigurem capazes para complementando o ente poder alcançar os fins institucionais. Merece relêvo,

<sup>7</sup> Artigos 13 e 16 do Decreto n.º 17.274, de 30 de novembro de 1944.

na elaboração estatutária, com respeito à vontade criadora, o art. 33 assim escrito:

— “A Fundação gozará dos privilégios e vantagens atribuídas às instituições de utilidade pública e dos que, em matérias de comunicação, transporte e impôsto de sêlo, assistirem às autarquias federais; e, ainda, das isenções tributárias que lhe vierem a ser concedidas por lei (Decreto-lei n.º 5.878, art. 5.º)”.

Por conseguinte, a Brasil Central, desde o momento da sua criação adquiriu privilégios legais, privilégios que o ato de instituição formalizou para o patrimônio não só quanto aos bens já destinados, como quanto aos bens futuros que lhe devam pertencer.<sup>8</sup> E na sua amplitude, quanto à fiscalização e tutela do Estado, a *Brasil Central* não escapou de uma tendência com fundas raízes no Direito nosso e comparado.<sup>9</sup>

No art. 31, Capítulo V, *Da Junta de Contrôlo*, cujos membros exercerão o mandato por dois anos prorrogáveis, o Estado-instituidor já resguardou a sua vontade estabelecendo critérios obrigatórios para suprir as deficiências no interêsse da economia da Fundação.

Como costume era na época, pelo art. 34 se determinava que “o relatório, o balanço e as contas da administração da Fundação, uma vez aprovados pelo Presidente da República”, seriam publicados no *Diário Oficial da União*.

Sem prejuízo das atribuições do Ministério Público (Decreto-lei n.º 5.878, art. 4.º, parágrafo único), a executoriedade das deliberações sofria o crivo final do Presidente da República que, suspendendo a publicação prevista no art. 34, exercia poderes de tutela consagrados no ato de instituição.

Aparte a alienação de bens ou à cessão dêles, como se observando está a dúvida doutrinária não procede, desde que as condições fixadas pelo legislador sejam certas e incontestáveis, conjugando a vontade do instituidor com os fins colimados.

Por isso, seria preferível, face à unidade de regime jurídico para os serviços públicos ou de utilidade, que o Estado nas relações criadas estabelecesse sempre as premissas não só disciplinadoras como dos privilégios por acaso concedidos.

Mas o mesmo não sucede, ou não sucedeu, com algumas fundações de fins públicos, importando numa visão falsa da realidade e confundindo a doutrina quanto à idéia fundamental da instituição.

Pelo que diz respeito ao caráter das fundações, se é certo que não se pode fugir do *ato de instituição*, também é verdade que as imunida-

<sup>8</sup> Na vontade pública instituidora reside o primeiro elemento da brilhante tese defendida por Geraldo Ataliba no seu trabalho *As fundações públicas são imunes a tributos*. In: *Revista dos Tribunais*, 338.

<sup>9</sup> “As fundações devem ser sempre sujeitas à fiscalização e tutela do Estado sobre as fundações tem fundas raízes no nosso Direito” (ver CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 109).

des e a tutela devam ser bem definidas, considerando o papel do Estado no plano geral da atividade administrativa.

Há assim no *ato de instituição* o elemento legal indispensável para as fundações, mas que só se poderá dizer perfeito no dia em que o legislador não deixar de estabelecer os requisitos necessários para que cada *ente* justifique juridicamente sua existência.

No nosso direito, o brasileiro, muito embora possam haver divergências, são elas consequência da imprecisão legislativa e de falhas no procedimento legal, notadamente em razão do interesse maior representado na intenção do Estado instituidor. De resto, mesmo quando assim não se pense, cabe ao Estado como poder público ao criar fundações, estabelecer a forma de exploração do serviço na sua extensão, facultando privilégios ou concedendo isenções, obrigando e autorizando ao mesmo tempo.

A vontade que intervém no *ato de instituição* não é somente a vontade arbitrária do poder público, *mas a da lei*.

6. *Fundação Paranaense de Colonização e Imigração*. A Brasil Central serviu de modelo para a de Colonização e Imigração: nas mesmas circunstâncias os encargos e condições legais correspondem o objetivo do fundador.

A Fundação Paranaense de Colonização e Imigração (F.P.C.I.), já criada pelo governo do Estado do Paraná, nos termos do Decreto-lei n.º 646, de 19 de junho de 1947, com personalidade jurídica de direito privado, com sede e fôro em Curitiba.<sup>10</sup>

Este era o fim a realizar: o aproveitamento das riquezas naturais e a expansão econômica do Estado (Paraná) por meio da imigração e colonização de suas terras, devolutas ou não, com um sentido agro-industrial e base na pequena propriedade.

Para o cumprimento dos seus fins, estava a F.P.C.I. obrigada a adotar, dentre outras, as seguintes providências:

I — medir, demarcar, dividir em lotes rurais e urbanos as terras de seu patrimônio;

II — promover a colonização das áreas demarcadas mediante a venda dos respectivos lotes;

III — também promover, pela forma legal, a vinda de imigrantes para o Paraná e a sua localização nas zonas ecológicas e econômica mais favoráveis à sua radicação;

IV — explorar, auxiliar e contratar a exploração das riquezas naturais do solo e subsolo, bem como a força hidráulica e energia elétrica, observada a respectiva legislação;

V — promover a organização de núcleos coloniais, diretamente ou por contrato com empresa especializada, mediante aprovação do Governador do Estado e prévio parecer do Conselho Fiscal;

<sup>10</sup> Fundação Paranaense de Colonização e Imigração. *Atos Constitutivos e Atual Estatuto*. Curitiba, out. 1953.

VI — fomentar a criação e desenvolvimento de cooperativas entre os colonos;

VII — organizar e explorar, contratar ou auxiliar, empresas de atividades relacionadas com suas finalidades;

VIII — construir ou contratar a construção de estradas e seus complementos, de casas, igrejas, escolas, hospedarias, armazéns de silos e de outras obras complementares;

IX — sugerir aos Governos Federal, Estadual e Municipal, medidas para solucionar problemas em que haja interesse comum e cooperar na sua execução;

X — promover estudos necessários ao aprimoramento da pecuária, bem como dos processos de cultura, beneficiamento, industrialização e comércio dos produtos agrícolas;

X — promover estudos necessários ao aprimoramento da pecuária, bem como dos processos de cultura, beneficiamento, industrialização e comércio dos produtos agrícolas;

XI — facilitar aos colonos, dentro das suas possibilidades, a aquisição de máquinas e apetrechos necessários ao melhor aproveitamento do trabalho dos mesmos;

XII — promover, por si ou por terceiros, a criação e o desenvolvimento de serviços de transporte e comunicações dentre ou entre os núcleos coloniais.”

Quanto ao *patrimônio* da F.P.C.I. ficou de início constituído da área de 484.000 hectares de terras, que lhe foi depois transferida parceladamente, nos termos da Resolução do Senado Federal, n.º 16, de 17 de agosto de 1950, de conformidade com as disposições do Decreto-lei n.º 125, de 30 de outubro de 1948.

São aqui os fatos previstos no *ato de instituição* que dão caráter personificado à fundação: o instituidor na F.P.C.I. é quem determina o modo de administração, sobre a fiscalização que compete ao Conselho Fiscal ou sobre a admissão de pessoal.

Rigorosamente tal instituição quando mereceu o reconhecimento recebeu condições de capacidade e personalidade, não obstante considerar-se o fim sempre essencial e predominante.

Já ficou dito que no direito brasileiro tem o poder público a faculdade de, no caso das fundações, impor condições imperativas ou estabelecer condições que resultem diretamente da lei quando esta declare imunes os valores do patrimônio da fundação.

É o poder público, devidamente autorizado e representado, que ajuíza da conveniência e da necessidade de introduzir preceitos no instituto, regras de conduta administrativa e de fiscalização, normas que atendam ao desenvolvimento ou extinção do patrimônio institucional.

Quando a lei recomenda respeitar-se a vontade do instituidor obedece a dois motivos: um, quanto aos fins a que os bens ficam afetados, e, outro, quanto às normas jurídicas aplicáveis. Fica com o poder público, pelo ato de instituição, a liberdade para decidir, orientar e tu-

telar. Portanto, não há como não deixar, para a lei administrativa que o ato de instituição extroverte, os elementos de figuração jurídica das fundações no processo institucional.

A simples leitura de documentos estatutários mostra que nêles se consideram sobretudo normas que refletem a vontade do instituidor em face do reconhecimento legal.<sup>11</sup>

Havendo que discriminar normas diferentes para fundações de fins diferentes, parece que a melhor orientação será aquela assentada na vontade que se impõe através do ato de instituição.

7. *Fundação Universidade de Brasília.* Eis aqui uma fundação com fim diferente no direito brasileiro: nada igual pelo objetivo às adiante enumeradas, não obstante idênticas características de processo privado para cumprimento de finalidades indiscutivelmente públicas.

Com a vigência da Lei n.º 3.998, de 15 de dezembro de 1961, ficou o Poder Executivo autorizado a instituir, sob a denominação de Fundação Universidade de Brasília, uma Fundação...

No art. 2.º já ficava estabelecido:

*“a Fundação será uma entidade autônoma e adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu ato constitutivo, com o qual serão apresentados os Estatutos e o decreto que os aprovar”.*

Pelo art. 3.º determinava-se o fim:

*“A Fundação terá por objetivo criar e manter a Universidade de Brasília, instituição de ensino superior de pesquisa e estudo em todo os ramos do saber e de divulgação científica, técnica e cultural”.*

Ao que se vê, traçar nitidamente uma linha divisória entre os dois campos jurídicos constitui, talvez, grave dificuldade na sistemática do Direito Público, no tocante às fundações.

Não é, portanto, exata a afirmação de que o conceito de fundação seja, de per si, como já esclarecemos, um conceito público e não privado, um conceito privado e não público, porque a fundação de fato é um ente, que se torna jurídico, apenas enquanto é regulado pelo Estado e por êste autolimitado ou tutelado.

Há de entender-se, sem maior dificuldade doutrinária, que também os conceitos de execução e de administração, possuem distinta significação jurídica: num Estado sujeito a um regime jurídico, tôdas as atribuições e facultades executivas, qualquer seja a sua extensão, emanam da lei, ou então da Constituição.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> “Para nós a fundação é a pessoa coletiva, a qual se constitui mediante a conjugação de dois atos: o de instituição e o de reconhecimento. E dissemos que os Estatutos são parte do primeiro ato, quer nêle figurem materialmente, quer apareçam depois, como seu complemento” (CAETANO, op. cit., p. 170).

<sup>12</sup> “Esta subordinación inexcusable del ejecutivo al ordenamiento jurídico es la razón de esa denominación” (ver BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho administrativo. Estructura jurídica de la administración, vol. 2, p. 216).

Jamais poderia o poder público no Brasil instituir um organismo como a Fundação Universidade de Brasília, sem sujeitá-lo a uma *posição jurídica legal*, muito embora essa *posição jurídica* esteja muito próxima *sem o ser* das pessoas de direito público.

8. *Universidade de Brasília: Fundação não Governamental.* Nos estatutos, baixados com o Decreto n.º 500, de 15 de janeiro de 1962, assinado pelo Ministro da Educação e Cultura, a Universidade de Brasília passa a formar “uma unidade orgânica, constituída de Institutos Centrais de ensino e pesquisa, por Faculdades destinadas à formação profissional e por órgãos Complementares”.<sup>13</sup>

Na sua organização, a *fundação universitária*, de duração indeterminada, entidade declarada não governamental, mas administrativa e financeiramente autônoma, apresenta típica estrutura assemelhada às fórmulas clássicas e reconhecidas de administração, tanto com respeito aos meios direcionais, recursos e fins.

O art. 5.º diz quais são os órgãos da Fundação: I — O Conselho Diretor; e, II — o Presidente.

O *Conselho Diretor*, como órgão supremo, “exercerá o govêrno da Fundação e a administração da Universidade” (Art. 6.º).

O órgão executivo do Conselho Diretor é o Presidente da Fundação, que será também o Reitor da Universidade (Art. 7.º).

Pelo art. 16, Capítulo II, *Da Competência dos Órgãos*, entre outras atribuições, compete ao Conselho Diretor:

- estabelecer as diretrizes e planos quinquenais para o desenvolvimento da Universidade;
- instituir as unidades componentes da Universidade e aprovar os respectivos regimentos;
- deliberar sobre a administração dos bens da Fundação, promover-lhes o incremento e aprovar a aplicação de recursos;
- estabelecer normas para a admissão, remuneração, promoção, punição e dispensa do pessoal da Fundação;
- solicitar anualmente ao Govêrno Federal a inclusão no seu orçamento das dotações necessárias (Lei n.º 3.998); e
- decidir sobre os vetos do Reitor.

E assim voltamos uma vez mais a afirmar que, entendidas as coisas como devem ser, não há que falar em *fundações públicas*.

A natureza jurídica das fundações em que se instituíram ou instituírem as Universidades, será sempre a de *pessoa de direito privado*, informada pelo Direito Administrativo.

<sup>13</sup> De igual maneira, na mesma época, e com a mesma orientação, a Lei número 4.069-A, de 12 de junho de 1962, criou a Fundação Universidade do Amazonas, como entidade autônoma e adquirente de personalidade jurídica a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu ato constitutivo.

A expressão *não governamental* está de acôrdo com a vontade do instituidor e com o ato de instituição.

Essa mesma *vontade* e êsse mesmo *ato*, além da tutela possível do ministério público, estabelecendo preceitos para *regime financeiro*, obedece a princípios indicadores da responsabilidade.

Duas obrigações estão vinculadas ao regime jurídico estabelecido para a Universidade de Brasília:

1.<sup>a</sup> — a prestação de contas que será publicada no *Diário Oficial* da União (§ 1.º, do art. 22); e

2.<sup>a</sup> — aprovada pelo Conselho Diretor, a prestação de contas da Fundação será remetida ao Tribunal de Contas da União (Lei número 4.024, de 17/12/1961).

Desnecessário dizê-lo, mas é preciso dizê-lo devido a muitos mal-entendidos, que a idéia de *fundação* não é suscetível de pontos de vista pessoais ou oficiais, pois é representativamente axiomática diante da realidade e do pensamento que a exprime.<sup>14</sup>

Não há como não reconhecer, na espécie da Universidade de Brasília, possa o instituidor impor certas condições que lhe são peculiares, estabelecendo sobretudo regime que melhor convier quanto a direitos e deveres dos servidores (art. 23).

Lícito, também, que possa nos *estatutos* convencionar, que a situação dos servidores seja regulada pela legislação do trabalho ou que a admissão seja feita mediante contrato escrito, de que deverão constar duração, atribuições e remuneração (art. 24).

Exato e certo que se estabeleça como necessário um regime de prestação de contas e de imunidades fiscais.

Mesmo no caso de fundações *não governamentais*, cuja impropriedade vocabular é de certo modo alarmante, é recomendável e da essência dos *fins* das fundações universitárias, que

<sup>14</sup> A Lei n.º 6.034, de 16 de novembro de 1969, originária da Assembléia Legislativa do Paraná, autoriza o Poder Executivo "a criar a Universidade Estadual de Londrina, a Universidade Estadual de Maringá, e a Federação de Escolas Superiores de Curitiba, como resultantes da incorporação de estabelecimentos isolados de ensino superior, mantidos direta ou indiretamente pelo Estado nas referidas cidades". Escreve-se no § 1.º do Art. 1.º: "Os estabelecimentos de Ensino de que trata êste artigo serão organizados como fundação de direito público, e de conformidade com as prescrições das legislações federal, estadual e desta lei". É a seguinte a redação do § 2.º do Art. 1.º: "a denominação oficial de cada entidade será a do estabelecimento de ensino, antecedido da denominação *Fundação*". Tais dispositivos não merecem comentários nem menos profundos. Ai está, a Assembléia Legislativa do Paraná, criando *fundação de direito público*! E de acôrdo com "prescrições das legislações federal, estadual e desta lei!!" Seja, porém, como fôr, o indiscutível é que existe no fundo de tôdas as maneiras de entender uma *fundação*, uma autêntica inversão de valores jurídicos conceituais.

1.º — assegure-se a isenção de direitos alfandegários e sem prévia licença para a importação de equipamentos de laboratórios, de publicações e materiais científicos didáticos; e

2.º — assegure-se a isenção de quaisquer impostos, direitos e taxas alfandegárias.

Estando assim expressa a vontade do poder público no *ato de instituição*, não há o que tergiversar: nem por isso, e nem por outros motivos, é razoável ao poder público distorcer a verdade jurídica em prejuízo do regime jurídico.<sup>15</sup>

Não é de permitir que alguns conceitos fundamentais sejam derogados, sem qualquer vantagem para o regime jurídico-administrativo brasileiro ou para a ordem pública-jurídico-administrativa. Escusado será prevenir quanto às violações freqüentes sofridas pelo instituto das fundações, sob o argumento de que a Administração exige flexibilidade de procedimento e não se pode cingir rigidamente pela legislação...

Para se defender o poder público de conseqüências absurdas que certamente advirão, a solução para o futuro será aquela apontada pela sensibilidade de Marcello Caetano:

— deixar para a lei administrativa tudo quanto implique a prática de atos administrativos, o emprêgo do processo administrativo, a intervenção da Administração; e

— para o Código Civil tudo o que respeita à autonomia da vontade (ato unilateral de instituição), e à capacidade jurídica da pessoa coletiva.<sup>16</sup>

9. *Fundação Educacional do Estado do Paraná*. Instituinto o Fundo Estadual do Ensino, a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná decretou e o Executivo sancionou a Lei n.º 4.599, de 2 de julho de 1962). Instituído o Fundo, ficou destinado a atender investimentos e despesas de custeio relativos ao ensino primário, médio e superior, e a atividades culturais.

Constituem recursos do Fundo:

a) contribuições do Estado do Paraná consignadas anualmente no Orçamento Geral do Estado e no valor de 3% do Impôsto de Vendas e Consignações;

b) contribuições da União, inclusive ao Governo do Estado do Paraná, à conta dos Fundos Nacionais do Ensino Primário, Médio e Superior;

c) contribuições das emprêsas industriais, comerciais e agrícolas a que se refere o art. 31 da Lei federal n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961;

<sup>15</sup> Pasma-se com o art. 22.º, da Lei n.º 6.034, adiante nomeada: "Fica o Poder Executivo, autorizado a criar as fundações de direito público correspondentes aos estabelecimentos isolados de ensino superior, que não puderem ser incorporados em Universidades ou congregados em federação". Sem comentários...

<sup>16</sup> CAETANO. *Das fundações*, p. 167.

d) contribuições de proprietários rurais, para instalação e funcionamento de escolas primárias em suas propriedades, na conformidade do art. 32, da Lei n.º 0.024;

e) donativos de pessoas privadas, em dinheiro ou outros bens, móveis ou imóveis, inclusive os auxílios e doações feitas por contribuintes do impôsto de renda;

f) auxílios e subvenções concedidos.

Pelo art. 6.º, da citada Lei n.º 4.599, ficou criada a Fundação Educacional do Estado do Paraná (FUNDEPAR), entidade de fins não lucrativos, com personalidade jurídica (???), sede e fôro na cidade de Curitiba, e que tem como objeto a administração do Fundo Estadual de Ensino.

A FUNDEPAR funcionará por prazo indeterminado, e, sendo extinta, seu patrimônio reverterá ao Estado do Paraná.

À FUNDEPAR, como administradora do Fundo Estadual do Ensino, compete:

a) executar o orçamento do Fundo e propor, por intermédio do Secretário de Educação e Cultura, retificação dêsse orçamento;

b) celebrar convênios com municípios do estado do Paraná para a cobertura dos custos da construção e equipamento de escolas rurais e para atender, parcialmente, ao custeio dêsses e outros estabelecimentos de ensino municipais;

c) tomar as medidas necessárias, inclusive celebrando contratos, para aplicação de recursos do Fundo na execução de obras e aquisição ou fornecimento de equipamento e material escolar;

d) efetuar o pagamento de bôlsas de estudo à conta do Fundo; e

e) realizar operações de crédito, oferecendo bens de seu patrimônio em garantia hipotecária ou pignoratícia, ou assegurando o reembolso dos mútuos mediante cessão do direito à percepção, de contribuições do Fundo (art. 2.º, a a h).

O Fundo Estadual do Ensino tem personalidade contábil e sua caixa é totalmente distinta da caixa da FUNDEPAR.

A sua administração pertence a um Conselho Diretor cujos membros são nomeados para mandatos de cinco anos, cabendo recondução apenas uma vez.

No exemplo da FUNDEPAR, mais do que a vontade expressa do instituidor interessa o que foi por êle visado e os objetivos que em lei ficaram prescritos.

Aqui, no tipo *da fundação*, tudo está condicionado pelo *ato de instituição* e pelos *estatutos* outorgados pelo fundador, onde os fins e o regime jurídico estão facilmente determináveis.

A obrigação do respeito à vontade do fundador, na verdade jurídica, tôda a vida da fundação, sobretudo na maneira de administrá-la, de que fala o art. 24 do Código Civil.

10. *Sistema Estadual de Ensino no Paraná*. “Realizar as finalidades a que visou o instituidor”, é o que espera Caio Mario da Silva Pereira das fundações.<sup>17</sup>

Já no Estado do Paraná, atendendo os fins da educação e o sistema estadual, o ensino, em seus diferentes graus e ramos, poderá ser ministrado em:

ESTABELECIMENTOS  
OFICIAIS  
MANTIDOS

{ pelo poder público federal;  
pelo poder público estadual;  
pelo poder público municipal; e  
por fundações e outras instituições cujo patrimônio e dotações sejam provenientes do poder público.

As fundações e outras instituições educacionais mantenedoras de estabelecimentos oficiais, cujo patrimônio e dotações devam provir do poder público estadual e municipal, deverão ser criadas por lei especial aprovada pelo legislativo estadual ou municipal.<sup>18</sup>

O art. 185, da Lei estadual n.º 4.978, de 4 de dezembro de 1964, escreve-se com rara clareza de compreensão jurídica:

“As universidades oficiais serão constituídas sob a forma de autarquias e fundações e as universidades particulares, sob a de fundações ou associações, sendo que a inscrição do ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas será precedida de autorização por decreto do Governo Federal ou Estadual”.

O que pretende, assim dizendo, a lei ou o legislador? Não está discriminando, especificando, personificando? Ou está, por um golpe de mágica, tipificando pessoas jurídicas não configuradas na lei civil? Ou está, por extensão apenas, criando formas novas ainda não existentes de pessoas jurídicas?

Não! Não porque distingue, de saída, as autarquias e as fundações, as fundações e as associações, exigindo a inscrição do ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas.

Quanto ao controle financeiro, os estabelecimentos de ensino médio e superior, mantidos por *fundação*, cujo patrimônio e dotações sejam provenientes do poder público estadual, ficam sempre sujeitos à prestação de contas, perante o Tribunal de Contas.<sup>19</sup>

De igual maneira, no caso de escolas mantidas por fundação cujos recursos são provenientes do poder público municipal, a prestação de contas deverá ser feita perante a respectiva Câmara de Vereadores, sem prejuízo da ação fiscalizadora oficial-estadual.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Ver PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1, p. 210.

<sup>18</sup> Lei n.º 4.978, de 5 de dezembro de 1964, que estabelece o sistema estadual de ensino.

<sup>19</sup> Art. 25 da Lei n.º 4.978, de 5 de dezembro de 1964.

<sup>20</sup> Parágrafo único, do art. 25, da Lei n.º 4.978.

O que se vem afirmando é que, como critério interpretativo outro não existe senão aquêlo do Código Civil, como meio próprio de qualificar e definir as *fundações* no regime brasileiro. Sòmente o fato da intervenção do Estado, ou do poder público, no ato de instituição de uma *fundação*, não autoriza que se configurem como *públicas* as pessoas que o direito tem como *privadas*.

A opção estatal, ou do poder público, por uma forma privada, em nada compromete os fins públicos da instituição, mas revela nitidamente apenas o escopo a que são chamadas as pessoas privadas, para sem omissão da lei assumirem posição pública.<sup>21</sup>

Nestes casos o interesse público não assenta numa hipótese jurídica, pois não há como entender como as *fundações* se possam nortear senão por um regime de direito privado.

Assim, uma pessoa não é pública por ser obrigada a cumprir fins públicos, não é sòmente pública por sofrer o contròle do Estado ou porque criada por êle em razão de um interesse público.<sup>22</sup>

Antes de tudo, está a vontade da lei, a qualificação dada pela lei no ato do reconhecimento, a determinante da natureza jurídica da pessoa conforme princípios positivos e não teòricamente firmados.

As *fundações*, pelo menos no Brasil, desde a Brasil Central e a Getúlio Vargas, em 1943 e 1944, impuseram à Administração, sem dúvida, novas formas de ação do Estado.

11. *Fundação Getúlio Vargas*. Caracteriza a Getúlio Vargas, no seu tempo de criação até os dias de hoje, uma forma vigorosa de ação do Estado.

Surgiu, embrionária, com o Decreto-lei n.º 6.693, de 14 de julho de 1944, que dispunha sòbre a criação de uma entidade que se ocuparia “do estudo da organização racional do trabalho e do preparo do pessoal para as administrações pública e privada”.

Antecipou, como um milagre na época, iniciativas que depois se tomaram como no caso exemplar da Fundação Educacional do Estado do Paraná e no caso da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, instituições que desempenham fins quase-públicos ou pròpriamente *públicos* na extensão terminológica do vocábulo.

Nunca foi intenção governamental tornar as *fundações* em entidades ou estabelecimentos públicos: entre os recursos da opção o Estado

<sup>21</sup> Não basta dizer como Ferrara que a Fundação é “*una organizzazione per uno scopo*” (ver *Le persona giuridiche*. In: *Trattato di diritto civile italiano*, v. 2, t. 2, p. 103), porque Ferrara jamais esqueceu a vontade do fundador.

<sup>22</sup> Exemplos: Fundação Rádio Mauá, Decreto-lei n.º 7.381, de 13 de março de 1945; Fundação da Casa Popular, Decreto-lei n.º 9.218, de 1.º de março de 1946; Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, Lei n.º 3.750, de 11 de abril de 1960; Fundação das Pioneiras Sociais, Lei n.º 3.736, de 22 de março de 1960; Fundação Casa de Rui Barbosa, Lei n.º 4.943, de 6 de abril de 1966; Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Decreto-lei n.º 161, de 13 de fevereiro de 1967; entre outros.

preferiu o regime privado, como fundador e o juiz exclusivo das conveniências do serviço ou do interesse público.

Quando Oscar Saraiva, ainda com os exemplos acontecidos nos idos de 1944, situava as *fundações* no esquema das “novas formas da administração delegada do Estado”, estava apenas demonstrando uma outra “modalidade de delegação administrativa, com a revivência das Fundações civis”, às quais foram acrescentadas certas características.<sup>23</sup>

No entanto, foi o próprio Oscar Saraiva o responsável, quem sabe, pela posterior confusão doutrinária existente quando, tentando uma classificação original injustificada, levantou uma situação de “oposição às Fundações Civis que seguem as regras do Código Civil sem qualquer alteração...”<sup>24</sup>

Mas não é e não foi assim: o que houve foi uma “certa plasticidade no encarar o problema das fundações, orientando-se a legislação entre nós no sentido de conservar a estrutura privada”, embora gozando elas de “isenções e prerrogativas concedidas por lei, assim como de recursos financeiros que asseguram a eficiência e a produtividade das suas atividades”.<sup>25</sup>

É fenômeno notório a F.G.V., onde o Estado, através dela, com os meios próprios, entrou em diferentes setores de atividade, marcando processo de ação privada no direito público.

São os seus objetivos: “promover estudos e pesquisas, nos domínios das atividades públicas ou privadas; prover à formação, à especialização e ao aperfeiçoamento de pessoal para empreendimentos públicos e privados; constituir-se em centro de documentação para sistematizar e divulgar conhecimentos técnicos; incumbir-se do planejamento e da organização de serviços ou empreendimentos, tomar o encargo de executá-los, ou prestar-lhes a assistência técnica necessária; concorrer para melhor compreensão dos problemas de administração, propiciando o seu estudo e debate; promover pesquisas das ciências sociais, especialmente na economia e na psicologia aplicada”.<sup>26</sup>

Nunca é demais lembrar que, por força do Decreto-lei n.º 6.693, de 14 de julho de 1944, ficou o Presidente do *Departamento Administrativo do Serviço Público* (DASP), “autorizado a promover a criação

<sup>23</sup> Ver Novas formas de administração delegada do Estado. In: *Revista do Serviço Público*, p. 116, set. 1944.

<sup>24</sup> Mas o que, na realidade, impressionava Saraiva, era êsse novo meio de evasão da direção ou do controle rígido da máquina estatal, do mesmo modo que representam a experiência, entre nós, da associação do Estado ao particular, seja na busca de resultados econômicos, seja na consecução de fins científicos ou sociais” (op. cit.).

<sup>25</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, v. 2, p. 139.

<sup>26</sup> SENNA, Homero & MONTEIRO, Clovis Zobarán. *Fundações, no direito, na administração*, p. 250.

de uma entidade” que se propusesse ao estudo e à divulgação dos modernos métodos de trabalho, de organização e de administração.

Para tal meta foram convidados a participar da futura entidade (isso em 1944) os órgãos autárquicos e paraestatais dos Estados, Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios, os estabelecimentos de economia mista e as organizações privadas.<sup>27</sup>

Entre as atribuições conferidas pelo citado Decreto-lei, estava a designação de uma Comissão com a competência para estudar a “forma jurídica mais conveniente à entidade” e para promover a satisfação das “providências legais necessárias à aquisição de personalidade jurídica”, elaborando, ainda, o projeto de estatutos.<sup>28</sup>

Resultado: — em 21 de dezembro de 1944, instituía-se no Brasil a F.G.V., entidade de caráter técnico-educativo como *pessoa jurídica de direito privado*, estando no ato o Governo Federal representado pelo Presidente do DASP, visando ao estudo dos problemas de organização racional do trabalho, especialmente nos seus aspectos administrativo e social, e à conformidade de seus métodos às condições do meio brasileiro.<sup>29</sup>

Trata-se, portanto, de figura de direito privado, embora sofrida por normas peculiares de fins públicos, sem com isso deixar o Estado o bom procedimento de técnica legislativa.

Não se pode, de maneira alguma, obscurecendo a vontade estatal, ou a vontade legislativa do fundador, dizer que essas *fundações* estão sendo instituídas no Brasil “*por evidente engano*”, em decorrência, talvez, do modelo civilista em que se inspiraram.<sup>30</sup>

Não há aqui qualquer equívoco do legislador, nem aparente e nem formal, *porque a personalidade jurídica é aquela que pretende o fundador atribuir*, não cabendo nunca à doutrina fazer a aproximação com outras entidades públicas ou institutos públicos.

Discordamos, não pelo simples fato de discordar, mas pela evidência-formal-jurídica, da posição assumida por Clencio da Silva Duarte, cujo pronunciamento não chega a convencer quando se impressiona com a transferência pelo Estado de “*ampla delegação de sua capacidade organizadora, algo da própria essência estatal*”.<sup>31</sup>

Seria demais que os *equívocos* persistissem por décadas alcançando os dias presentes, como nos exemplos fundacionais ou de *fundações*

<sup>27</sup> Art. 1.º, do Decreto-lei n.º 6.693, de 14 de julho de 1944.

<sup>28</sup> Parágrafo único, do art. 2.º, do Decreto-lei n.º 6.693.

<sup>29</sup> Convém lembrar que, Marcello Caetano, citado por vários autores brasileiros, não fala em *fundações públicas*, fazendo abstração daquelas que possam “considerar-se de direito público”, e que entram na categoria dos *institutos públicos* (op. cit., p. 8).

<sup>30</sup> DUARTE, Clencio da Silva. Parecer — n.º 9.120/66. In: *Diário Oficial*, p. 4.463/4, de 18/4/67.

<sup>31</sup> Parecer no processo n.º 5.303/67. In: *Diário Oficial*, p. 2.259/61, de 19 de março de 1968.

de fins públicos inspiradas na lei civil, como a Fundação Nacional do Índio e a Fundação Teatro Guaira.

12. *Fundação Nacional do Índio.* Forçoso lembrar a preciosa advertência de A. B. Cotrim Neto, quanto à desnecessidade de uma nomenclatura nova ou ampliação da nomenclatura dos órgãos estatais, ou dos semi-estatais, “com o agasalho de certas novéis figuras”, de vez que a disciplina jurídica “e o aperfeiçoamento conceitual do que já possuímos”, é o suficiente.<sup>32</sup>

Mas o problema não se coloca com tanta simplicidade temática: ao Estado cabe, na sua expressão como *poder público*, buscar quando preciso fôr e onde estiverem, os elementos da colaboração particular através do processo privado ou público.<sup>33</sup>

Buscando o processo privado e o apoio da lei civil como no caso das *fundações*, está agindo juridicamente e dentro do regime jurídico positivo, sem qualquer quebra nos princípios informativos do direito público e mesmo do Direito Administrativo.

As *fundações* que assim se constituíram ou constituírem, melhor se aproximam do regime jurídico vigente, prejuízo algum trazem para a estrutura da organização estatal, e se colocam no plano do Direito Administrativo pela simples razão dos *objetivos pretendidos*.

Por outro lado, convém não esquecer que o Estado, quando pelo ato de instituição cria *fundações* declarando as mesmas como pessoas jurídicas privadas, não está de modo algum amparando formas novas, mas buscando nas *velhas* os elementos de que necessita para ampliar atividade de ação administrativa.

Com efeito, o Estado, ao optar pela instituição de uma *fundação*, escolhendo o tipo de forma e processo jurídico, revela com absoluta clareza seu propósito: não se afastando do regime concernente às *fundações* dá-lhes fisionomia através de regras legislativas que discutíveis não podem ser pela doutrina ou pelo pensamento doutrinário. O que se diz no *ato de instituição* se diz para valer: a teoria que pretende apenas o *fim* como sujeito da *fundação*, peca por demasiado abstrata.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Ver COTRIM NETO, A. B. Conceito jurídico de entidade paraestatal. *Revista de Direito Administrativo*, 83 (66): 32-43.

<sup>33</sup> Em Parecer, proferido como Relator, no processo n.º 444/68, encaminhado ao Conselho Estadual de Educação (Paraná), Guido Arzua, estudando caso da *Fundação Educacional de Mandaguari*, fala em *Natureza Jurídica da Fundação Oficial*. O ilustre professor paranaense, sim, labora em equívoco, porque não se podem criar categorias que a própria lei não comporta. O que existem são *fundações* que o Estado quando *fundador* cria estabelece regras e normas que à doutrina não cabe discutir.

<sup>34</sup> “La teoría que eleva el FIN como sujeto de las fundaciones, peca por demasiado abstrata; por lo además, es de advertir que el fin es más bien la causa que determina la creación de la fundación que la institución misma” (Ver PAOLILLO, Alfredo. Las fundaciones en el derecho uruguayo, p. 70).

É o que agora veremos com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em princípios terminantemente concretos. <sup>35</sup>

Não há reservas quanto ao que dispõe o art. 1.º da Lei n.º 5.371:

*“Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada Fundação Nacional do Índio.*

13. FUNAI: *finalidade e privilégios.* Catalogando as finalidades, na amplitude das suas atribuições diretoras, a FUNAI pretende:

I — estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir:

a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais;

b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de tôdas as utilidades nela existentes;

c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;

d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que a sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II — gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III — promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV — promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V — promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI — despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

VII — exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Alguns privilégios são resultantes do ato de instituição como os abaixo enumerados:

a) os bens, rendas e serviços da fundação são isentos de impostos federais, estaduais e municipais (§ 1.º, art. 2.º);

b) o orçamento da União, consignará em cada exercício, recursos suficientes ao atendimento das despesas da fundação (§ 2.º, art. 2.º);

c) o tempo de serviço prestado à fundação em regime trabalhista será contado como de serviço público (§ 2.º, art. 7.º);

<sup>35</sup> Lei n.º 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

d) a fundação poderá requisitar servidores federais, estaduais e municipais, inclusive autárquicos (art. 8.º);

e) são extensivos à fundação e ao Patrimônio Indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, prazos processuais, ações especiais e executivas, juros e custas.

Por outro lado, não é preciso procurar esclarecer as relações entre a noção determinada de *fundação* e as noções de forma de Estado e forma de regime jurídico.

Na categoria geral dos entes coletivos a *fundação* não é suscetível de distinções fundamentais: no âmbito da sua categoria alguns caracteres particulares a especificam e a distinguem.

Na sua mais simples e geral expressão a *fundação* resulta de um ato, um *processo* e um *fim*: na consecução do *fim* como *objetivo* prevalece a *vontade* pressupondo um poder do todo sôbre as partes.

A necessidade que a vontade superior do Estado se imponha, determinando a ação das vontades subordinadas, importa no emprêgo do processo peculiar e na fixação dos atributos essenciais de qualquer ente coletivo.

Sòmente assim o ente organizado passa a ser juridicamente idôneo à consecução de seus fins, traduzindo em realidade manifestações de atividade administrativa institucional e normativa.

14. *Fundação Teatro Guaira*. Está logo no art. 1.º do Estatuto:

*“A Fundação Teatro Guaira (F.T.G.) é uma pessoa jurídica de direito privado e patrimônio próprio, nos termos da Lei Civil, vinculada à Secretaria de Estado dos Negócios da Educação e Cultura, e tem por objetivos principais e genéricos incentivar as belas artes e proporcionar espetáculos artísticos”*.<sup>36</sup>

Os objetivos previstos no art. 1.º, serão realizados mediante a exploração econômica do patrimônio da fundação, que terá como principal móvel e escopo, proporcionar ao público espetáculos teatrais, musicais e outros de elevado gabarito técnico e artístico, com o objetivo de colaborar na tarefa de aprimoramento cultural do povo e no apoio à realização das atividades artísticas, especialmente na criação e apresentação de peças teatrais, obras musicais, de danças e outros (art. 3.º).

Estas atividades anunciadas compreendem, inclusive a pesquisa científica e pedagógica, ligadas aos respectivos setores (Parágrafo único, do art. 3.º).

Não há qualquer vacilação da técnica legislativa na conceituação da F.T.G., nem hibridismo jurídico e nem características autárquicas, que coloquem a doutrina no plano da controvérsia.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Decreto n.º 18.237, de 6 de fevereiro de 1970.

<sup>37</sup> Era o temor do saudoso ilustre Ministro Oscar Saraiva (*RSP*, op. cit., p. 116).

Não se diga também que haja *evidente engano* ou *equivoco do legislador*, com a atribuição legal de pessoa jurídica de direito privado, quando obedecidas foram as disposições disciplinadoras civis.<sup>38</sup>

Tanto não houve equivoco ou engano que as funções de “Membro do Conselho Deliberativo é considerada de caráter público relevante” (art. 29) e a prestação de contas, depois de aprovadas pelo Conselho, devem “ser encaminhadas aos Tribunais de Contas da União ou do Estado, conforme o caso” (Parágrafo único, do art. 28).

Conquanto falíveis os critérios, nem sempre o poder público legislando com exatidão, ainda perdura a lição de Jêze sôbre a *intenção dos governantes*, como a única a considerar.<sup>39</sup>

Em se tratando de um *estabelecimento público* pròpriamente dito é preciso sempre ter em conta a *vontade do legislador*, sem o que torna-se irrelevante a *vontade estatal*.<sup>40</sup>

E é por essa razão exclusivamente prática que, salvo prevenção doutrinária em contrário, nada impede a inscrição dos atos constitutivos das fundações no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para aquisição de personalidade jurídica.

Estamos com Pontes de Miranda neste ponto: “O Estado faz de direito público a pessoa jurídica; porém não é de seu arbítrio fazer ser pessoa jurídica de direito público qualquer entidade”.<sup>41</sup>

Não estamos com Pontes neste outro: “O fim da pessoa jurídica, sociedade, associação ou fundação é que há de ser público, para que possa ser de direito público tôda pessoa jurídica que tenha fim público ou de interêsse público”.<sup>42</sup>

Há, por conseguinte, como na espécie da F.T.G., uma intenção certa: não prevalece no tipo de fundação qualquer contradição com a realidade objetiva. Não basta, porém, sòmente o *fim*.

De nada valeria organizar *fundações* segundo normas peculiares de direito privado, no sentido de uma maior flexibilidade administrativa, se a doutrina ou a legislação, contraditória ou controvertidamente, pretendem sujeitá-las às normas impossíveis de direito público. Eis porque pecam pela unilateralidade as concepções doutrinárias, que pretendem para as fundações, o afastamento da norma jurídica evidente e positiva.

É bem verdade, pelo que sabemos, que muitas disposições, figurantes nos Códigos Civis, nem sempre possuem a natureza estrita das regras privadas.

<sup>38</sup> DUARTE, Clencio da Silva. Parecer, op. cit.

<sup>39</sup> JÊZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, trad. esp., v. 2, p. 19-31.

<sup>40</sup> “Para saber si existe establecimiento público propiamente dicho, es preciso tener en cuenta la voluntad del legislador (JÊZE, op. cit., v. 2, p. 19-31).”

<sup>41</sup> Ver PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. 1, § 76, p. 294.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., v. 1, p. 294.

Uma norma civil só é aplicável pelo Direito Administrativo na medida em que é eficaz: dispondo dos requisitos para sua aplicação nos casos concretos, produz necessariamente efeitos jurídicos.

Não se nega e nem se pretende negar que as normas civis têm eficácia e valor jurídico com respeito à Administração: são normas que, em verdade, aceitam a intervenção do Estado, tornando mais ampla a atividade administrativa.

Como estamos vendo, essa terminologia *fundações públicas* não corresponde, porém, à realidade, pois há normas civis que também são administrativas, porque fundadas no direito instituído não admitem superposições teóricas.

O que se pretende por ordem jurídica positiva? Não é ela também pública e administrativa?

A caracterização aqui do significado de *ordem jurídica* é de importância, porque se trata de algo a limitar situações subjetivas e a declarar os valores de que o usa o direito (Estado) nas suas diferentes manifestações.

O problema que se ergue sempre de imediato é o de saber qual o valor das normas civis que colaboram na formação e na atuação do Direito Administrativo.

15. *A Opção do Poder Público.* Indispensável que algumas considerações se façam no bom sentido da compreensão do regime jurídico brasileiro.

A questão que divide os autores é a de saber se a personalidade jurídica ou o *fim* são essenciais ao conceito de fundação. Não propriamente *divide* mas entusiasma e exalta na procura de caminhos novos, tornando *preconceituosa* qualquer posição tradicional assentada na responsabilidade opcional do Estado.<sup>43</sup>

Antes de tudo, porém, importa ter presente que tôdas as distinções, exatamente aceitas pela doutrina, essas sim revelam extremado *preconceito publicístico* inaceitável no debate científico.

Evidentemente, não basta a afetação de bens públicos para que, no entendimento entusiasta de numerosos doutrinadores, nasça uma *fundação* terminologicamente diferente da vontade do fundador.<sup>44</sup>

Dizendo que o seu estudo trata “apenas das Fundações de *utilidade pública*, sem embargo de alguma referência acidental às de *utilidade particular*”, Caetano não está generalizando.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Ver como exemplo: SENNA, Homero & MONTEIRO, Clovis Zobaran. *Fundações, no direito, na administração*. FGV, 1970.

<sup>44</sup> “Todavia, a corrente mais forte da doutrina moderna é no sentido de reservar o termo *fundação* para designar uma categoria de pessoas coletivas” (CAETANO. *Das fundações*, p. 25).

<sup>45</sup> “Antes de mais nada, importa ter presente a distinção, geralmente aceite, que em relação às pessoas coletivas se faz entre o *substrato* e a *qualidade jurídica de pessoa*” (CAETANO, op. cit., p. 24-5).

Está, tão sòmente, aproximando o *conceito* da *qualidade jurídica de pessoa* para designar uma categoria dotada de personalidade e de capacidade própria pelo seu texto e contexto legal.

A opção do poder público é antes de tudo *técnica*, para depois ser *jurídica* quanto à fixação processual da natureza individualizada da pessoa jurídica.

Vamos nos abstrair aqui dos instrumentos procurados ou adotados pelo Estado (poder público) e que resultam não de preconceitos, mas da realidade de um sistema legal. Por simples inclinação terminológica não se pode permitir ao Estado instituir *fundações* onde um fim-objeto seja de interesse público ou de utilidade pública.

Quanto aos *instrumentos* são aquêles naturalmente *adequados à lei* e não sòmente ao fim-objeto. Adequados ao que se impõe através do relacionamento com a *lei civil* e com as normas estáveis de convivência jurídica.

É sobretudo pelo *ato de instituição* que a intenção se torna *vinculada* à lei ou ao princípio legal.

Há certas regras jurídicas imponderáveis que são *fronteiriças* e que na prática não se podem fàcilmente separar.

Só o legislador, sòmente êle, ao criar a fundação diz o que ela é, como nasce, vive e se extingue: o ato de instituição é o *fato gerador* nas fundações.<sup>46</sup>

Com as chamadas *fundações públicas* estamos entrando sutilmente numa *dimensão desconhecida* conflitante para disciplinas jurídicas que são harmônicas pelos seus institutos afins.

Talvez amanhã, num futuro não muito remoto, venha o legislador optando, resolver de outra forma ou maneira: não se postula doutrinariamente contra princípio de igualdade, comum para os institutos jurídicos, onde existam e onde se ativem.

Optando, o poder público, ou o Estado, quando cria fundações, leva em conta a *forma legal* e não o que os doutrinadores e juristas digam ou a doutrina possa dizer.

Dois pontos são importantes: 1.º — o da *técnica jurídica* adotada; e

2.º — o do processo mais conveniente.

Considerando a necessidade de agir para melhor plasticidade do serviço, a *opção estatal* em qualquer plano é juridicamente válida e justifica-se pela carência possível dos órgãos administrativos.

A verdade, porém, é que ficam por explicar as profundas dissemelhanças entre o que certa doutrina pretende inovar e o que a prática disciplina em função da *técnica* adotada e do processo conveniente.

<sup>46</sup> "... las instituciones pertenecen al derecho público; las fundaciones al derecho privado; las fundaciones no son más que instituciones privadas" (teoria de Ferrara exposta por Paolillo, op. cit., p. 47).

16. *Unidade na Pluralidade.* É de repetir que a eficácia jurídica das normas civis no campo do Direito Administrativo, está intimamente vinculada ao sistema que manda proteger o interesse público, mas através medida jurídica comum às diferentes categorias jurídicas.

Disso decorre a presença de vários institutos civis no Direito Administrativo, não importando que a doutrina se controverta quanto aos valôres jurídicos reais de plena atividade pública.

Segundo a inteligência de Kelsen, a chamada ordem jurídica constitui uma unidade na pluralidade, *unidade* essa que se exprime por força de proposições jurídicas que não se contradizem.<sup>47</sup>

Colocada nos seus limites, e agindo de acordo com a lei, a vontade do poder público ao instituir *fundações* é a fonte geratriz das obrigações que estatutariamente se consumam.

Os caminhos teóricos sobre os quais pretende a doutrina assentar princípios que consagrem tipos de *fundação pública*, não resultam de qualquer relação jurídica real ou positiva.<sup>48</sup>

Não resta dúvida, que o ato administrativo que institui *fundações* e as medidas estatutárias correlatas é, a seu turno, ato vinculado à lei, e não ato discricionário.<sup>49</sup>

No ato de instituição e no reconhecimento legal está a vida das *fundações*: daí porque não podem quebrar a unidade na pluralidade e nem deixar de observar as prescrições legais.<sup>50</sup>

Quanto ao problema da *personalidade* é um produto do ordenamento jurídico, dependente da concepção exclusiva do Estado ou da vontade criadora orientada com fundamento na lei.<sup>51</sup>

Tiremos daí duas conclusões: 1.<sup>a</sup> — tudo aquilo que, na ordem administrativa, puder ser feito por órgãos privados ou pessoas coleti-

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. port., v. 2, p. 28.

<sup>48</sup> "Em cada relação jurídica é possível distinguir dois elementos: em primeiro lugar, uma relação em si, que é a matéria; e, em segundo lugar, a determinação jurídica dessa matéria. O primeiro elemento pode ser designado como *elemento material* das relações jurídicas ou mero fato delas; o segundo *elemento formal*, ou seja, o caminho através do qual a relação fática é elevada à forma jurídica" (Ver STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*, p. 129).

<sup>49</sup> "O ato de instituição é a manifestação de vontade pela qual o instituidor afeta um patrimônio a realização de certo fim duradouro" (CAETANO, op. cit., p. 31).

<sup>50</sup> Em Portugal são características algumas fundações de fins públicos ou de utilidade pública: a Fundação da Casa de Bragança, criada pelo Art. 10 do Decreto-lei n.º 23.240, de 21 de novembro de 1933; a Fundação Ricardo Espírito Santo, reconhecida pelo Decreto-lei n.º 39.190, de 27 de abril de 1953; e a Fundação Calouste Gulbenkian, instituída pelo Decreto-lei n.º 40.690, de 18 de julho de 1956, aprovando os respectivos estatutos. Nenhuma delas arroga à condição de *fundação pública*. Nem mesmo há essa preocupação quando o Estado é o *fundador*...

<sup>51</sup> "Mas o que está vedado à fundação é praticar atos sem relação com os seus fins principais ou que transformem em seu objeto predominante uma atividade acessória" (CAETANO, op. cit., p. 99).

vas, interessa à Administração sem prejuízo para a unidade da ordem jurídica; e

2.<sup>a</sup> — tudo aquilo que, na ordem administrativa, puder ser descentralizado sem prejuízo dos fins, interessa à Administração como meio normal de efetivação dos seus objetivos públicos.

No entanto, nem todo e qualquer meio é admissível, senão aqueles indicados pelo processo jurídico mais conveniente ou pela técnica jurídica com respeito à formação da personalidade, à capacidade civil das fundações e à especialidade também.

Em se tratando de pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, como no caso peculiar e característico das fundações de fins públicos, o princípio da especialidade não impede que a afetação envolva bens patrimoniais do Estado.

Visto como o objetivo da Administração (ou do Estado) é um objetivo prático, a vinculação ao processo privado não afasta o poder público dos seus propósitos mais essenciais.

Sucede, como resultado, que sem a especificação do fim que se pretende ver realizado, não haveria justificação para que o Estado criasse *fundações* ou outros órgãos públicos ou administrativos. Além disso, as formas específicas que atuam no direito público correspondem ao processo privado, a menos que a unidade jurídica se abstraia da realidade institucional.

Compreendidas assim as coisas, vemos que muitos problemas que embaraçam a doutrina, podem ser resolvidos de maneira prática quando não exprimem posições falsas quanto ao regime adotado.

Naquilo que concerne, porém, à atividade administrativa exterior do Estado, isto é, suas relações com o direito privado, nada pode reffrear a tendência para criar fundações nos limites legais.

17. *As Diferentes formas de Execução dos Serviços Públicos.* Em rápida análise, torna-se evidente que a noção do *serviço público* no Direito Administrativo, “passou a ter conteúdo e sentido muito mais amplo, atuante e dinâmico, substituindo o Estado a própria iniciativa privada”,<sup>52</sup> ou o Estado intervindo pelo processo privado.

Isso vale para as *fundações* que, com a execução indireta de um serviço, através de terceiros, passam a se constituir em órgãos ou organismos-pessoas, capazes de atender algumas necessidades essenciais públicas no campo de aplicação das regras administrativas.

Na tarefa de execução do *serviço público*, tanto valem hoje os métodos-processos tradicionais em que assentam conhecidos institutos, como os instrumentos mais novos que oferecem ao Estado possibilidade de execução e exploração de numerosas atividades de interesse geral.

<sup>52</sup> PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. *RDA*, 60:3.

No regime do Código Administrativo português há a preocupação, que inexiste na legislação brasileira, de distinguir certas posições jurídicas que são harmônicas, admitindo-se a existência de *institutos* ao lado das propriamente chamadas *fundações*.<sup>53</sup>

Não obstante, configurando situações para o desempenho de atividades consideradas de interesse coletivo, corporificou-se no Brasil sistema onde os instrumentais de processo privado e civil atuam, num sentido bastante amplo de delegação de missões administrativas.

Na lição de Altamira, é a *própria Administração*, valendo-se da polícia e da organização sistemática dos serviços públicos, utilizando diferentes elementos para agrupá-los em uma *síntese orgânica*, dentro em normas sob as quais deve desenvolver-se a atividade governamental.<sup>54</sup>

Assim é no regime das *concessões* e das *sociedades de economia mista*, das *empresas públicas* e das *fundações*, das *corporações* e das *autarquias*, com a ocorrência na estrutura de cada pessoa administrativa dos elementos adequados às circunstâncias legais e de fato.

Malézieux, penetrando nas diferentes concepções de organização administrativa, deixa entender para as categorias de pessoa ao serviço da Administração, que a gestão de um serviço público por um organismo privado "*est un phénomène de plus fréquent en droit administratif*".<sup>55</sup>

Para Alessi, que considera a formação da vontade administrativa um fenômeno complexo que pressupõe uma manifestação formal, é importante a *qualificação do procedimento*.<sup>56</sup>

Há a considerar, na opinião de Alessi, aquilo que chama de *motivazione del provvedimento* ou por *validità del provvedimento* ou então por *determinazione volitiva amministrativa*.<sup>57</sup>

Precisamente pela *qualificação do ato-procedimento* a liberdade da forma está vinculada à lei ou deriva de uma explícita prescrição legal, "*in quanto applicabili ai due campi, privatistico e pubblicistico, possono bene assurgere i principi e concetti di teoria generale del diritto*".<sup>58</sup>

53 "Em relação às fundações assistenciais, o art. 1.º do Decreto-lei n.º 35.108 chamou ao Governo, hoje ao Ministro da Saúde e Assistência, a direção da política da assistência, em que se inclui *orientar, tutelar e inspecionar os organismos, instituições ou serviços que se destinem a prestá-la*" (CAETANO, op. cit., p. 113).

54 ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *La responsabilidad del Estado, poder público, en las distintas manifestaciones de su actividad*. Responsabilidad extracontractual del Estado, p. 113-114.

55 MALÉZIEUX, Raymond. Les personnes morales para-administratives. *Manual de droit administratif*, cap. 7, p. 81.

56 ALESSI, Renato. L'attività dell'amministrazione pubblica. *La responsabilità della pública amministrazione*, p. 77-81.

57 ALESSI, Renato. Op. cit., p. 89-101.

58 ALESSI, Renato. Op. cit., p. 82.

Esse limite à lei, como requisito de legalidade em sentido lato, impõe à Administração o respeito pela norma jurídica, numa “*esigenza di conformità alla legge della azione amministrativa...*”<sup>59</sup>

18. *O Código Civil e o Direito Administrativo.* Diríamos aqui o mesmo que já disse, com rara exatidão de pensamento doutrinário, Ruy Cirne Lima: “tem o Direito administrativo, nas codificações civis, lugar semelhante ao dos fatos naturais, reconhecidos ou definidos pela ordem jurídica”.<sup>60</sup>

Ninguém nega a acolhida, aberta pelo Código Civil ao Direito Administrativo, “êsse entrelaçamento de ambos, tão largo em extensão quão vário em expressão”, emprestando “efeitos civis a situações hoje regidas pelo Direito Administrativo”.<sup>61</sup>

Não há verdade mais certa que a enunciada por Cirne Lima: “delinea e desenvolve o Código Civil, com singular nitidez, os princípios fundamentais do Direito Público”.<sup>62</sup>

No que toca a *relação de administração*, é ela do conhecimento do Direito Privado, como também do Direito Público: “a par das formas privatísticas, que regula, a relação de administração, retraça-lhe, ainda, o Código Civil, a noção publicística, tomada ao Direito Administrativo”.<sup>63</sup>

Analisando, com igual profundidade, sob outro ângulo, diz Seabra Fagundes: “a trajetória do Direito Administrativo, em face das normas do Direito Civil, tem de principiar pela utilização delas através do adequamento hábil, até atingir, superando-as, a construção de prin-

Na utilização das regras do Direito Civil, em conformidade com a índole do Direito Público, ao que informa Seabra Fagundes, está, em grande parte, “o segredo da supressão das insuficiências do Direito Administrativo em termos convenientes aos interesses público e individual, às necessidades da Administração e às garantias do administrado”.<sup>65</sup>

Impossível ao Direito Administrativo renegar ou não reconhecer tão importantes contribuições à sua *formação*, sistematização e estrutura moderna, quando institutos existem, como o da *desapropriação*, que apesar das implicações privatísticas, encontra nêle a sua regulação específica como específico modo de extinção da propriedade privada.

A natureza do ato administrativo serve, no exemplo das *fundações*, à caracterização do fato-princípio-legal, embora não seja lícito afir-

<sup>59</sup> Id., *ibid.*, p. 83.

<sup>60</sup> Ver O Código Civil e o direito administrativo. *RDA*, 62:1.

<sup>61</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *RDA*, 62:14.

<sup>62</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *RDA*, 62:3.

<sup>63</sup> Id., *ibid.*, 62:9.

<sup>64</sup> Ver Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo. *RDA*, 78:10.

<sup>65</sup> SEABRA FAGUNDES, M., *op. cit.* 78:10.

mar que elas se encontram sob a égide do Direito Administrativo, ou escapem pelo fim ao processo declaradamente privado.

Válida é a objeção de Lafayete Pondé: “não há duas vontades, ou atividades do Estado, uma de Direito Público, outra de Direito Privado, pois ela é sempre uma só, formada e manifestada sempre por um processo de direito público, embora seus efeitos possam regular-se pelos preceitos do direito privado, quando de direito privado a categoria jurídica utilizada”.<sup>66</sup>

Ressalte-se, no entanto, num sentido de manifestação da vontade administrativa, a causa ou o motivo legal, do porque o Estado nas *fundações* acolhe uma categoria jurídica transformando-a, mas não descharacterizando-a, sem admitir sequer qualquer diferenciação conceitual.

Feita a ressalva quanto à categoria jurídica utilizada, é o próprio Estado para a necessária eficácia do *ato de instituição* quem, não fazendo distinções conceituais, estabelece as condições onde as relações administrativas são as mais puras e conformes à ordem jurídica.

19. *Aplicabilidade da Norma Privada no Direito Administrativo.* Mas o Direito Administrativo não tem por que depender do Código Civil e nem êste, na expressão de Bielsa, propõe-se a regular relações que são do domínio daquele.<sup>67</sup>

O problema não se resolve pelos desentendimentos que o jurista argentino parece suscitar: em razão do interesse público pode o Estado quando quiser utilizar-se das categorias jurídicas privadas.<sup>68</sup>

É o próprio Bielsa, refletidamente, voltando atrás em alguns argumentos, que explica textualmente:

“*sin embargo, las normas del Código Civil tienen un valor científico indiscutible; nosotros precisamente hemos adoptado como criterio sistemático en nuestro ensayo de clasificación de hechos y actos administrativos, la clasificación del Código; y digo adopción, como pudiera decir adaptación analógica de la sistematización y metodología del Código en ciertas instituciones de Derecho administrativo; porque a este respecto es tan evidente la semejanza formal entre ciertos actos jurídicos privados y los actos administrativos, como es distinto el contenido de unos y otros; aun diría que hay identidad de concepto entre ambas figuras jurídicas*”.

Nada de nôvo, portanto, está acontecendo com o *poder público* e as *fundações*: com respeito à manifestação unilateral de vontade ou bi-

<sup>66</sup> Ver A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. RDA, 63:18.

<sup>67</sup> BIELSA, Rafael. *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, página 69.

<sup>68</sup> Em todo o seu ensaio, Bielsa faz por ressaltar, com certa virulência, o temor de que o Direito Administrativo (já autônomo) se inferiorize diante do Direito Civil, perdendo substância e conteúdo programático. Reconhece, todavia, a importância que as normas privadas têm para o Direito Administrativo.

<sup>69</sup> BIELSA, Rafael. Op. cit., p. 78.

laterais, as regras são iguais e análogas ou assim podem ser, tanto para o Direito Privado como para o Direito Público.<sup>70</sup>

Felix Sarría, é entre os administrativistas, quem sabe, aquêlê que deu maior ênfase à influência das normas civis no Direito Administrativo, apontando na sua obra um tanto ultrapassada os elementos que de início atuaram para a conceituação moderna do *serviço público*.<sup>71</sup>

Já Eustorgio Sarría, administrativista colombiano, aceitando o ensinamento de Jêze, concorda em que instituições de utilidade pública ou comum "*pueden cooperar, y de hecho cooperar en la eficaz prestación de importantes servicios públicos*".<sup>72</sup>

Jamais será preciso com as *fundações* retirar delas a sua peculiar configuração jurídica: o Estado quando as cria tem por objeto obter a cooperação de uma pessoa jurídica privada, indispensável em certos casos para a organização de serviços do interesse da Administração.<sup>73</sup>

Trata-se, no Brasil, ao que se vê, de uma nova forma de *administração delegada*, relizada por conta e risco do poder público, utilizando-se o Estado do recurso das normas privadas, ou das regras que estabelecidas estão na legislação civil.

Assim não fôsse, poderia o poder público denominá-las de *estabelecimentos públicos* num processo próprio de descentralização por ser-

<sup>70</sup> Consultar trabalho já antigo e magnífico de Gastón Jêze, também na oportunidade citado por Rafael Bielsa: De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public. *Revue de Droit Public*, 40, ano/1823.

<sup>71</sup> No entender de Felix Sarría, propriedade intelectual, patentes de invenção, marcas de fábrica, população, censo, imigração, leis agrárias, emigração, comunicações, navegação e aeronavegação, domínio do mar, rios navegáveis, cemitérios, educação primária, secundária e universidades, fazem matéria administrativa "*al que o Estado debe prover por diversos medios, directos unos, indirectos otros, por acción exclusiva a veces, por acción concurrente y aún por delegación otras*" (ver Derecho administrativo, tomo 2, Córdoba, 1950). Nota-se, na obra de Sarría, não a dependência, mas a influência informativa das regras de direito privado.

<sup>72</sup> Ver DERECHO ADMINISTRATIVO, p. 174.

<sup>73</sup> Fundações existem em tôdas as unidades estaduais brasileiras cooperando com o poder público com fins de especialidade pública: Bem-Estar Social (Acre), Assistencial, Cultural e Educacional (Alagoas), Amazônia (Amazonas), Otávio Mangabeira (Bahia), Educacional Presidente Kennedy (Ceará), Hospitalar do Distrito Federal (Brasília), Educacional (Espírito Santo), Instituto Profissional Agro-Industrial S. José (Goiás), Casa Rui Barbosa (Guanabara), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Guanabara), Casa do Estudante do Brasil (Guanabara), Universidade Mineira de Arte (Minas Gerais), Educacional Coelho Neto (Maranhão), Universidade do Mato Grosso (Mato Grosso), Pestalozzi (Pará), José Américo (Paraíba), Casa do Estudante Universitário (Paraná), Universidade Regional do Nordeste (Pernambuco), Marechal Pires Ferreira (Piauí), Professor Miguel Couto (Rio de Janeiro), Leão XIII (Rio Grande do Sul), Universidade de Blumenau (Santa Catarina), Universidade Federal de São Paulo (São Paulo), Universidade Federal de Sergipe (Sergipe), entre outras tantas e numerosas. São instituições, tôdas elas, cujos objetivos se confundem com os objetivos públicos.

viço, pois num sentido de compreensão geral tanto os *estabelecimentos* como as *fundações* sòmente podem ser criados através de lei.

Na verdade, as semelhanças de estrutura são evidentes e reais, dando margem à confusão doutrinária: mas, na verdade, qualquer atividade desenvolvida no interesse do Estado, se não fôr bem definida provoca inconseqüentes posições de conhecimento e de crítica políticas.

Acontece, porém, que o *estabelecimento público*, ao contrário das *fundações* de fins públicos, é um organismo descentralizado, parte da Administração, com a autonomia que lhe é peculiar e submetido a normas objetivas jurídicas especiais.<sup>74</sup>

Alargue-se o pensamento de Bielsa para dizer “*que las reglas de derecho privado son aplicables en tanto y cuanto son compatibles con el buen funcionamiento de los servicios públicos...*”<sup>75</sup>

Com muito mais razão quando o impulso à criação da *fundação* é dado pela vontade do poder público quando destina um complexo de bens a uma dada finalidade, instituindo uma pessoa jurídica autônoma.<sup>76</sup>

Clovis Bevilacqua, com grande autecipação, já previra *fundações* instituídas pelo Governo Federal e que não poderiam sofrer a tutela das autoridades estaduais, em virtude da natureza dos fins que se mantivessem na esfera dos interesses federais.<sup>77</sup>

Vampré, não de agora, mas de há muito, anotava a *fundação* como uma pessoa jurídica instituída, por liberalidade privada, ou pelo *Estado*, para um fim de utilidade pública ou beneficência.<sup>78</sup>

Modernamente, Barros Monteiro ressalta que em face do nosso direito, “a *fundação* é entidade cuja natureza não consiste na coletividade dos seus membros, mas na disposição de certos bens (elemento predominante) em vista de determinados fins”.<sup>79</sup>

Ou, afirmando, novamente, com Bielsa, que “*la ley civil tiene un valor positivo, como ley que es, pues nada se opone a sua aplicación extensiva, por analogía, en materia administrativa; por lo demas, el Derecho administrativo tiene en no pocas de sus instituciones un carácter patrimonial evidente, en cuyo caso la aplicación de sus reglas y principios es indudable*”<sup>80</sup>

Em nada contrariando os princípios que regulam juridicamente a atividade administrativa, as *fundações* como estão sendo criadas no Brasil não violentam o regime jurídico positivo e, na sua forma e efeitos de direito comum, podem estender-se às relações entre a Administração e os administrados, não obstante fins possíveis de serviço público.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> SARRÍA, Eustorgio. Op. cit., p. 171.

<sup>75</sup> BIELSA, R. Op. cit., p. 79.

<sup>76</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 1, p. 404.

<sup>77</sup> Ver CÓDIGO CIVIL COMENTADO, p. 224.

<sup>78</sup> VAMPRE, Spencer. *Manual de direito civil brasileiro*, v. 1, § 24.

<sup>79</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 1, p. 130.

<sup>80</sup> BIELSA, R., op. cit., p. 83.

<sup>81</sup> BIELSA, R., op. cit., p. 83.

Na sua aplicação extensiva da regra civil ou da lei, o poder público não quer e não deseja outra coisa que o auxílio de um instituto consagrado, sem com isso jamais pretender criar configurações novas que favoreçam distorções da ordem ou na ordem jurídica comum.

A prática hoje adotada no Brasil parece fundamentar-se em uma experiência jurídica e razoável e sem lugar para generalizações errôneas, eis que aproximada da natureza dinâmica do Estado e assentada na autonomia de vontade do poder público.

Está claro que as necessidades e objetivos do Estado devem ser determinados em forma realista, guardando correta consonância com a verdade legal com respeito à técnica melhor adequada ou com o afastamento de dilemas genéricos geradores de situações contraditórias.

A possibilidade de formalizar adequadamente a atividade administrativa, nunca alheou a Administração de experiências tornadas estimulantes para o desenvolvimento das funções estatais.<sup>82</sup>

20. *Conclusão.* Uma conclusão salta inconfundível: “*En la gestión de los servicios públicos, los principios del derecho civil, o mejor dicho, dominantes en el derecho común, pueden regular y dar solución conveniente a situaciones jurídicas, esencialmente análogas, de la Administración pública; de donde una vinculación y aun unificación de aquel derecho y del Derecho Administrativo*”.<sup>83</sup>

No problema conceitual relativo às *fundações* e como está no Brasil praticamente colocado, sobreleva apenas a importância da *tutela administrativa* como elemento configurado pelo direito positivo ou por determinação expressa no *ato criador*.

Dá o problema, como está juridicamente colocado, solução conveniente para as diferentes situações jurídicas, porém semelhantes na essência, no conteúdo e na forma: nem é possível imaginar, que o poder público instituindo *fundações*, esteja criando estabelecimentos públicos no melhor modelo francês ou italiano. O que o poder público quer, como declaradamente expressa, outra coisa não é que tornar as *fundações* em pessoas administrativas desvinculadas da Administração, mas com a capacidade personificada para o exercício de peculiares serviços públicos.

Eis o motivo da importância da *tutela* onde se execute para a proteção jurídica de uma pessoa criada pelo Estado: da *tutela* no seu aspecto tradicional de processo jurídico e de conveniência para os interesses públicos que estão em jogo.

Convém, porém, acentuar, que novidade alguma existe quanto à doutrina, pois a *tutela administrativa* no entender de Marcel Waline

<sup>82</sup> “*La Administración Pública de nuestros días debe tener como características esenciales el dinamismo y la eficacia* (HARTETAS, Julio H. — Metodología para el relevamiento de las necesidades de capacitación en la administración pública — *Ciencias Administrativas*, 29:79.

<sup>83</sup> BIELSA, Rafael. *Relaciones*. Op. cit., p. 14.

se exerce plenamente sôbre as pessoas administrativas descentralizadas ou sôbre as pessoas de Direito Privado.<sup>84</sup>

Mais exato, em favor do procedimento legal adequado, está Jean Rivero quando aceita a *tutela administrativa* como a necessária fiscalização exercida pelo Estado, desde que se trate de órgão descentralizado, mas tudo e sempre nos limites fixados pela lei.<sup>85</sup>

De igual maneira, também exata é a posição de Vedel, alertando para o princípio do *respeito à legalidade*, no sentido possível de se preservar o interêsse nacional (maior) com relação aos interêsses menores ou de órgãos auxiliares descentralizados.<sup>86</sup>

Quanto ao clássico Hauriou, além da *sujeição legislativa*, os órgãos descentralizados quaisquer sejam, estão submetidos à fiscalização, não obstante para o jurista francês essa tutela não se confundir com a tutela no direito privado.<sup>87</sup>

Importa concluir, pois, considerando alguns pontos já aqui examinados e que dizem respeito às *fundações*, para saber-se como e quando a tutela administrativa se efetiva.

Não basta a aplicação dos preceitos do Código Civil que são ou podem ser insuficientes. Por outro lado, o caráter de entidade fundacional de certas pessoas, pressupõe necessariamente uma declaração formal de vontade, resultante da natureza e extensão das suas atribuições.

Coexistem, nas *fundações*, pelo menos no direito brasileiro, a personalidade jurídica de direito privado com a personalidade jurídica das pessoas administrativas.<sup>88</sup>

No ato de instituição e na formulação estatutária, o poder público fixa atribuições e limites de competência, os modos de como se proceder na atividade financeira, os meios relacionados obrigatórios para a apreciação das contas financeiras e a sujeição das fundações ao regime jurídico melhor conveniente.<sup>89</sup>

Contra a vontade do fundador, com mais razão sendo êste o poder

<sup>84</sup> Ver WALINE, Marcel. *Droit administratif*, p. 423.

<sup>85</sup> RIVERO, Jean. *Droit administratif*, p. 26.

<sup>86</sup> VEDEL, O. *Droit administratif*, p. 487.

<sup>87</sup> HAURIOU. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 64.

<sup>88</sup> "Lo mismo puede decirse de la personalidad jurídica de derecho privado, que puede coexistir con la personalidad administrativa" (BIELSA, R. Relaciones. Op. cit., p. 57).

<sup>89</sup> "Quanto mais complexa seja a organização política do Estado, não se liberta êle da necessidade de racionalizar as suas técnicas, de estabelecer processos adequados aos seus fins, pretendidos, de se organizar em acôrdo com a lei científica da divisão do trabalho. Para isso, na sua estrutura constitucional, não só cria como reconhece a existência natural de órgãos, subórgãos, órgãos auxiliares e organismos vários, que, integrados, funcionam como seres independentes, dentro em princípios normativos coordenados de Administração" (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Teoria do órgão no direito administrativo. RDP, 9/32).

público, pode a doutrina insurgir-se para dizer o contrário do que êle diz ou para afirmar diferente do que a lei estabelece.

Parece-nos, também, frustrada a tentativa da referida posição doutrinária em basear-se na distinção entre fundações privadas e fundações públicas, desconhecendo a eficácia das normas jurídicas aplicadas e sujeitas à ordem jurídica estatal em geral.

O critério publicístico para as *fundações* é, realmente, falso, por assentar-se numa premissa *não definida*, desde que controversia não existe quanto ao destino das normas jurídicas adotadas.

A questão torna-se por demais fluida, indefinida, indeterminada ou incaracterística, para que possa fazer sistema doutrinário com a distinção de normas cuja eficácia e aplicabilidade são indiscutíveis na esfera de atividade da Administração.<sup>90</sup>

Além da ordem pública ou da ordem jurídica, também a *ordem administrativa* constitui conceito objetivo e real como categoria natural ou institucional.

Finalmente, medidas de proteção e defesa da atividade administrativa, também autorizam a atuação do poder público quando faz das *fundações* instrumentos para a execução de serviços públicos.

Não é novidade afirmar que o Estado tende, cada vez mais, a ser social como é a Administração, podendo num *direito* que é *seu* buscar os instrumentos jurídicos adequados à efetivação dos serviços públicos.

Saliente-se, em última análise, que o enorme instrumental da vida jurídica moderna impõe métodos hermenêuticos ao Estado e à Administração e soluções compatíveis com as exigências da realidade social em face da ordem jurídica.

A complexidade do problema é, porém, bem conhecida dos juristas quando se trata de limitar qualquer solução ao âmbito de influência do Direito Público, com desprezo pelas regras de direito interno que correspondam às fundações.

O importante, no entanto, está em determinar a vontade da Administração sobre os elementos jurídicos de que dispõe, sejam êsses elementos de natureza objetiva ou de ordem subjetiva.

<sup>90</sup> Quando êste estudo já estava terminado, surgiu a notícia de um *anteprojeto de lei*, que seria encaminhado ao Presidente da República (no Brasil), para que as "fundações públicas ou privadas", de fins não lucrativos, sejam beneficiadas com imunidade tributária federal, precedida, em cada caso, de proposta do Conselho Federal de Cultura. Estuda-se, ainda, nesse *anteprojeto*, a concessão de estímulos fiscais, quanto ao impôsto de renda, às doações e subvenções, feitas por pessoas físicas e jurídicas, a órgãos autônomos da administração federal, que tenham finalidades culturais. Nada mais certo. Mas, com respeito à problemática das *fundações*, a questão não se desloca com tanta simplicidade. Que haja intervenção do Conselho Federal de Cultura para a concessão, pouco há a dizer. Mas é no *ato de instituição* e na orgânica estatutária, que as *fundações* instituídas pelo poder público ganham privilégios, regalias ou imunidades. Fora disso, está o poder público no Brasil, descaracterizando desnecessariamente instituições, quanto ao problema dos *meios* e dos *fins*.