FUNDAÇÃO EDUCACIONAL – CRIAÇÃO – AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

PARECER

CONSULTA

Consulta-nos a Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (Fundep) acerca das implicações, sobre sua situação jurídica, decorrentes da expedição, pelo Poder Executivo federal, do Decreto nº 95.904, de 7 de abril de 1988, alterado pelo de nº 96.017, de 6 de maio de 1988.

INTRODUÇÃO

1. O ato administrativo em pauta, consoante sua ementa, se propõe dispor sobre as relações de organismos da Administração Federal com pessoas jurídicas que menciona.

2. Duas ordens de entes são alcançadas pelas disposições do decreto:

a) pessoas jurídicas criadas junto a órgãos ou entidades da Administração Federal, sem autorização legislativa específica: arts. 1º e 3º;

b) pessoas jurídicas, em geral, instituídas por órgãos ou entidades da Administração Federal, em virtude de mero ato administrativo, sem autorização legal: art. 4º.

Consta que o diploma em foco teve em mira, basicamente, as fundações de apoio às instituições federais de ensino superior (que poderiam parecer estar em ambos os conjuntos, numa faixa de interseção), embora, na verdade, tenha, diante de seus termos, grupos amplíssimos de destinatários.

O grupo *a* abrange, por exemplo, associações de servidores, inclusive docentes; de alunos, fundações de previdência complementar.

O segundo alberga, até mesmo, empresas estatais criadas, *ex novo* ou por transformação, sem a mencionada autorização.

E abrangeria, também, de modo pleno, as fundações de previdência complementar instituídas por entidades da Administração Indireta, não fora a ressalva (com aparência de extensão) contida no art. 8º, ressalva discriminatória, conforme acentuaremos adiante.

2.1 Interessa-nos o conjunto das fundações de apoio, em que se insere a Fundep.

Com referência a elas, terá o decreto em tela validade e eficácia?

3. Acerca das fundações de apoio às IES examos, anteriormente, parecer, a pedido da própria Fundep e de co-irmãs suas, trabalho ao qual ora nos reportamos.

Limitemo-nos a recordar, no momento, que elas têm sido instituídas ou co-instituídas por pessoas físicas (inclusive, docentes universitários) ou jurídicas particulares; ou instituídas pela própria IES, de que são entidades de auxílio e fomento, ou co-instituídas por essa e por terceiros (arts. 1º a 4º do decreto).

Em qualquer caso, a natureza é a mesma: fundações privadas, particulares, regidas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, criadas com a aprovação dos atos de instituição e dotação, e dos respectivos estatutos, pelo Ministério Público estadual (sob cujo velamento se encontram), e com o registro daqueles no Ofício de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

3.1 A própria designação fundação de apoio reflete a posição jurídica dessas entidades fechadas (ainda que, sob certo aspecto, parcialmente), como entes de auxílio e fomento das IES.

Tal procedimento jurídico corresponde a uma forma de aproveitamento da atividade de terceiros, com caráter estritamente objetivo, porquanto a participação do ente de auxílio e fomento é através de sua atuação, no desenvolvimento de ações conexas ou continentes: a natureza jurídica, no caso particular, mantém-se inalterada.

As fundações de apoio são auxiliares das IES públicas, seu suporte, conforme salientado, num campo propício à atuação fundacional, e que é o setor do ensino, mas mantêm íntegra sua condição de fundações particulares, isto é, de Direito Privado Civil, dos Códigos Civil e de Processo Civil, sejam elas instituídas ou co-instituídas por autarquias universitárias ou por particulares.

3.2 Indicamos, em nosso estudo anterior, uma série de entidades fundacionais de auxílio e fomento, dentre elas a Fundação Vale do Rio Doce, que, instituída e dotada pela Companhia Vale do Rio Doce, empresa da Administração Federal Indireta, presta assistência aos empregados da instituidora, no campo da aquisição da casa própria.

Conjunto relevante, na espécie em pauta, é o constituído pelas fundações fechadas de previdência privada (complementar).

3.3 Essas fundações de seguridade social têm posição assemelhadíssima às fundações de apoio às IES – subconjunto que são de uma mesma categoria – inclusive enquanto criadas por entidades da Administração Pública, como a pioneira, Petros – Fundação Petrobrás de Seguridade Social, a que se seguiram numerosas outras, tais como a Eletros – Fundação Eletrobrás de Seguridade Social; e Valia – Fundação Vale do Rio Doce de Seguros Social; a Telos – Fundação Embratel de Seguridade Social; a Fapes – Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES; a Previs – Fundação de Previdência dos Servidores do IRB; a Funceb – Fundação dos Economiários Federais.

Entes de auxílio das pessoas jurídicas que as instituíram, destinatárias imediatas suas (daí, a designação entidades fechadas), e não do Poder Público, foram criadas inteiramente no regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, e, conseqüentemente, submetidas à provedoria do Ministério Público Estadual, desde o instante inicial de sua instituição.

Mesmo depois do advento da legislação específica sobre tais fundações de seguridade social, iniciada pela Lei nº 6.435, de 15.7.77 – lei formal –, preservaram elas sua condição de entidades privadas, não integrantes da Administração Pública.

3.4 A posição de auxílio e fomento à entidade criadora não desnatura a função social da fundação-criatura, na medida em que essa colaboração tem por objetivo a sociedade, associação, fundação ou autarquia instituidora, como instituição social, enquanto comunidade (de empregados, de alunos, de professores, etc.). Daí, nítido o sentido social, coletivo.

A posição de uma fundação do Código Civil, de ente de auxílio e fomento de uma outra instituição, não a desnatura, não a desqualifica, não a transmuda em fundação de outra categoria jurídica.

E, é óbvio, não afeta sua identidade, sua personalidade.

É diante dessa realidade jurídica que terá de ser considerado o Decreto nº 95.904/88.

I

4. Analisaremos, inicialmente, o contido no art. 4º e respectivo parágrafo único, do ato administrativo em apreço, que prescreve:

"Art. 4º As pessoas jurídicas, instituídas por órgãos ou entidades da Administração Federal, em virtude de mero ato administrativo, sem autorização legal, serão dissolvidas no prazo de 30 dias.

Parágrafo único. Caberá aos dirigentes dos órgãos e entidades da Administração Federal adotar as providências necessárias ao cumprimento deste artigo."

2. Observemos, preliminarmente, que o ato administrativo em tela tem caráter ordinatório, mandamental, encerrando ordens, comandos.

No caso do art. 4º e respectivo parágrafo único, a ordem é endereçada aos dirigentes dos órgãos ou entidades da Administração Federal que criaram, sem autorização legal, pessoas jurídicas.

3. Os primeiros questionamentos que se colocam no estudo do ato decretal em pauta são:

a) Uma universidade, autárquica ou fundacional, é entidade da Administração Pública federal?

b) Em o sendo, pode ser ela destinatária de ordens do Executivo, em ato firmado pelo Presidente da República e por ministros que não o da Educação?

4. A caracterização legal das universidades autárquicas como autarquias de regime especial, e das fundacionais como fundações de direito público, todas dotadas de autonomia administrativa e financeira (arts. 3º e 4º da Lei nº 5.540, de 28.11.1968), importa, indubitavelmente, na diferenciação ostensiva da vinculação delas à Administração Direta em confronto com a que se verifica, quando se trata de autarquias administrativas ou fundações públicas comuns.

Em nosso primeiro trabalho, sublinhamos (subitem 15.3):

"Podemos vislumbrar que a vocação das IES-autárquicas (autarquias de regime especial) ou fundacionais (fundações públicas, também com regime especial, nos termos do prescrito pelo Decreto-lei nº 2.299/86 e pela Lei nº 7.596/87) é, na realidade, a Paradministração, onde, como acentuado, se situam entidades com regimes heterogêneos, inclusive de direito público, autarquias paradministrativas, como é o caso das seções da OAB e, atualmente, de todas as entidades incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, as quais foram eximidas de supervisão ministerial, consoante o disposto no Decreto nº 93.617, de 21.11.86."

É situação semelhante à do Ministério Público, instituição que, mesmo sem personalidade jurídica, não integra a Administração Pública.

4.1 De todo modo, ainda que tenhamos as universidades como integrantes da Administração Pública Indireta, sua situação, dada a autonomia administrativo-financeira de que são revestidas,

parece pô-las a salvo desse tipo de comando, pois que, do contrário, estaríamos diante da negação da autonomia, especificamente sob os ângulos administrativo e financeiro.

5. Por outro lado, os dirigentes universitários, conforme demonstraremos, não teriam condições jurídicas de por si sós extinguir as entidades fundacionais.

Ademais, consoante evidenciaremos, como teriam de contar com a atuação de outros órgãos (a Curadoria de Justiça do Ministério Público, os órgãos jurisdicionais), não poderiam responsabilizar-se pelo cumprimento de uma ordem de extinção, mesmo porque Ministério Público e Judiciário não estão submetidos a ordens do Executivo.

5.1 Em conseqüência, ainda mais ostensivamente inviável é a imputação do encargo aos dirigentes para cumprimento no prazo de noventa dias.

Dada a impossibilidade apontada, não incide o disposto no art. 7º do Decreto, que prevê sanções para o descumprimento da ordem: *ad impossibilia nemo tenetur.*

É de ver-se que tentar extinguir as fundações ilicitamente é que acarretará a responsabilização dos dirigentes universitários.

Com efeito, as repercussões patrimoniais de toda ordem (de direito privado, trabalhista, nesse último caso pela ocorrência do fato do príncipe: art. 486, e §§, da CLT) acarretariam a responsabilidade, também, da universidade e, até mesmo, da União Federal, cujo Executivo expediu a ordem.

6. A ordem contida no art. 4º, e parágrafo único, do Decreto nº 95.004/88, é no sentido da dissolução das pessoas jurídicas, instituídas por órgãos ou entidades da Administração Federal, em virtude de mero ato administrativo, sem autorização legal.

7. Observe-se, desde logo, que fundação não se dissolve, extingue-se, sendo o termo dissolução próprio para sociedades e associações.

7.1 Outrossim, a morte de uma fundação existente só pode dar-se ou por decretação de nulidade ou por anulação de seu processo de criação; ou por extinção em decorrência de fato superveniente típico.

Afasta-se, desde logo, em decorrência, a possibilidade de, legitimamente, tratar-se de ordem discricionária, imotivada, por puro arbítrio administrativo.

Analisemos as duas hipóteses e as confrontemos com a situação da Fundep.

8. A instituição e a dotação de uma fundação, na medida em que se concluem como negócio jurídico unilateral, colocam-se sob o manto protetor da garantia constitucional do ato jurídico perfeito (art. 153, § 3º, da Constituição Federal), definido pelo art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil como sendo "o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou".

Aliás, o vocábulo perfeito, na expressão em tela, significa aperfeiçoado, acabado, tal como, em sede gramatical, na designação pretérito perfeito.

Ato jurídico perfeito é, assim, aquele cujo suporte fático teve seu ciclo de gestação ultimado: é o ato que nasceu para o mundo do Direito.

9. Reunindo os elementos e requisitos necessários e suficientes para vir à luz, o ato jurídico perfeito pode, no entanto, ser válido ou inválido, isto é, sadio hígido, ou padecente de algum vício que o macule.

Verifiquemos que perfeito, no sentido em que o Direito toma a expressão, não significa sem defeitos ou sem deficiências, mas traduz, diversamente, a suficiência para passar a existir.

Se diferentes, como vemos, os planos da existência e da validade dos atos jurídicos, eles se entrelaçam, contudo, através de dois liames fundamentais:

a) a existência é *prius* em relação à validade: em outras palavras, somente se pode cogitar da higidez, ou não, do ato juridicamente existente;

b) uma das manifestações da garantia do ato jurídico perfeito é ter de ser feita a aferição da validade, ou não, do negócio jurídico, tendo em vista "a lei vigente ao tempo em que se efetuou". Em outros termos, em matéria de negócio jurídico, não há a possibilidade de lei ulterior impor uma invalidade retroativa, vindo a ter como ilegal um ato já concluído.

O que nasce saudável para o Direito, assim é tido para sempre. O oposto é que pode ocorrer: vícios há que são convalidáveis, superáveis, através das várias espécies de expedientes (legítimos) de convalescimento, de sanatória.

Não pode a lei posterior – nem com maior razão, um decreto – tornar inválido – nulo ou anulável – o ato lícito no instante do início de sua existência.

10. Por outro lado, o chamado negócio jurídico fundacional *de vivo* – praticado pelo instituidor ou pelos co-instituidores – e compreensivo da instituição e da dotação de bens para a formação do patrimônio a ser personalizado deflagra o processo de criação da fundação, processo esse que compreende:

a) a prática desse negócio jurídico, que corresponde à celebração de um ato formalizado publicamente, mercê da lavratura, por um notário, da correspondente escritura (art. 24 do Código Civil);

b) a elaboração dos estatutos da entidade;

c) a participação do Ministério Público (art. 27 do Código Civil; arts. 1.200 e 1.201, do Código de Processo Civil), através da aprovação, pela Curadoria de Fundações, do negócio jurídico de instituição e dotação, e dos estatutos, ato de aprovação esse que se caracteriza como ato do Poder Público de índole constitutiva e integrativa da instituição da fundação, e necessário à sua personificação: a aprovação integra o ato de instituição e dotação e os estatutos, e é pressuposto do registro personificador (art. 119, parágrafo único, da Lei nº 6.015, de 31.1.73, Lei de Registros Públicos). Essa aprovação pode ser prévia em relação à prática do ato institucional e de dotação e dos estatutos, quando à Curadoria de Fundações se submetem as minutas respectivas; concomitante, se o Curador, como ocorre em algumas Comarcas, comparece à celebração dos atos e os ratifica; ulterior, quando a aprovação se dá sucessivamente em relação à sua prática, sempre precedendo, porém, ao registro. Lembremos que o Curador pode fazer exigências, determinar modificações, cabendo recurso, interno, ao Procurador-Geral da Justiça, e, externo, ao Judiciário, hipóteses em que se aduz a intervenção de outras autoridades públicas (art. 27, parágrafo único, do CC; art. 1.201, §§ 1º e 2º, do CPC);

d) o registro do ato institutivo e de dotação, e dos estatutos da fundação no Ofício de Registro das Pessoas Jurídicas, mais um órgão público a atuar, e, executando o registro, a chancelar aqueles, encerrando o processo criativo da entidade, que, somente com o registro, começa a ter existência jurídica (art. 18 do CC; art. 119 da LRP).

10.1 Constata-se, portanto, que o nascimento de uma fundação para o mundo do direito está submetido a um dos crivos mais rígidos em termos de controle de validade.

Ora, se a invalidade, juridicamente considerada, é sempre originária, quem argüir a nulidade absoluta ou anulabilidade da instituição e dotação de uma fundação, ou de seus estatutos, estará imputando mácula jurídica a atos que estiveram sujeitos a um complexo sistema de controle de legalidade.

10.2 Deduz-se, em conseqüência, com facilidade, que qualquer tentativa de invalidação da criação de uma fundação implica, necessariamente, na decretação de nulidade ou na anulação dos atos do Poder Público, dos atos de Direito Público envolvidos: a) o ato aprobatório, integrativo do negócio jurídico fundacional e dos estatutos, praticado pelo Ministério Público, com eventual participação do Judiciário; b) o ato registral dos mencionados atos pelo oficial do cartório competente.

10.3 Daí caber, para o desfazimento desses atos, a propositura de ação judicial, ação de decretação de nulidade ou de anulabilidade, de natureza constitutiva negativa, sendo uma das ações relativas à organização de fundação.

Repita-se que a *causa petendi* só poderá envolver vícios contemporâneos à criação da entidade fundacional.

Salienta a doutrina que, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, não pode o juiz – excepcionada, desse modo, a disposição do art. 146, parágrafo único, 1ª parte, do Código Civil – decretá-la, pronunciá-la de ofício. É o que Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1977, XVI: 470) chama de pretensão à exclusão da sentenciação sem forma processual e de ofício.

10.4 Diante do exposto, pode concluir-se que nem o instituidor, nem a própria fundação, poderão por si sós, auto-executoriamente, desfazer, ainda que por invalidade, a entidade fundacional.

É óbvio que a extinção não poderá dar-se sem a participação do Ministério Público, diretamente envolvido nos atos questionados e responsável imediato pela aferição da higidez da criação das instituições da espécie.

10.5 No caso de haver co-instituidores, esses têm, igualmente, de participar de qualquer processo que objetive a invalidação de sua criação.

10.6 Mesmo que se admita que o Ministério Público, no exercício de autotutela, possa decretar a nulidade ou a anulação de seu ato aprobatório, com o que cairia por terra o registro ulterior e se esfacelaria todo o processo criativo da fundação, caberá à administração dessa e a outros interessados – em especial, seus destinatários – a propositura de ação em defesa da entidade.

11. Não se tratando de invalidação por vício originário no processo de criação da entidade fundacional, a única hipótese de desfazimento de sua personalidade é a de extinção por motivo superveniente, com incidência da disposição contida no art. 30 do Código Civil e no art. 1.204 do Código de Processo Civil.

12. A vida de uma fundação – salvo se criada, por seu instituidor, a prazo determinado, sob condição resolutiva ou para atender a cometimen-

to específico transitório, hipóteses muito raras – é perene: a extinção das entidades fundacionais somente pode dar-se nos casos expressos, taxativos, tipificadamente previstos pelos citados art. 30 do Código Civil e art. 1.204 do Código de Processo Civil, que não se chocam, na lição incisiva de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, XVI: 438).

Daí se conclui que, afora a invalidação de seu processo criativo, uma fundação privada somente poderá extinguir-se:

a) quando se tornar nociva a sua mantença, por se tornar ilícito o seu objeto, isto é, o seu fim (Pontes, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, I: 475);

b) por impossibilidade de sua manutenção.

Em outras palavras, só pode dar-se, por fato ulterior à sua criação, a cessação da existência da fundação nos casos de nocividade jurídica ou de impossibilidade fática, econômica, de sua manutenção.

Por isso, compara-se a extinção das fundações com a do casamento, eis que, com referência a ambos os institutos, o desfazimento só cabe nas hipóteses capituladas legalmente.

13. Afastada, no setor que nos interessa no presente estudo, a questão da impossibilidade fática, econômica, patologia que parece não estar atingindo as fundações de apoio, cumpre-nos abordar a hipótese da impossibilidade jurídica de preservação da instituição pela superveniência de nocividade de seu fim.

13.1 Quando o CPC emprega a cláusula "quando se tornar ilícito o seu objeto", a hipótese básica que se subsume na disposição legal é a do desvio de finalidade na condução da atuação da pessoa jurídica: o art. 6º, c/c o art. 2º, do Decreto-lei nº 9.085, de 25.3.46, alude a entidades que, "depois de registradas, passarem a exercer atividades" ilícitas, contrárias, nocivas ou perigosas ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

A hipótese de superveniência de norma jurídica que torne ilícito o fim fundacional é excepcional.

Em primeiro lugar, porque o art. 153, § 3º, da Constituição Federal "fulminaria a regra jurídica ordinária que retirasse a personalidade jurídica antes adquirida" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª ed. rev. São Paulo RT, 1971, v. V, p. 608).

As pessoas jurídicas têm direito adquirido à existência (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, revista e atualizada, 1984, p. 622/623), como se infere do disposto no art. 153, § 28, 2ª parte, da Constituição Federal, o que constitui garantia que se impõe contra as tentativas em contrário do Governo, em qualquer de seus ramos: não só o Executivo, mas também o Judiciário e o próprio Legislativo.

Assim, segundo a doutrina, os casos de passarem os fins fundacionais a estar em oposição a novas instituições jurídicas circunscrevem-se, efetivamente, às modificações do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Econômico (monopolização de determinada atividade: art. 163 da CF, ainda assim respeitados os direitos e garantias constitucionais, conforme dispõe o mesmo dispositivo, *in fine*).

Assim, há de invocar-se, uma vez mais, o princípio da reserva constitucional e legal, pois que só por lei formal – e, assim mesmo, no campo dos Direitos citados –, e nunca por decreto, se poderia tornar nocivo o que era legítimo.

14. Importa, igualmente, assinalar que, quer a sobrestação do processo de registro por considerar o Oficial do Cartório ser caso de incidência do disposto no art. 2º do Decreto-lei nº 9.085/46 (cf. art. 115, e parágrafo único, da Lei nº 6.015, de 31.12.73, Lei de Registros Públicos), quer no caso de nocividade verificada *a posteriori*, inclusive por falsidade na declaração de seus fins, só o Judiciário pode obstar, em definitivo, o registro, ou extinguir a entidade existente, porque já registrada.

Nesse último caso, "tem de ser proposta ação constitutiva negativa; não basta ação declaratória negativa. Menos ainda, ordem ou mandado do Poder Executivo" (Pontes de Miranda, op. cit., V: 611).

14.1 A nocividade superveniente, ulterior, tem de ser reconhecida, quanto ao aspecto fático e quanto ao aspecto jurídico, pelo Judiciário; ou, segundo alguns, pode ser reconhecida pela maioria absoluta dos integrantes dos órgãos fundacionais, com a posterior chancela do Ministério Público.

Nenhum terceiro – órgão administrativo, legislativo, ou particular – pode, porém, unilateral e auto-executoriamente, extinguir fundação (cf. art. 153, § 28, da Constituição Federal).

14.2 Reiramos a lição de José Olympio de Castro Filho (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980,

v. X, p. 311) que esclarece que não será fácil configurar-se a hipótese de se tornar nocivo o objeto fundacional, "de vez que, se a fundação teve seus estatutos aprovados, o que supõe licitude no seu objetivo, e se tais estatutos apenas poderão ser alterados, desde que não se modifique o objetivo do instituidor (art. 1.203, parágrafo único, com remissão ao § 2º do art. 1.201), só se compreende se tenha tornado ilícito o objetivo se sobrevier norma legal que vede a finalidade antes tida como lícita. Ainda assim, a nova lei somente poderá ser validamente invocada se não vier a prejudicar o ato jurídico perfeito, que a Constituicão protege".

As observações do insigne mestre de Minas Gerais têm toda a pertinência, eis que, conforme gizado, a nocividade superveniente ao fim não pode atuar retroativamente, eis que, do contrário, violaria a garantia do ato jurídico perfeito: a caracterização da nocividade tem efeito *ex nunc*, não podendo a lei (e sempre a lei) taxar de ilegítimo, no passado, o que neste era legal.

Como a fundação é sempre instituída com finalidade social, altruística, visando o bem comunitário, dificilmente poderá ocorrer que esse fim, originariamente lídimo, possa a vir a ser tido como nocivo.

14.3 Cumpre distinguir, ademais, entre a invalidade superveniente – vedada no Direito Brasileiro, exatamente em razão da garantia do ato jurídico perfeito – e a hipótese de um fim que era válido passar a ser tido como nocivo.

No segundo caso, não se impugna a criação do ente, que foi e sempre será válida; mas, diversamente, há a insurgência contra a sua manutenção.

Compreende-se essa excepcional válvula de escape, porque as fundações – muito mais do que as próprias sociedades e associações – atendem a interesses humanos, não meramente individuais, cuja consecução transcendem as forças e a duração da vida de um homem isolado, e são criadas, para durarem indefinidamente, o que pode levar a que, criadas, venham, tempos após, a se chocar com legislação superveniente que, atenta às novas realidades sociais, venham a vedar a consecução de determinado fim.

É de assinalar-se que o problema sempre diz respeito ao fim, ao objeto, mas não ao procedimento de criação, que, pelo que dispõe o art. 4º do Decreto nº 95.904/88, é o que o preocupa, conforme analisaremos.

15. Pela literalidade do texto do art. 4º do Decreto nº 95.904/88, poderá parecer atribuir ele vício congênito de criação às pessoas jurídicas instituídas, sem autorização legal, "em virtude de mero ato administrativo", por órgãos ou entidades da Administração Indireta.

15.1 Preliminarmente, refutamos o emprego, em texto oficial, de expressão "mero ato administrativo", pois que o termo mero reveste-se de uma conotação pejorativa.

O ato administrativo é ato de direito público, do Poder Público, tão nobre quanto a lei e a sentença.

Aliás, o decreto em tela, dentro da nomenclatura que adota, seria, também, um "mero ato administrativo".

16. Ressalve-se, desde logo, que as pessoas jurídicas de direito público, sejam elas político-federativas ou exclusivamente administrativas, como as autarquias, têm tanto capacidade de direito público quanto de direito privado; assim como as pessoas privadas e as físicas também têm capacidade pública, essas como cidadãs, como eleitoras, e ambas as espécies como administradas.

Ser pessoa pública ou privada não significa a possibilidade de, apenas respectivamente, manter relações, praticar atos de *ius publicum* ou de *ius privatum*: a personalidade é una, porquanto ser pessoa traduz-se na situação de destinatária de normas jurídicas de um ou de outro ramo jurídico, titular de direitos e obrigações, quer públicos, quer privados. Assinala Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v. I, p. 350) que a personalidade nasce, concomitantemente, no direito público e no privado: é o fenômeno que chama de concriação da personalidade.

Marcello Caetano (*Manual de direito administrativo*, Coimbra, 1963) sublinha que "toda pessoa coletiva pode ter capacidade de direito público e de direito privado".

Tem, destarte, legitimação para instituir outras pessoas jurídicas, como ocorre a todo momento, na prática.

Nessa linha, foram criadas, por autarquias, fundações de previdência privada, como a Centrus – Fundação Banco Central de Previdência Privada, bem assim a Uranus – Fundação de Seguridade Social, criada pela autarquia federal Comissão. Nacional de Energia Nuclear – CNEN, sem que, em qualquer momento, tenha havido dúvidas ou impugnações quanto à validade da iniciativa.

17. A criação de pessoas jurídicas oferece, no Direito Comparado, um quadro composto de vários sistemas, em termos de chancela do Poder Público.

Assim, existe o critério da personificação automática, dado o preenchimento, pelo substrato personalizado, dos pressupostos legalmente pre-

vistos: é a aquisição da personalidade *ex lege, ope iuris*, independentemente da chancela específica do Poder Público.

Uma derivação desse sistema é aquele que exige o ato administrativo do registro para a simples aferição do preenchimento das condições legais, com caráter declaratório, sendo que, em alguns ordenamentos jurídicos, esse momento registral marca o início da personalidade, com a publicação e inscrição dos atos constitutivos ou de instituição.

Em certos Direitos – como é o caso do brasileiro – confere-se caráter constitutivo ao registro, que não é, apenas, um ato homologatório ou o momento de aquisição da personalidade, mas ato integrativo necessário ao processo de criação, e formador da personalidade.

Completamente diverso dos sistemas expostos é o da concessão *in casu* da atribuição específica da personalidade a cada substrato individualizadamente submetido ao Poder Público, o que se faz mediante ato estatal especial, lei ou ato administrativo concreto, para cada caso de per si, com a ínsita apreciação dos aspectos, não apenas de legalidade, bem como discricionários, esses últimos abrangendo os ângulos de conveniência e de oportunidade da criação de uma nova pessoa jurídica.

17.1 Destarte, no Direito Brasileiro, vigora, como princípio geral, o da liberdade da constituição, instituição ou co-instituição de substratos personalizados e da sua personificação, enfim da criação de pessoas jurídicas, sem necessidade de qualquer intervenção estatal, prévia ou *a posteriori*, legal ou administrativa, salvo, em princípio, o registro constitutivo, em que se verifica, tão-somente, o preenchimento das condições legais, genericamente estabelecidas, e do requisito de licitude de seu objeto, de seu fim.

Outras formas de intromissão do Poder Público, somente as legalmente previstas (arts. 18 e 20, § 1º, do Código Civil; art. 119, parágrafo único, da Lei nº 6.015, de 31.12.73, Lei de Registros Públicos).

No caso das fundações privadas particulares, há, como se sabe, a necessidade de participação do Ministério Público e, eventualmente, do Judiciário.

17.2 O Código Civil não exige prévia autorização para a instituição de fundações particulares administradas, submetidas a seu regime. O papel do Ministério Público, na fase de criação da entidade fundacional, é o de aprovação, com apreciação de sua legitimidade, inclusive quanto aos fins e à suficiência da dotação para o seu atingimento. O ato do *parquet* é posterior, prévio ou concomitante à instituição, integrativo do procedimento de criação, que se ultima com o registro, com caráter constitutivo da personalidade, que só nasce com aquele.

17.3 Para a criação de entidades da Administração Indireta – autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações públicas – exige-se a prévia participação formalmente legislativa.

No caso dos entes autárquicos (pessoas de direito público) a própria lei formal cria o novo ser; se se trata de empresas e fundações públicas e de sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado), o ato legislativo autoriza a criação da entidade pelo Poder Executivo: art. 5º, I e IV, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, com as alterações da Lei nº 7.596, de 10.4.87.

Destarte, para ser pessoa administrativa da Administração Indireta é necessária a participação legislativa, eis que se trata de criação, pelo Poder Executivo, de ente que vai descentralizar institucionalmente a Administração Pública.

17.4 As pessoas administrativas, públicas e privadas, da Administração Indireta têm legitimidade para instituir, co-instituir ou constituir pessoas jurídicas de direito privado, não-integrantes da Administração Pública, sem necessidade de qualquer autorização legislativa: basta que tenham capacidade de disposição de bens, prevendo seus estatutos o órgão interno competente para deliberar a respeito.

Quando o constituidor, instituidor ou co-instituidor é pessoa pública, a questão que se coloca é, tão-somente, de obediência ao procedimento de disposição de bens, à legitimidade para tal, o que é aspecto de Direito Financeiro, estranho ao regime jurídico fundacional, sendo idêntico (= o mesmo) o procedimento criativo, inclusive pelo emprego necessário da escritura pública e do registro respectivo.

Cabe distinguir entre a necessidade de autorização legislativa específica (expressão empregada pelo Decreto nº 95.904/88, em seu art. 1º) e da titularidade do poder genérico de dispor de seus bens e, em conseqüência, de dotar uma fundação.

A primeira hipótese é a que se configura na criação de entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), dada a necessidade de caracterização do ente como administrativo.

O poder de disposição referido basta para a instituição, ainda que por pessoa administrativa, de fundações privadas, como as de apoio.

E esse poder as universidades oficiais têm, em razão da legislação que lhes assegura autonomia administrativa e financeiro-patrimonial; e pelo disposto no estatuto jurídico de cada uma, integrado por normas legais, regulamentares e estatutárias, aprovadas essas últimas pelos órgãos legalmente competentes, inclusive o Conselho Federal de Educação.

Qualquer pessoa capaz pode instituir fundação, e, no tocante, à dotação, que é cognata com a instituição, basta a legitimidade para alienar os bens dotados.

17.5 Mais uma vez é fértil a invocação do exemplo das fundações de previdência complementar.

Evidenciou sua criação a capacidade de entes administrativos (inclusive autárquicos) criarem, sem autorização legislativa específica, fundações de auxílio e fomento, fundações particulares fechadas, de que será a criadora a destinatária imediata.

Conforme realçado – e o exemplo pioneiro, em nosso País, foi a Fundação Petrobrás de Seguridade Social – Petros, que iniciou suas atividades em 1.7.70, quando era Presidente de sua instituidora o General Ernesto Geisel – sempre foram – quer na sua fase primitiva, quer após o advento da Lei nº 6.435/77 – criadas sem qualquer autorização legislativa específica, e, naquela primeira fase, consoante o regime integral do Código Civil e do Código de Processo Civil, com a provedoria do Ministério Público.

Gizemos que, por força da disposição expressa do art. 4º da Lei nº 5.540/68, as universidades autárquicas são autarquias de regime especial, com autonomia patrimonial e financeira.

Genericamente, autarquias de regime especial são as que ostentam peculiaridades no seu regime jurídico de pessoal e quanto ao seu posicionamento dentro da Administração Pública. Citam-se como exemplos o Banco Central do Brasil e as IES autárquicas.

Essa regra faz com que a relação com o Ministério da Educação seja de índole diversa da que se estabelece entre as autarquias administrativas em geral, da Administração Indireta, e os órgãos da Administração Direta.

"Autarquias de regime especial" é designação que diferencia a universidade autárquica das demais autarquias, eis que a natureza jurídica é conferida pelo regime jurídico a que algo está submetido, mesmo que seja para qualificar uma espécie dentro de um gênero.

Isso lhes confere, certamente, com a especificação da autonomia patrimonial e financeira, uma largueza própria e inafastável quanto à gestão de recursos e aquisição, gestão, aplicação e disposição de bens, desde que respeitadas as limitações de poder correspondentes ao comprometimento desses recursos e desse patrimônio com os fins da educação superior: o ensino, a extensão, a pesquisa e a prestação, à comunidade, de serviços conexos.

Hely Lopes Meirelles (*Estudos e pareceres de direito público*, São Paulo RT, 1981, v. IV, p. 328 e seg.) conclui, de forma incisiva, que, sendo a Universidade de São Paulo – como de resto as demais universidades autárquicas – "autarquia de regime especial, com autonomia para administrar e alienar seus bens", tem legitimidade "para instituir fundação, sem autorização legislativa, desde que observe as disposições estatutárias pertinentes". Aduz que a autonomia universitária já é suficiente para a autarquia "administrar e alienar seus bens", e "instituir fundações", "independentemente de autorização por lei ou decreto especial".

É de recordar-se a criação da Fundação Cesgranrio, responsável pela realização do vestibular unificado no Grande Rio, e co-instituída por entidades de ensino superior oficiais, federais e locais, e particulares, sem que aquelas instituições federais tenham necessitado de autorização legislativa para tanto, tendo havido, ao contrário, uma recomendação do Ministro da Educação para que participassem elas da criação daquela Fundação, chancelando essa participação sem qualquer interferência do Legislativo.

17.6 Nenhuma incidência tem, pois, na matéria, o disposto no Decreto-lei nº 900, de 29.9.69.

Dirigiam-se suas disposições às "fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União", nos termos do art. 4º, § 2º, do Decreto-lei nº 200/67, em sua versão original, fundações essas que o Decreto-lei nº 900/69 retirou da Administração Indireta, à qual retornaram com o Decreto-lei nº 2.299, de 21.11.86, e a Lei nº 7.596, de 10.4.87.

Tratando de problema da diferenciação entre subsidiárias de sociedades mistas, também mistas, integrantes da AP, e as não-mistas, não componentes dessa, escrevemos:

"A jurisprudência administrativa e a judicial têm precisado os contornos conceituais das subsidiárias mistas.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões sobre o Banrio – Crédito Imobiliário S.A., expressou que 'é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas', que exige, como salientamos, para a constituição de companhia de economia, prévia autorização legislativa específica (cf. decisão unânime da 1ª Turma, de 14.10.80, Relator Ministro Soares Muñoz, RE 93.175-9-RJ, in *DJ* de 31.10.80, p. 8.893).

A Consultoria-Geral da República igualmente concluiu que 'o conceito de sociedade de economia mista, como integrante da Administração Indireta, supõe, sob o aspecto formal, a concorrência de dois requisitos essenciais, ou seja, a criação em virtude de lei autorizativa e a participação majoritária da entidade *mater*, de modo permanente e indeclinável' (Parecer L-154, de 21.7.77, DOU de 26.6.77, p. 9.519 e segs.)."

Por isso, a citada Banrio – Crédito Imobiliário S.A. foi qualificada pelo STF como sociedade sob o controle acionário do Poder Público, fora da Administração Pública, e não como sociedade de economia mista, ainda que de segundo grau.

Outrossim, a Consultoria-Geral da República, no Parecer nº P-010, de 2.9.81 (*DOU* de 10.9.81), reiterou sua posição, mostrando que a Telerj, por exemplo, embora controlada da Telebrás, não é sociedade mista.

Destarte, a falta de autorização legal não faz ilícita a instituição da entidade: mantém-na fora da Administração Pública.

17.7 É de acentuar-se que as fundações de apoio não foram criadas por lei, nem são, nem nunca foram mantidas pela União, razão por que jamais se enquadraram no elenco de fundações públicas, previsto no § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67, com a redação do Decreto-lei nº 2.299, de 21.11.86; e no art. 2º da Lei nº 7.596, de 10.4.87.

Elas não são mantidas, tampouco, pelas universidades; e, de qualquer modo, não se pode confundir a União Federal com as autarquias, que têm patrimônio e autonomia.

Assim mesmo, ainda que, por absurdo, se tivessem as fundações de apoio sido abrangidas pelas citadas disposições, verifica-se que elas aludem, alternativamente, a "fundações instituídas em virtude de lei federal" *ou* "de cujos recursos participe a União", o que demonstraria não haver ilegalidade na falta do primeiro requisito.

17.8 E tanto a falta de autorização legislativa específica não é vício que macule o processo de criação de fundações privadas de auxílio e fomento, como é o caso das fundações de apoio, que o Decreto nº 95.904, expressamente no seu art. 8º, exclui a incidência do estatuído pelo art. 4º, que ora estamos a analisar, sobre as entidades fechadas de previdência privada, que estão, conforme foi analisado anteriormente, em situação idêntica às fundações de apoio, eis que instituídas, sem dita autorização, por pessoas jurídico-administrativas da Administração Indireta.

Seria ilegitimamente discriminatório que a ilegalidade fosse somente para as fundações de apoio e não alcançasse suas co-irmãs (a essas se aplica, consoante o disposto no mesmo art. 8º, o estabelecido pelos arts. 2º e 3º do mesmo decreto).

18. Tampouco, conforme demonstramos em nosso parecer anterior, poderá vislumbrar-se, em qualquer dessas hipóteses, as máculas de violação direta ou indireta de qualquer norma jurídica, inclusive sob as modalidades de fraude à lei, ato aparente ou tentativa de incidência de norma mais vantajosa. Reportamo-nos àquele primeiro estudo, em seu subitem 6.2.

18.1 Nem se diga que o ato de dotação para a instituição de uma entidade fundacional é "ato de liberalidade".

É que as fundações de previdência complementar deixaram a nu, além de legitimidade das pessoas administrativas poderem, por expressão de vontade de seus órgãos competentes, instituir fundações particulares, que tal instituição, e a dotação patrimonial a ela inerente, não são atos de liberalidade pura, que fossem proibidos, que não estivessem na disponibilidade desses órgãos, mas, ao contrário, atos de disposição comprometida, afetada com fins benéficos para a própria instituidora.

A distinção entre liberalidade pura e ato de disposição comprometido com os interesses do disponente é juridicamente relevante em matéria de Direito Institucional, para embasamento da legitimidade de atos de alienação, de disponibilidade, pelos órgãos da instituição, tendo por objeto bens institucionais.

Entra em jogo, nesta hipótese – comum, por exemplo, no que concerne às sociedades anônimas – a noção de interesse, de fim, e de função, na vinculação da finalidade ao interesse visado, o que faz com que a causa do ato (isto é, a que título o ato é praticado) deixe de ser gratuita.

Doações a entidades caritativas, cercadas de campanhas publicitárias e com repercussões fa-

voráveis em termos fiscais, não são consideradas – por mais capitalista que seja a doadora – atos de pura liberalidade, em razão do retorno de simpatia dos consumidores e dos ganhos tributários, favoráveis àquela e traduzíveis, mesmo se se tratar de empresa, em termos econômico-financeiros.

19. Assinalamos, em nosso parecer anterior sobre a Fundep, a plena licitude de sua criação, sob todos os aspectos.

20. A Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – Fundep, com sede e foro na Cidade de Belo Horizonte, foi co-instituída, em 28.1.1975, através de escritura pública lavrada no 1º Ofício de Notas daquela Comarca, pela Universidade Federal de Minas Gerais – autarquia de regime especial – e por uma pessoa física, o Professor Titular da UFMG Cássio Mendonça Pinto.

A dotação patrimonial inicial foi de Cz$ 100,00 – à época, Cr$ 100.000,00 – tendo a Universidade concorrido com Cz$ 40,00 e o Professor Cássio, com Cz$ 60,00.

O texto do estatuto fundacional consta da própria escritura de instituição.

Em 31.1.1975, o Ministério Público estadual – competente, nos termos do disposto no art. 26 do Código Civil – manifestou sua aprovação, liberando o registro, que se deu em 13.2.1975, no Cartório Privativo do Registro das Pessoas Jurídicas.

Desde então, a entidade tem tido atividade ininterrupta e regular, sob o permanente velamento do *parquet* mineiro (art. 26 do CC, cit.).

É uma fundação privada, civil, sob o regime dos Códigos Civil e de Processo Civil e a provedoria do Ministério Público local.

21. Lembremos que se trata de fundação particular – de direito privado e administrada, não integrante da Administração Pública, nem por ela supervisionada – caracterizada como fundação de auxílio e fomento, que apóia e incentiva destinatário determinado, um de seus co-instituidores. Integra o já citado conjunto das denominadas fundações de apoio a instituição de ensino superior, no caso a Universidade Federal de Minas Gerais, autarquia universitária de regime especial, conforme salientado.

22. Reiteramos que a UFMG teve um co-instituidor, pessoa física, em sua plena capacidade jurídica e de disposição de seus bens.

Quanto à Universidade, atuou ela por autorização, de seu Conselho Universitário, consubstanciada em resolução tomada em 29.11.74.

A autorização em tela enquadrava-se na competência do Conselho, que abrangia a alienação, inclusive de imóveis, nos termos do disposto no Estatuto, de 1972, da UFMG.

Por esse estatuto, a autonomia financeira da Universidade se traduzia, dentre outros poderes, pelo de "administrar seu patrimônio e dele dispor, observada a legislação pertinente" (art. 1º, § 3º, I).

Ao Conselho Universitário cabia (art. 21) "deliberar sobre matéria de interesse geral da Universidade, ressalvada a competência atribuída a outro órgão" (nº XXII; cf. art. 136, parágrafo único).

22.1 Tópico cuja análise oferece especial relevância é que a resolução do Conselho Universitário da UFMG, de 29.11.74, pelo qual se deliberou, após a audiência dos órgãos internos competentes (Diretoria de Planejamento e Desenvolvimento; Coordenação de Ensino e Pesquisa, Consultoria Jurídica) e do Conselho de Pesquisas, a participação da Universidade na co-instituição, juntamente com outro instituidor, pessoa física, da Fundep, não é um mero ato administrativo.

Essa expressão – insistimos, pejorativa – traduz a idéia de que seria insuficiente ato da espécie, havendo necessidade de autorização legislativa.

A resolução do Conselho não é um mero ato administrativo, não é um ato da Administração Pública posto em confronto com a lei.

É um ato do órgão competente de uma universidade autônoma, de regime jurídico especial, que não necessita de nenhuma autorização legislativa para agir, para expressar sua vontade como órgão, em nome da UFMG.

22.1.1 É de ver-se, por outro lado, que a Fundep não foi criada "em virtude de mero ato administrativo", mas em decorrência de ajuste entre a UFMG e um co-instituidor, conforme consta do nº I da própria escritura de instituição.

A autorização do Conselho Universitário foi necessária, apenas, porque houve alocação de recursos, para o que aquele órgão tem plena competência em termos estatutários.

Cumpre distinguir entre a autorização, por motivos financeiros, para participação na criação de uma entidade, e a necessidade de um ato para a criação da entidade.

Quanto à primeira hipótese, mesmo se se trata da União Federal, a autorização pode vir no orçamento, eis que o problema é, tão-somente, de índole financeira.

No que tange à segunda, a lei é necessária, porque se vai criar uma nova pessoa jurídica, de categoria especial, integrante da Administração Indireta, e que vai, em conseqüência, participar

da Administração Pública, ser sujeito ativo da função material e subjetivamente administrativa.

Não é por acaso, não é por equívoco, que o Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, com a redação do Decreto-lei nº 900, de 29.9.69, ao definir, em seu art. 5º, autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista, alude à criação por lei, mesmo sabendo-se que a fórmula usada, especialmente no concernente às últimas espécies, é a autorização ao Executivo para constituir ou instituir.

Na realidade, a lei cria as situações jurídicas que se enfeixam na nova personalidade, cuja concretização fica dependendo da iniciativa do Executivo.

A lei, nesses casos, cria a personalidade, enquanto conjunto de situações jurídicas objetivas: o Executivo institui os constitui, concretamente, o substrato, que vai ser investido naquela personalidade.

Há necessidade de leis individualizadas para cada caso.

Fala-se em "autorização legislativa" (cf. art. 5º, IV, sobre fundações públicas, do Decreto-lei nº 200/67, com a redação da Lei nº 7.596, de 10.4.87, observando-se que o Decreto-lei nº 900/69, no art. 2º, *a*, se referia a lei de criação), porque a oportunidade fica a critério do Executivo; quando isso não ocorre, a própria lei cria a personalidade e institui a pessoa.

Se se cuida de uma fundação privada, como a Fundep, cuja personalidade – regime jurídico, conjunto de situações objetivas – está no Código Civil e no Código de Processo Civil, não há lugar para lei de criação, nem de lei autorizativa, pois que o Conselho Universitário é competente para deliberar sobre a disposição de bens, e a Universidade tem capacidade, legitimidade, para instituir, co-instituir ou constituir pessoas jurídicas.

22.2 A UFMG e a Fundep não são, pois, destinatárias da disposição do art. 4º do Decreto nº 95.904, nem os dirigentes da Universidade do respectivo parágrafo único.

22.3 De qualquer modo, não incidiria sobre ela o dispositivo em questão, porque:

a) não se pode admitir a extinção vazia de uma fundação: essa só pode ser eliminada do mundo jurídico através de formas de extinção cheia, em casos típicos;

b) inexiste qualquer vício de validade no seu processo criativo;

c) sua manutenção não é nociva, nem impossível fático-economicamente.

23. A Fundep conta com as ações comuns (cautelares, de conhecimento) e especiais (mandamentais) para impugnar as tentativas de sua extinção, inclusive preventivamente; e com os instrumentos de exercício do direito de defesa.

Tratando da extinção de pessoas jurídicas, preleciona Pontes de Miranda (*Comentários à CF* cit., V: 612):

"Qualquer violação de liberdade de associação ou do princípio da isonomia, ou do princípio de incolumidade dos direitos adquiridos dá ensejo à pretensão à tutela jurídica. E a ação de mandado de segurança é proponível, conforme os pressupostos constitucionais e legais. Trata-se, em qualquer espécie, de *quaestio iuris*, de modo que o direito ofendido é certo e líquido."

23.1 Não se poderá olvidar que, cabendo ao Ministério Público Estadual velar pela Fundep (art. 26 do Código Civil), competirá a ele a posição de garantidor da existência da entidade, contra qualquer iniciativa objetivando a sua extinção (cf. art. 654, parágrafo único, primeira parte, do Código de Processo de 1939).

Se, por equívoco, a Curadoria de Fundações tomasse a iniciativa da promoção da extinção, caberia, também nesse caso, o exercício do direito de ação e do direito de defesa.

Aliás, deve entender-se vigorante o princípio, objeto de regra expressa do Código de Processo Civil de 1939, art. 654, parágrafo único, segunda parte, segundo o qual, além da defesa da fundação exercida por ela mesma, se for o Ministério Público que propuser a ação de extinção, se dará à entidade fundacional "curada *in litem*".

24. As observações formuladas neste estudo são igualmente válidas para deliberação do Egrégio Tribunal de Contas da União, aprovada em sessão de 10.12.87 (DOU de 4.1.1988, p. 49 e seg.), na medida em que alude à extinção ou regularização (oferece tal alternativa) das fundações de apoio instituídas pelas universidades federais, "com o propósito de sanar a ilegalidade implícita nos respectivos atos constitutivos, haja vista a inexistência da indispensável autorização legislativa para sua criação".

25. Em resumo, podemos concluir:

1. A Fundep foi validamente criada e seu objeto não se tornou ilícito, não se tendo caracterizado como nociva ou impossível sua manutenção.

2. A disposição contida no art. 4º e seu parágrafo único, do Decreto nº 95.904, de 7.4.88, não incide quanto à Fundep, pois que:

a) sendo fundação, não poderia ser extinta, nem mesmo em decorrência de eventual invalidade de sua criação, ou de nocividade ou impossibi-

lidade superveniente, por ato administrativo de um de seus co-instituidores, e nem mesmo por ato de ambos;

b) não haveria pertinência na exigência de autorização legislativa para sua criação, tendo em vista cuidar-se de fundação privada não-integrante da Administração Pública;

c) nem o Decreto nº 95.904/88, nem mesmo uma lei formal poderia, supervenientemente, criar uma nova causa de nulidade, a pretender impor, retroativamente, a necessidade do preenchimento do pressuposto de autorização legislativa para validade da instituição de entidade do gênero por órgãos ou entidades da Administração Indireta;

d) o Decreto em questão não cria nenhuma forma de ilicitude superveniente quanto ao objeto ou fim das entidades de que trata, nem poderia fazê-lo enquanto ato administrativo.

3. A Fundep tem à sua disposição os meios processuais do mandado de segurança (preventivo ou repressivo, com requerimento de liminar), da medida cautelar (também com pedido de liminar) e das ações de conhecimento (para impugnação de ato administrativo que pretenda extingui-la), bem como de defesa em processo judicial que seja promovido objetivando sua extinção.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 1988. – *Sergio de Andréa Ferreira*, professor titular no Rio de Janeiro.