

**FUNDA-  
ÇÕES E  
EMPRESAS  
PÚBLICAS**

manoel de oliveira franco sobrinho

## FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS

MANOEL DE OLIVEIRA  
FRANCO SOBRINHO

Um dos mais acatados mestres brasileiros do Direito Administrativo, o autor é Professor Titular da matéria na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sendo, ainda, Juiz Federal da 1ª Vara de Curitiba.

Além desta obra pioneira sobre tema da maior atualidade, e destinada a grande repercussão entre os estudiosos do assunto, teve recentemente lançado por esta Editora sua "Introdução ao Direito Processual Administrativo"

Uma edição da

**RT** EDITORA  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS

---

Capa de ROBERTO LUTI

# FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

# FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS

**RT** EDITORA  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS

SÃO PAULO — 1972

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira — *Fundações e empresas públicas*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. xii+277p.

Notas de rodapé.  
Notas bibliográficas de rodapé.  
Bibliografia no fim da obra.

Estudo sobre as fundações e empresas públicas no direito administrativo brasileiro e o respectivo regime jurídico. Organização e fins das empresas públicas. A fundação como forma de empresa.

35.07(81) Brasil — Fundações — Direito administrativo

35.07(81) Brasil — Empresas públicas — Direito administrativo



Catálogo elaborado pelo Centro de Documentação Jurídica da Biblioteca Central da Faculdade de Direito da USP (Bibliotecária Renata Celli).

© desta edição da

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Conde do Pinhal, 78

01501 — São Paulo, SP

Abril de 1972

Ano do Sesquicentenário da Independência do Brasil  
60.º Aniversário da "Revista dos Tribunais"



Composto e impresso no ano de 1972, nas oficinas da  
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.,  
Rua Conde de Sarzedas, 38, fone 33-4181, São Paulo, Brasil.

Em memória do meu pai,  
Doutor THEODORICO DE OLIVEIRA FRANCO,  
administrativista paranaense,  
Procurador-geral da Fazenda estadual,  
Diretor do Contencioso  
Administrativo no Paraná,  
dedico êste pequeno livro polêmico,  
pelo muito que dêle intelectualmente  
recebi na minha formação vocacional.

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

## Nota explicativa

*Êste pequeno livro não pretende ser uma síntese do pensamento crítico sôbre as fundações e as emprêsas públicas. Tem objetivos práticos e doutrinários. Afasta-se, intencionalmente, do teorismo que vai dominando vastas áreas do Direito Administrativo, sem objetivos consentâneos com a realidade.*

*O Direito Administrativo, para nós, não é só instrumento de trabalho, mas a temática para o equacionamento e solução dos problemas da Administração Pública.*

*Não compreendemos o direito afastado da lei e da orientação legislativa. Não entendemos o direito senão aquêle também fundado no ordenamento jurídico-administrativo nacional. O direito aqui como norma e forma de ação administrativa.*

*Sabemos que o tema dêste nosso estudo pode ser polêmico. Não é já sem tempo, porém, que a doutrina brasileira, não se desapercebendo da doutrina estrangeira, tome o rumo melhor aconselhável pela prática da experiência administrativa.*

*Não vemos, diante da lei, face ao fato, melhor posição jurídica para as fundações, que aquela em que realísticamente estão colocadas. Da mesma maneira, com as emprêsas públicas procuramos uma sintonia melhor conforme com a realidade brasileira e a nossa incipiente tradição jurídica na matéria.*

*Esperamos que o nosso esforço seja compensado pela possível utilidade dêste estudo pôsto agora à dispo-*

*sição dos interessados. E se o objetivo que pretendemos fôr atingido, corrigidas serão de futuro as falhas existentes, involuntárias e ocasionais.*

*Ao entregarmos êste pequeno volume à publicidade, confiamos em que êle possa modestamente contribuir para a divulgação de questões do interêsse dos administrativistas, sem a pretensão, no entanto, de contestar no mériito aquêles que, assumindo posições diferentes, muito contribuíram para o desenvolvimento do direito público brasileiro.*

*Rio de Janeiro (GB), junho de 1970.  
Cataratas do Iguaçu (PR), maio de 1971.*

O AUTOR.

## ÍNDICE GERAL DA MATÉRIA

Nota explicativa .....	VII
------------------------	-----

### CAPÍTULO I

#### AS FUNDAÇÕES E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A posição do Código Civil .....	5
As autarquias e o Código Civil .....	6
As fundações e o Código Civil .....	8
A tutela administrativa e o Código Civil .....	9
As fundações como públicas inexistem .....	10
O ato instituidor e o regime jurídico .....	12
As autarquias e as fundações .....	14
O interesse digno de proteção .....	17
A vontade do instituidor .....	19
As fundações e o Direito Administrativo .....	21
Impropriedade na denominação .....	23
O interesse público e o interesse privado .....	25
O interesse público e as fundações .....	28
Fundações de interesse público .....	30
A Natureza jurídica da intervenção estatal .....	31
Patrimônio e reconhecimento legal .....	33
As fundações chamadas públicas no Brasil .....	35
Peculiaridades intrínsecas nas fundações de interesse público .....	36
O legislador e as fundações .....	38
A inteligência do Decreto-lei n. 200 .....	40
Conclusão .....	43

### CAPÍTULO II

#### REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

As fundações no Brasil e o seu regime jurídico .....	53
Alguns exemplos clássicos de fundações de fins públicos no Brasil .....	55
“Fundação Brasil Central”: fundação governamental ....	56
A estrutura administrativa na “Fundação Brasil Central”..	58
Privilégio e tutela administrativa .....	60
“Fundação Paranaense de Colonização e Imigração” .....	62
“Fundação Universidade de Brasília” .....	64
Universidade de Brasília: fundação não governamental ....	66

## X

## FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS

“Fundação Educacional do Estado do Paraná” .....	69
Sistema estadual de ensino no Paraná .....	71
Um fenômeno: “Fundação Getúlio Vargas” .....	74
“Fundação Nacional do Índio” .....	77
FUNAI: finalidade e privilégios .....	79
“Fundação Teatro Guaíra” .....	81
A opção do poder público .....	83
Unidade na pluralidade .....	86
As diferentes formas de execução dos serviços públicos ...	88
Ainda o Código Civil e o Direito Administrativo .....	90
Aplicabilidade da norma privada no Direito Administrativo.	92
Conclusão .....	97

## CAPÍTULO III

REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS  
NO BRASIL

A doutrina brasileira e o Decreto-lei n. 200 .....	104
As empresas públicas na sua forma externa .....	108
As empresas públicas na sua forma interna .....	110
A orientação do pensamento francês .....	112
A orientação do pensamento italiano .....	114
A empresa pública no Direito comparado .....	116
O serviço público descentralizado .....	118
Podêres jurídicos e responsabilidade .....	120
O reconhecimento específico .....	122
A estrutura no regime jurídico .....	123
Orientação do pensamento brasileiro .....	126
Responsabilidade e privilégios .....	128
Estados Unidos .....	130
O Seminário de Rangun .....	132
A Empresa Brasileira de Telecomunicações.....	135
A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos .....	138
Caixa Econômica Federal .....	140
O conceito brasileiro de empresa pública .....	143
A empresa pública no processo histórico .....	146
Conclusão .....	149

## CAPÍTULO IV

AS EMPRESAS PÚBLICAS, ORGANIZAÇÃO  
E FINS

O serviço público orgânico .....	156
As empresas públicas como fenômeno da nossa época ...	159
A teoria Econômica do Serviço Público .....	161
O Estado empresário .....	163
O problema da autonomia .....	164
As empresas públicas no plano da realidade comparada ...	166
A competência legislativa .....	167
A estrutura das diferentes empresas públicas .....	168

O contrôle administrativo .....	169
A tutela do contrôle externo .....	170
Princípios e objetivos .....	172
A extensão do Direito Administrativo .....	173
Desenvolvimento e modos de serviço .....	175
O papel da Administração .....	177
O fenômeno administrativo .....	179
Variação institucional .....	181
As realidades políticas e as verdades econômicas .....	183
As empresas públicas nas suas relações com o Estado ....	185
O fato na legislação e na Administração .....	187
Regime administrativo dos serviços públicos .....	189
Conclusão .....	190

CAPÍTULO V

A FUNDAÇÃO COMO FORMA DE EMPRESA

Realidade e fins .....	195
Autonomia apenas doutrinária .....	196
Os instrumentais de direito privado .....	197
Fundação e empresa pública .....	198
As novas fórmulas adequadas .....	199
As empresas públicas .....	201
Administração institucional .....	203
As fundações .....	204
Determinação do critério institucional .....	207
O contrôle ou tutela .....	209
A fundação-empresa .....	211
A situação no direito positivo .....	213
Administração e organismos autônomos .....	215
A modalidade fundação na empresa .....	217
A questão da personalidade jurídica .....	218
Metodologia do desenvolvimento .....	220
Substrato certo na ordem jurídica .....	222
Intervenção e atividade administrativa .....	224
A significação da forma jurídica .....	227
Conclusão .....	230

CAPÍTULO VI

REGIME ADMINISTRATIVO E SERVIÇO PÚBLICO

Serviço administrativo e serviço público .....	238
Antigos e novos critérios .....	239
As relações de subordinação .....	241
Instituições que se publicizaram .....	243
A experiência da História .....	244
As concessões .....	245
Pessoas administrativas .....	246
Disciplina materializada .....	248
Pontos comuns no direito comparado .....	249
O Estado no domínio econômico .....	251

Saturamento nas obrigações públicas .....	253
O Estado administrativo .....	255
Identificação dos entes descentralizados .....	257
O controle do Estado .....	260
Semelhanças e diferenciações .....	261
O controle de direito público .....	262
Separação dos entes pelos objetivos .....	264
Penetração do direito público .....	265
As características formais .....	266
Conclusão .....	268
 BIBLIOGRAFIA .....	 271

## Capítulo I

# As fundações e o direito administrativo

A simples transposição de regras e princípios de direito civil nas relações de direito público, o entrosamento de regras e princípios gerais que se fazem comuns ao direito privado e ao direito público, não quer dizer que qualquer dêesses ramos do Direito possa reivindicar para sua esfera a prioridade de institutos que são comuns e que assentam cientificamente na teoria geral do Direito.

Está acontecendo com o Direito Administrativo o mesmo que já aconteceu com o direito civil, onde o exagêro dos *civilistas* levou a preconceitos privatísticos prejudiciais ao entendimento de institutos que se ampliam, apesar de teorias já consagradas e de sistemas que se fecharam diante da evolução do Direito.

Não é pelo fato de nos acharmos dominados por idéias civilistas que não vamos aceitar a realidade incontestável da emancipação do Direito Administrativo desde quando adotou instituições peculiares ao direito civil, incorporando à sua sistemática de *fins*, normas e regras que não pertencem a êste ou àquele ramo do direito, porque pertencem em comum a todos os ramos, como os atos, os contratos e as pessoas.

Aceitamos, por verdadeira, a tese de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, quando afirma que não cabe, especificamente, “a nenhum ramo do Direito, quer público, quer privado, reivindicar para seu campo a prioridade do instituto da *fundação* e, muito menos, a estruturar-lhe o conceito, que deve ser amplo, de molde a pairar bem acima de qualquer implicação individuada e dum determinado sistema de direito positivo”.<sup>1</sup>

Não basta, no entanto, afirmar que as *fundações de direito público* existem, desde que criadas por lei, ou por ato administrativo, como quer PONTES DE MIRANDA.<sup>2</sup>

As fundações assim criadas, tal como deve ser, não contrariam o direito civil, sempre estiveram sujei-

1. V. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 66.

2. V. *Tratado de Direito Privado*, pág. 468.

---

tas às normas que regem as pessoas jurídicas de personalidade privada.

HELY LOPES MEIRELLES, estudando a natureza e o regime jurídico do Instituto, chega a idêntica conclusão, para considerar toda *fundação* “como pessoa jurídica de direito privado, seja sua finalidade particular, seja de interesse público”.<sup>3</sup>

Não se trata aqui de contrariar, pela simples vontade da controvérsia, algumas justas tendências da doutrina estrangeira e brasileira, mas de evidenciar uma posição que é *real* no direito positivo e que deve merecer o aprêço dos administrativistas.

Não há maior equívoco que aquele de partir do conceito genérico de *fundação* para depois aceitá-la como *pública*, descaracterizando o instituto através de uma expressão vocabular inadequada, somente porque necessariamente haja participação do Estado na sua criação ou apareça a Administração como a instituidora.<sup>4</sup>

Muito mais fácil para a doutrina, e mais certo para o Direito Administrativo, ficar com a verdade jurídica que em nada desmerece o doutrinador, do que procurar caminhos outros que só impressionam pelo *fim* que só interessa ao instituidor, quando êsse *fim* procura a realização de um interesse particular ou de interesse público.<sup>5</sup>

Como entidade personificada e destinada a um *fim*, ou finalidade específica e peculiar, está claro que a *fundação* tanto pode ser de interesse *particular* como de interesse *público*.<sup>6</sup>

A intervenção do Estado, ou da Administração, buscando o apoio de uma instituição de direito privado, em nada desfigura, no seu conteúdo, forma e fim, a *fundação*, embora exigências ocorram em razão do que pretende o Estado, que é quem declara como instituidor, o destino do patrimônio e a maneira de administrá-lo.

3. Parecer, RF, Ano 63, vol. 220/66 e segs.

4. CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. I, págs. 145/6.

5. V., para consultar, PONTES DE MIRANDA, ob. cit. pág. 468; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado*, vol. I, pág. 61; MIGUEL REALE, RDA; vol. 72/409; GERALDO ATALIBA, RT, vol. 338/72; e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RT, vol. 338/62.

6. MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, págs. 22/3.

## § 1.º — A POSIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

A posição do Código Civil brasileiro não alimenta dúvidas e nem suprime possibilidades para a Administração, mas esclarece uma *situação* que não é controvertida e nem contraditória.

Ainda se inspira o Código Civil brasileiro no melhor pensamento jurídico e na melhor tradição doutrinária, plasmando uma legislação consentânea com a realidade e bastante exata na extensão dos princípios que rigorosamente consagra.

Na sua linguagem sóbria, como o primeiro Código Civil francês, fugiu do estilo redacional casuístico, adotando aquela mesma característica de unidade jurídica no conjunto das suas regras, valorizando-se pela construção lógica e não arbitrária.<sup>7</sup>

No Capítulo II ocupa-se das pessoas jurídicas, “pondo ordem nessa matéria, que era um dos quebra-cabeças do Direito pátrio, por falta, quase completa, de normas legais, de caráter geral, às quais fôsse possível pedir orientação segura, no meio das fundas controvérsias da doutrina”.<sup>8</sup>

O Capítulo II, como explica PAULO DE LACERDA com precisão, divide-se em quatro *seções*:

— na primeira define a teoria que adotou, estabelecendo que as pessoas jurídicas são de direito público ou de direito privado, quais são elas, e como se representam judicial e extrajudicialmente;

— na segunda, cria o registro civil das pessoas jurídicas de direito privado, e dá as normas capitais para a respectiva inscrição;

— na terceira, trata das sociedades ou associações civis, prescrevendo regras quanto à sua existência, constituição, funcionamento, termo, e aplicação dos bens das extintas; e

7. “O grande novelista STENDHAL confessou que tôdas as manhãs lia o Código Civil, dizendo que o exercício lhe ajudava encontrar o tom justo para os seus trabalhos literários” (v. GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho — El Código Civil francés*, págs. 74/5).

8. PAULO DE LACERDA, *Código Civil Brasileiro, Precedidos de uma síntese histórica e crítica*, pág. XXXVI.

— na quarta, determina o modo de instituir e constituir a *fundação*, ditando normas relativas à sua fiscalização e termo.<sup>9</sup>

Não se entende como não se queira aceitar tão segura orientação que a ação do tempo não corrompeu, apto que está ainda para recolher as transformações que se operam constantemente na sociedade, por força de novos costumes e necessidades.

Forma o Código Civil brasileiro um rígido sistema aberto de princípios, em pura linguagem técnica, dando margem a que nêle se busquem novas orientações sem o abandono das linhas divisórias mestras que resultaram de um esforço orientado.

Precisamente por essas características bem definidas nada perde o direito público, e nem perde o Direito Administrativo, em assentar no Código Civil algumas das suas mais importantes premissas jurídicas em favor de uma ordem preciosa para o entendimento de problemas que só a abstração torna controvertidos.

## § 2.º — AS AUTARQUIAS E O CÓDIGO CIVIL

Com as autarquias, jamais precisou que o Código Civil delas fizesse menção: sem lugar pròpriamente seu, reconhecido no Código, surgiram elas por motivo da *descentralização* institucional ou territorial, não havendo sequer denúncia da doutrina quanto à impropriedade das entidades autárquicas.<sup>10</sup>

Consagraram-se as autarquias dentro do Código Civil como um serviço público especial, personalizado através da concessão da personalidade jurídica de direito público, investindo-se desde logo de capacidade real ou presumida de govêrno próprio.<sup>11</sup>

Pessoa jurídica de direito privado é o que as autarquias não poderiam ser, porque essa capacidade de direito, nos exatos têrmos do art. 16 do Código Civil,

9. LACERDA, ob. cit. pág. XXXVI.

10. Nosso trabalho *Autarquias Administrativas*, Capítulo III, *Noção Jurídica de Autarquia*, págs. 87 e segs.

11. LUIZ DELGADO, *Autarquias: Função Social e Aspectos Jurídicos*, pág. 73.

só pode revestir as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações, assim como as sociedades mercantis.<sup>12</sup>

Revisamos hoje nosso pensamento anterior e deixamos de concordar com TITO PRATES DA FONSECA, porque não foi “o excessivo cuidado de seguir os preceitos do Código Civil” que redundou na sua violação, pois violação alguma houve no desdobramento havido ou na desconcentração da atividade administrativa estatal.<sup>13</sup>

Foi o próprio Código Civil quem permitiu, da elasticidade dos seus princípios básicos, sem quebra da sua unidade, que as autarquias normalmente surgissem da União e dos Estados, com a mesma vontade das pessoas jurídicas de direito público.

A lição está com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, assim enunciada:

“Eis porque a indagação se uma pessoa é pública ou privada não tem outros horizontes senão os do regime jurídico da pessoa, pôsto que o horizonte do Direito é um horizonte de regimes jurídicos.”<sup>14</sup>

Qual, no caso, o regime jurídico das *autarquias*? A resposta está no seu regime determinado, o público. Qual, na espécie, o regime jurídico das *fundações*? A resposta está na convergência de normas que são de direito privado.

Para RUY CIRNE LIMA é o *fim*, e não a vontade, que domina tôdas as formas de administração: “supõe, destarte, a atividade administrativa, a *preexistência de uma regra jurídica*, reconhecendo-lhe uma finalidade própria”, ou, “jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”<sup>15</sup>

Cabe indagar de antemão qual a regra jurídica preexistente para as fundações ou qual a legislação enunciadora da regra de direito que permite se criem fundações?

12. TITO PRATES DA FONSECA, *Autarquias Administrativas*, pág. 81.

13. TITO PRATES DA FONSECA, *ob. cit.*, pág. 80.

14. V. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 243.

15. V. *Princípios de Direito Administrativo*, pág. 22.

Se as autarquias, mesmo não mencionadas no Código, são pessoas jurídico-público-administrativas, as fundações, por serem pessoas privadas, não perdem as suas características jurídicas essenciais, quando criadas pelo Estado, ou sejam, de direito privado.

### § 3.º — AS FUNDAÇÕES E O CÓDIGO CIVIL

Nada impede que uma *fundação* seja destinada a satisfazer interesses públicos coletivos e seja regulada pelo direito privado e submetida à vigilância do Estado.

O Estado, criando fundações, com os fins públicos que bem entender, está na sua missão de atividade administrativa, como está quando se faz concedente de serviços públicos.

No entender de RANELLETTI, uma pessoa jurídica só pode ou deve ser pública enquanto integrada ao Estado, dêle fazendo parte por sua atividade ou finalidade,<sup>16</sup> o que não acontece com as fundações, ainda que os fins e interesses sejam públicos.

No entanto, dentro do próprio Código Civil, as relações peculiares entre fundação e Estado, entre fundação e poder público, entre fundação e Administração, ficam mantidas sem qualquer perigo para os fins que forem os especificados pelo instituidor.

Pelo menos no direito brasileiro, no que concerne à proteção direta e imediata dos interesses públicos, as fundações nada deixam a desejar se comparadas com as autarquias.

O art. 24 do Código Civil, prescreve:

“Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.”

Ao Estado instituidor, como já vem numerosas vezes ocorrendo, não faltam pela *lei civil* os meios de resguardo do interesse público, quando pelo ato administrativo da criação, dispõe:

16. ORESTE RANELLETTI, *Ordinamento Amministrativo dello Stato Italiano*, pág. 63.

a) sôbre os fins específicos a que se destina a *fundação*, e;

b) sôbre a maneira de administrá-la.

Quanto ao *fim* nada há que dizer, mas quanto à maneira de administrá-la, o Estado instituidor poderá suprir-se das cautelas necessárias ao bom êxito público que objetiva.

Pode, assim, o Estado, resguardar-se, num sentido da própria responsabilidade, com o provimento nos cargos de direção, de elementos por êle indicados como é comum, adotando dessa forma os critérios normais admitidos pelo serviço público civil.

Não faltará ao Estado instituidor, com amplo respaldo na *lei civil*, livre capacidade de intervenção: pelo exercício da tutela e pelas normas impostas de Direito Administrativo, poderá sempre quando quiser fazer cumprir a sua vontade.

A compulsão sofrida pelas fundações de parte do poder instituidor decorrerá do ato da criação: sempre, a qualquer momento, lícito será exigir-se a realização dos fins específicos, sem que ocorram práticas ilícitas ou prejudiciais à sociedade.

#### § 4.º — A TUTELA ADMINISTRATIVA E O CÓDIGO CIVIL

Não é possível limitar o que o pensamento do legislador não limitou: analisado o problema das fundações à luz do direito positivo, a obrigatoriedade da tutela administrativa decorre claramente da lei civil quando o Estado aparece como instituidor.

O art. 26 do Código Civil fala alto: “Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.”

O disposto nesse artigo encontra em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, um lúcido hermeneuta, quando diz que há, efetivamente, pessoas privadas que são compelidas ao cumprimento do próprio escopo, e que são “as fundações privadas”.<sup>17</sup>

17. V. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 270.

Não se trata, como pondera o jurista paulista, de mera fiscalização, à moda da que o Estado exerce sobre tôdas as pessoas jurídicas, a fim de que não desenvolvam atividade ilícita ou prejudicial à sociedade.<sup>18</sup>

No caso do art. 26, trata-se de fazer cumprir “o escopo que o instituidor assinalou para a fundação”, como simples conseqüência, em nosso entender, da natureza de fins públicos ou privados das fundações, conforme a expressa vontade no ato da criação.

Pode o Estado instituidor, quando queira ou como queira, dentro da *discrição* que a própria lei faculta aos instituidores de fundações, normatizar em regras obrigatórias o modo de como administrá-las e dar destino ao patrimônio quando extintas.

O art. 30 do Código Civil recomenda algumas hipóteses possíveis, desde que se verifique ser a fundação nociva ou impossível a sua manutenção, ou vencido esteja o prazo da sua existência.

Visa o dispositivo da lei civil, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou nos estatutos, que o patrimônio da fundação extinta se incorpore ao patrimônio de outras fundações que se proponham a fins iguais ou semelhantes.

Precisamente no ato constitutivo o Estado manifesta a sua vontade que pressupõe logicamente a tutela permitida, obrigando assim a um comportamento administrativo que se deve harmonizar com o comportamento de gerência e representação das fundações.

Portanto, a manifestação da vontade ativa do Estado, ou da Administração no caso, reside no *ato constitutivo* e somente através dêle se verificará o contrôle da pessoa jurídica, não apenas com relação aos fins como em relação aos atos que se devem expressar em forma de norma legal.

#### § 5.º — AS FUNDAÇÕES COMO PÚBLICAS INEXISTEM

A pessoa jurídica chamada fundação, não há como forçar argumentos que se perdem na abstração, sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão

18. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit. pág. 270.

ser de direito privado, porque assim está institucionalizada e consagrada pelo direito positivo.

Há uma grande diferença e uma larga distância entre considerar-se como existindo uma fundação privada com fins e objetivos públicos e procurar justificar as fundações públicas, como se justificam as autarquias, cuja posição no plano da Administração e do Estado é de pura organização delegada de certos serviços públicos de natureza econômica, social, ou então assistencial.

Explica, com acerto e lógica, HELY LOPES MEIRELLES:

“O fato de o Estado servir-se de institutos do direito privado para a realização de atividades do interesse público não transfigura as instituições civis em entidades públicas, nem autarquiza êsses meios de ação particular, mesmo porque, quando o Estado busca uma instituição de direito privado para a realização de atividades de interesse público, êle está desejando, precisamente, servir-se de um instrumento civil desvinculado das normas estatais, para o pronto atingimento de objetivos que não seriam alcançados pelos meios administrativos rígidos e convencionais, ou seja, pelas repartições públicas centralizadas, ou descentralizadas em autarquias.<sup>19</sup>

Não se pode perguntar se não seria mais prático que o legislador apontasse logo na lei tudo quanto fôsse previsível, mas a experiência mostra que não, em virtude de “pormenores que só podem ser previstos por quem esteja em contato com a prática administrativa e com as realidades cotidianas”.<sup>20</sup>

*Data venia*, é inaceitável, do nosso ponto-de-vista, o argumento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando inquina que alguém possa pretender “que uma fundação pública, ente autárquico como qualquer outro, esteja vinculada às regras do Código Civil no tocante à sua constituição”.<sup>21</sup>

19. V. *Fundações instituídas pelo Poder Público*, RF, vol. 220/66.

20. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, pág. 154.

21. CELSO ANTÔNIO, ob. cit., pág. 422.

Ninguém desconhece, porém, inclusive MARCELLO CAETANO, como a mutabilidade das circunstâncias e a evolução das condições da ação administrativa, vamos dizer, “podem impor a adoção de novas maneiras de proceder ou a previsão de novas hipóteses abrangidas pela regra legal”, importando, no entanto, “que o próprio órgão executor o possa fazer, dentro dos limites da lei, por via meramente regulamentar”, e sem esquecer que a Administração recebe da lei a sua faculdade de atuar, de agir ou de intervir em função do interesse geral.<sup>22</sup>

Efetivamente a lei cria situações, regula, em termos gerais, relações jurídicas, mas não desconhece que além do que regula há atividades outras que surgem, não em desacôrdo com as normas positivas, mas em acôrdo com elas, considerado o passar do tempo histórico.

Qual a diferença do Estado instituidor de uma fundação ou do particular instituidor? Qual o prejuízo para a Administração em seguir, ou não, as regras da lei civil? Onde e por que, devem as fundações ser públicas e privadas e não apenas *fundações*?

No rigor dos princípios positivos, a fundação chamada de *pública*, não existe: são públicas, ou podem ser, não obstante a imprecisão conceitual, em razão dos fins e da vontade do Estado norteada exclusivamente pelos interesses públicos.

Todo órgão do Estado, sejam autarquias ou fundações, sejam entidades delegadas ou de administração direta, correspondem, pois, sem dúvida, a um *princípio de instituição*, colocado na ordem jurídica acima dos indivíduos e dos interesses particulares, sem com isso se precise dizer que a *lei civil* não atende às conveniências do interesse público ou que a lei civil não previu na extensão os casos futuros.

## § 6.º — O ATO INSTITUIDOR E O REGIME JURÍDICO

Ainda que respeitável a posição de jurista do mérito incontestável de MIGUEL REALE, GERALDO ATALIBA e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não aceita-

22. MARCELLO CAETANO, ob. cit., pág. 155.

mos nem por conveniência prática essa tendência *publicizante* das fundações, pois não encontramos da parte do Estado inclinação para descaracterizar um instituto já bastante considerado pela experiência e capaz de atender os interesses da Administração.<sup>23</sup>

Compreende-se, porém, que êsses eminentes administrativistas, fundem seus argumentos numa preocupação louvável de acato pela plena autonomia do direito público, temerosos de que o direito privado, como num passado não remoto, possa desvirtuar tendências novas que se projetam no mundo jurídico, perturbando o crescimento de disciplinas que hoje aperfeiçoam e integram a Ciência do Direito.

Mas não há êsse perigo, de vez que o próprio Direito Administrativo, herdando como herdou instituições do direito civil, está capacitado para quando reconhecer ou instituir fundações, estabelecer para elas um regime jurídico peculiar aos interesses que são públicos, sem com isso deixar de atender as regras do direito positivo.

Não teria sentido para o cultor do Direito, e quem afirma é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “procurar categorias que não estivessem em correspondência exata com um determinado feixe harmônico de direitos e deveres”, porque o que importa ao jurista são os conceitos de interesses privados e interesses públicos tal como o legislador haja definido.<sup>24</sup>

Em se tratando do Estado, quem pode o mais também pode o menos: o uso do processo de direito privado jamais desnatura uma entidade que pretenda fins públicos, considerando que na lei criadora ou no decreto instituidor estão os elementos constitutivos para que a pessoa jurídica ganhe vida e seja posta em funcionamento.<sup>25</sup>

23. MIGUEL REALE, trab. cit. RDA, vol. 72/409; BANDEIRA DE MELLO, trab. cit. RT, vol. 338/62; GERALDO ATALIBA, trab. cit. RT, vol. 338/72.

24. C. A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 239.

25. “O campo discricionário poderá ser maior ou menor, muito largo ou bem estrito, porém, em qualquer hipótese, balizado externamente pela lei” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 425).

Está claro que sem o ato ou decreto instituidor não existem fundações: tanto a lei como o decreto ou o ato respondem pelas autarquias e fundações, tendo no interesse público o objetivo da Administração e nos processos adotados a forma de como as autarquias se fazem pessoas administrativas e as fundações se fazem públicas.

De qualquer maneira as autarquias resultam de leis como as fundações do *ato instituidor* e criador delas, sem que entre as autarquias e as fundações existam semelhanças flagrantes, ou identidade de estrutura e de regime jurídico.

Sòmente através do *ato instituidor* se impõe fisionomia jurídica às fundações: quanto à Administração, direta ou indireta, conexas com os interesses públicos estatais, dentro dos limites autorizados pelo regime jurídico, realiza-se sem quebra de unidade nas relações de direito que necessariamente se estabelecem.

Quando GERALDO ATALIBA, em pronunciamento correto e conclusivo, defende que as fundações públicas são imunes a tributos, não está esquecendo que elas são públicas e que são fundações ao mesmo tempo, com privilégios e condições que naturalmente decorrem da natureza peculiar do ato instituidor delas.<sup>26</sup>

É preciso notar, entretanto, que êsses privilégios e condições, ou prerrogativas de que podem se servir as fundações com a natureza específica da sua atividade, não se conflitam com o regime disciplinador civil e nem fogem aos padrões exigíveis na lei positiva no seu vínculo de *fim* com a Administração.

### § 7.º — AS AUTARQUIAS E AS FUNDAÇÕES

Sabemos, por ser pacífico, que a fundação se define como um conjunto de *bens personificados* conforme a vontade do seu *instituidor*, abrangendo no seu conceito os diferentes ramos do Direito, e personalizada em atenção ao *fim* que lhe dá unidade.<sup>27</sup>

26. V. *As fundações públicas são imunes a tributos*, trab. cit. RT, vol. 338/75.

27. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, vol. I, pág. 233.

Não há nelas, nas fundações, qualquer tônica ou um único traço característico, capaz de exatamente identificá-las, ou sequer aproximá-las das autarquias ou dos órgãos paraestatais.

Distingue-se, mas não é essa bem a nossa opinião atual, das autarquias, porque no dizer de GUIMARÃES MENEGALE, “a autarquia não é um instituto de direito civil como a associação e a fundação, e, sim, criatura do Direito Administrativo, que rompeu, quanto a êsse aspecto, o quadro institucional do Código Civil”.<sup>28</sup>

Não é a nossa opinião, pelo motivo de não ter havido rompimento com o direito civil ou com o quadro institucional do Código Civil, mas transmigração para o Direito Administrativo de formas e conhecimentos acumulados no arraial civilista e que serviram às conveniências do Estado na tarefa de expansão descentralizadora.

Noutra argumentação, analisando a importância do elemento patrimonial nas fundações e a sua destinação especial, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, adverte que “na realidade, o que impressiona os que comparam as fundações às entidades públicas é a finalidade coletiva, pública, de ambas, a ausência de associados, e a falta de fins lucrativos para o instituidor, mas, em seu conteúdo, sua criação, sua administração e vida, não pode haver identidade”.<sup>29</sup>

Ampliando o pensamento doutrinário, HELY LOPES MEIRELLES procura ressaltar que as entidades particulares, quando se tornam *paraestatais*, porque colocadas ao lado do Estado para realizar serviços ou atividade de interesses coletivos, “não se transformam em pessoas públicas, nem adquirem, só por isso, privilégios estatais como também não se sujeitam automaticamente às normas administrativas”.<sup>30</sup>

Na prática, discordamos em parte do ilustre administrativista, pois não obstante poderem conservar essas entidades a estrutura civil recomendada, apesar de

28. V. *Direito Administrativo*, vol. I, pág. 106.

29. V. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 164.

30. Trab. cit. RF, vol. 220/67.

continuarem como pessoas jurídicas de direito privado, pode o instituidor, para o desempenho das atividades de interesse público, estabelecer, conforme a lei autorizativa, imunidades, privilégios e prerrogativas, peculiares aos fins públicos pretendidos.

Com as fundações, e aqui já concordamos com HELY MEIRELLES, essas “não perdem a sua personalidade privada, nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas, são e continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações, mas destinadas a realizar atividades de interesse público do Estado”.<sup>31</sup>

A superação intelectual de uma teoria não consiste simplesmente em que aceitemos como verdadeiros e superiores, sem mais exame, os sistemas mais recentes, as modas marcadamente tendenciosas, que apaixonam mais do que valem, alimentando coloridas discordâncias, promovendo barreiras onde separações não existem.

As transformações políticas e sociais que atingiram o mundo após as duas últimas grandes guerras traçaram, como sói acontecer, novos rumos para o Direito: a evolução da técnica e o desenvolvimento dos meios de comunicação, os novos padrões de vida material e as condições econômicas, afetaram a Administração e continuam influenciando na linha de conduta administrativa do Estado.

Daí, porém, radicalizar-se posições, extremar-se soluções, vai uma larga distância: uma distância que nada esclarece e tudo confunde, baralhando conceitos tradicionais, regras que mantidas devem ser em favor do homem, porque a existência de órgãos auxiliares junto ao Estado não cometem ao poder público a faculdade de violentar as instituições ou de desunificar a unidade jurídica.

Com as fundações, valem os *fins*, e não só os *meios*: razoável e justo que a Administração delas se aproveite como órgãos que na espécie se integram à unidade da sua política administrativa, não forçando aproximações dispensáveis ou analogias acidentais, deixando a autar-

31. V. *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 311.

quia de um lado na sua função e a fundação de outro, desde que os traços diferenciadores jurídicos diversificam ambas as instituições, diversificando-as desde a sua origem histórica.

### § 8.º — O INTERESSE DIGNO DE PROTEÇÃO

O ilustre MARCELLO CAETANO, em magnífico e penetrante estudo, onde apresenta subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa, reconhece que “os Códigos civis mais modernos e as leis que regulam as matérias das fundações não restringem os fins lícitos a prosseguir aos considerados de utilidade pública, deixando, quando muito, nos casos da personalidade depender de ato legislativo ou administrativo, à autoridade competente o cuidado de verificar se o interesse é digno de proteção”.<sup>32</sup>

O que está querendo CAETANO quando indaga o que deve entender-se por utilidade pública e por utilidade particular? Senão definir, na sua indagação, posições e critérios com afetação a certo fim ou afetação de patrimônio à realização de um fim duradouro mediante organização própria?<sup>33</sup>

O problema do fim é essencial às fundações, como o problema *fim-de-serviço-público* é essencial aos órgãos estatais: no *fim* está o interesse digno de proteção ou o interesse público que o Estado visa resguardar como *fundador*.

Parece, pois, fora a problemática de fim, que nas fundações a *vontade* do instituidor não é uma questão proposta no plano doutrinário, mas uma questão vinculada exclusivamente ao substrato e à qualificação jurídica da pessoa instituidora.

O objeto-fim e a organização própria civil, como elementos essenciais da fundação, não exprimem idéias conflitantes, pois do *ato de instituição* presume-se o inte-

32. V. *Das Fundações — Subsídios para interpretação e reforma da legislação portuguesa*, pág. 20.

33. CAETANO, ob. cit., pág. 27.

rêsse público, sem que êsse *interêsse* torne uma fundação em *fundação pública*.<sup>34</sup>

Basta o interêsse público digno de proteção para que o Estado possa a qualquer momento atribuir finalidade pública a uma fundação, sendo apenas importante que o instituidor assim o declare condicionalmente quando da manifestação da sua vontade criadora.

Pondera CAETANO que há interêsses humanos que são coletivos, isto é, que pertencem a uma coletividade ou a uma sucessão de pessoas: “se êsses interêsses forem dignos de proteção jurídica e houver uma organização ao seu serviço que permita fazê-los servir por uma vontade eficaz, estaremos perante outros tantos substratos personificáveis, nada impedindo que se erijam em pessoas”.<sup>35</sup>

Mas, em nosso entender, definido o desejo do instituidor no momento da criação, ou pelo *ato de fundação*, não é um problema doutrinário desencadear controvérsias quanto ao caráter próprio do ato constituidor de uma categoria jurídica específica.

Em relação à estrutura das fundações, pelo menos no direito positivo brasileiro, será forçar demasiadamente o pensamento doutrinário, esquecendo na sua origem a natureza do ato instituidor, afirmar-se, como o faz CRETELLA JÚNIOR com brilho, a existência do que para nós impròpriamente chama de *autarquia fundação*.<sup>36</sup>

De mais a mais, em nada ganha a organização administrativa e nem o Direito Administrativo, com as sutilezas doutrinárias que, em curso aqui e no estrangeiro, procuram descaracterizar instituições que são comuns a diferentes ramos do direito.

Assente que o *ato criador* de uma fundação tem caráter próprio, e considerando a vontade do instituidor, a questão jurídica proposta não é *ideal* e sim *real*, em

34. “O ato de instituição é a manifestação de vontade pela qual o instituidor afeta um patrimônio à realização de certo fim duradouro” (CAETANO, *Das fundações*, pág. 31).

35. CAETANO, ob. cit., pág. 30.

36. V. *Regime jurídico das corporações públicas no Brasil*, RDA, vol. 98/5.

nada prejudicando o interesse público digno de proteção jurídica, o fato de uma fundação sofrer a intervenção de uma autoridade administrativa.

Quanto à *personalidade jurídica* é ela produto do *ordenamento jurídico*, sejam os fins jurídicos públicos ou privados: o importante na discussão está em que a organização-fundação tenha meios adequados à consecução do interesse ou do fim, mediante atividade que exprima a vontade manifesta no ato instituidor.

*Na fundação tudo está condicionado pelo ato de instituição*, no entender de CAETANO: no tocante aos *fins públicos*, cumpre ressaltar que o “princípio do respeito da vontade do fundador rege, na verdade, toda a vida da fundação”.<sup>37</sup>

### § 9.º — A VONTADE DO INSTITUIDOR

Efetivamente, acima da vontade do instituidor “interessa o que foi por ele visado, os fins que por ele foram prescritos”, porque todo ato de vontade está subordinado a um fim que seria o elemento “central e dinamizador da orgânica institucional”.<sup>38</sup>

CAIO TÁCITO, encarando a controvérsia com realismo, acrescenta ao nosso pensamento dois argumentos convincentes, mesmo quando as apelida de *fundações públicas*, como êstes:

— “instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado, incumbem-se da administração do patrimônio público e têm como fonte de receita a disponibilidade de subvenções ou outras parcelas da receita pública”;

— “as fundações públicas regulam-se pelos princípios do direito privado, com as peculiaridades cons-

37. MARCELLO CAETANO, ob. cit., pág. 81.

38. “É nessa tradição que se inseria SALEILLES quando, no seu célebre curso, punha em relêvo a importância do fim nas fundações, definidas como *patrimônio independente e autônomo constituído em vista de um fim estabelecido e que só funciona para a realização do fim a preencher, pertencendo idealmente a uma entidade representativa de afetação dada à propriedade*” (v. *De la Personnalité Juridique*, pág. 126, apud MARCELLO CAETANO, ob. cit., pág. 84).

tantes das leis autorizativas de sua instituição, e seu pessoal sujeita-se à legislação trabalhista e a prestação de suas contas é, via de regra, feita perante o Tribunal de Contas".<sup>39</sup>

Claro que tal não é a regra geral, pois outras condições podem ocorrer: o instituidor nem sempre manifesta a sua vontade de igual maneira, e pode fazê-lo das mais diversas formas, desde que respeitados os fins e subordinado ao princípio da legalidade.

Os exemplos que adiante apontaremos não contrariam a verdade de que a capacidade jurídica das fundações é, indubitavelmente, aquela determinada pela capacidade reconhecida no direito positivo a todas as pessoas coletivas.<sup>40</sup>

Não há outra hipótese quando se sabe que a Administração compreende não só os serviços públicos, mas também numerosos outros serviços que concede ou delega, orientando e coordenando, e todos êles com individualidade jurídica exercendo direitos e cumprindo obrigações, através de processo orgânico descentralizador.

Não significa que com isso surjam dois tipos de fundação, uma regulada pelo direito positivo e outra pública, pois as dessemelhanças acaso existentes entre as duas figuras não estão na forma e, sim, nos objetivos perseguidos e de interesse público.

Também é insustentável a existência de duas personalidades distintas: a fundação, em função do ato instituidor, é uma só, o seu caráter é privado, mas, não obstante ser passível de direitos e obrigações de direito público, reconhecendo-se nela assim dupla capacidade.

Quanto aos caracteres formais que permitem reconhecer a fundação no Direito Administrativo são, principalmente, aqueles caracteres que a sustentam a partir do ato instituidor:

- 1.º) a sua criação por ato do Estado;

39. V. *Relatório apresentado à Association Henri Capitant*, em julho de 1963, RF, vol. 205/417.

40. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo — As pessoas Coletivas*, págs. 94/95.

2.º) a existência de fim de interesse público para que foi criada, e;

3.º) subordinação à tutela administrativa dos atos praticados pela sua direção e órgãos.

Participam as fundações assim criadas e formadas da Administração, em consequência de exercerem faculdades que objetivam o interesse público, e por funcionarem em razão do Estado na gerência de serviços e coisas *administrativamente* tuteláveis.

Temos, portanto, de concluir com MARCELLO CAETANO, excluindo possíveis divergências de orientação doutrinária, “que os órgãos da fundação devem conter-se rigorosamente dentro dos fins da instituição, tais como foram definidos pelo instituidor ou se encontrem estabelecidos nos estatutos”.<sup>41</sup>

## § 10 — AS FUNDAÇÕES E O DIREITO ADMINISTRATIVO

De regra, como já vimos, num sentido geral, as fundações, não escapam da tutela do Estado.

A intervenção tutelar do Estado envolve poderes de orientação geral com respeito aos fins determinados, e poderes que são próprios dos *regimes administrativos* vigentes.

Os aspectos sob os quais se efetiva a tutela justificam a intervenção do poder tutelar pelo simples motivo de que o ato instituidor é um ato público e de natureza administrativa.

Efetivamente, o fim deve prevalecer sobre tudo o mais, consideram-se que as obrigações acessórias se devem ater às obrigações finalísticas, que são as determinantes da capacidade.

Os poderes tutelares que se exercitam são aqueles peculiares ao Direito Administrativo, mas inscritos, devem estar no processo estatutário consequente do ato instituidor.

41. CAETANO, ob. cit., pág. 99.

A legislação brasileira, e nisto dou razão a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não está realísticamente atualizada quanto às fundações, inclusive porque o Código Civil nosso foi elaborado em época anterior à proliferação de autarquias em nossa vida jurídica e social, não se referindo a institutos que depois surgiram sob aspectos diferenciados na ordem jurídica institucional.<sup>42</sup>

Novamente não procede o argumento diante do fato das fundações em nada apresentarem semelhança com o fato das autarquias, desde que se reconheça de pronto a importância da lei criadora da autarquia e do ato instituidor das fundações.

Também a legislação portuguesa, segundo denuncia MARCELLO CAETANO, não está manifestamente atualizada na regulamentação das fundações: “o Código Civil, elaborado há um século (diz CAETANO), apenas aflorou a matéria das pessoas coletivas e as alterações nêlo introduzidas em 1930 foram esporádicas...”<sup>43</sup>

Na realidade, sem forçar circunstâncias jurídicas outras, no tocante às fundações, melhor seria atender ao conselho não direto de CAETANO, deixando para a lei administrativa, *como está acontecendo*, tudo quanto implique a prática de atos administrativos, o emprêgo do processo administrativo, a intervenção da Administração.<sup>44</sup>

E para o Código Civil ficaria o que respeita à autonomia da vontade e à capacidade jurídica da pessoa. “limitando-se, quanto às restantes matérias, a traços muitos gerais, apenas os indispensáveis para enquadrar o instituto”,<sup>45</sup> *como também está acontecendo*.

Enquadrado, porém, o instituto, ao Direito Administrativo compete a grande função tutelar: assim, ao lado de uma descentralização autárquica ou institucional, está

42. Afirma CELSO ANTÔNIO: “Como pretender que as fundações públicas se rejam pelo Código Civil, se êste as desconhece? Perante o citado diploma inexistem as autarquias e, pois, as fundações públicas” (ob. cit., pág. 422).

43. CAETANO, *Das Fundações*, cit., pág. 165.

44. CAETANO, ob. cit., pág. 167.

45. Idem, *ibidem*.

havendo um outro tipo de descentralização orgânica, sem que os conceitos se confundam em virtude da natureza das realidades que devem exprimir.

Com a tutela sôbre as fundações, impedindo-se que outros interêsses se sobreponham aos interêsses finalísticos, o Direito Administrativo dá ao Estado instituidor um forte poder coordenador e integrador que se harmoniza com o ato instituidor, sem que dúvidas precisem ser levantadas quanto à personalização das fundações.

O próprio CRETELLA JÚNIOR reconhece “que a doutrina estrangeira admite as *fundações de direito público*, embora sem a amplitude que seria de desejar”.<sup>46</sup>

Mas não admite, como no Brasil se quer admitir, desnecessariamente conflitando o direito civil com o Direito Administrativo, como se os *preconceitos privatísticos* que há muito desapareceram, ainda pudessem prevalecer diante da inconfundibilidade de institutos que se distinguem como categorias autônomas, servindo ao Direito.

## § 11 — IMPROPRIEDADE NA DENOMINAÇÃO

Não se diga que qualquer posição menos publicizada seja um preconceito privatístico, pois os ramos jurídicos não são compartimentos estanques, fechados, introvertidos, impenetráveis, muito menos o direito civil na enorme contribuição que deu sobretudo à formação e ao desenvolvimento do Direito Administrativo.

Não há mais exata definição que a oferecida por VICENTE RÁO, para a fundação: “um *ente jurídico* de existência real, objetivado pela organização, que se destina, mediante a utilização de um patrimônio próprio, a realizar os fins que lhe foram impostos por seu instituidor”.<sup>47</sup>

Desde LABAND até BUTTGENBACH, passando por CINO VITTA e falando em OTTO MAYER, a transposição de princípios e regras do direito civil nas relações de direito público, manteve inconfundível e típica contro-

46. V. *Tratado*, vol. I, pág. 68.

47. V. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. III, pág. 270.

vérsia ainda não sanada no campo público ou privado, de nada adiantando a personalidade inequívoca de institutos que se afeiçoam nos diferentes sistemas positivos de direito.<sup>48</sup>

No entanto, cumpre dizer, a doutrina estrangeira, procura não desmerecer nas fundações “os fins que lhe foram impostos por seu instituidor”, de que fala VICENTE RÁO, porque somente através desses *fins* os institutos se consagram, sem prejuízo para a unidade na evolução da ciência jurídica, ou com entes jurídicos marcados e desfrutando de existência real.<sup>49</sup>

As reservas hoje de PAUL LABAND não teriam o mesmo efeito que tiveram em 1900, tão-somente porque o direito civil se abriu para o Direito Administrativo, podendo, como tem podido esta última disciplina, frequentar a primeira, dela tirando, a título de colaboração com a Administração, institutos que passaram a pertencer ao Direito Administrativo, sem quebra das características básicas e peculiares.<sup>50</sup>

Quando CINO VITTA, acolhendo a denominação *fundação pública*, não obstante não abandonando o conceito genérico e fundamental de fundação, ressaltando o *fim determinado* e, advertindo que o patrimônio não é o elemento essencial, aceitando a expressão pública no sentido de fim, outra coisa não está fazendo que reconhecer nas fundações um puro sentido diversificador que se reflete, precisamente, no Direito Administrativo.<sup>51</sup>

Já o clássico OTTO MAYER, tão citado e comentado, generaliza a expressão vocabular, apontando seu uso para as pessoas morais e certas pessoas coletivas, condenando a atitude de autores que só aceitam a fundação no direito civil o que é certo, ficando assim num justo

48. V. PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, pág. 4; CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 145; OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Aleman*, vol. IV, pág. 263; ANDRÉ BUTTGEBACH, *Manuel de Droit Administratif*, pág. 33.

49. VICENTE RÁO, ob. cit., vol. III, pág. 270.

50. LABAND, ob. cit., vol. I, pág. 4.

51. CINO VITTA, ob. cit., vol. I, pág. 145.

meio-térmo entre o público e o privado e de qualquer maneira não colaborando para a injustificável confusão ora reinante.<sup>52</sup>

Possivelmente, essa tendência à generalização definidora seria a mais apropriada, admitindo-se a fundação no direito público e Administrativo sem descaracterizá-la pela despersonificação privada, pouco importando a denominação que também adotou BUTTGENBACH para dar sentido à criação, por uma pessoa pública, de um estabelecimento ao qual se confere personalidade jurídica ou capacidade de possuir patrimônio.<sup>53</sup>

Perguntar-se-ia aqui, então, quais as causas elementares e determinantes da personalidade pública ou privada?

Aplicando-se o critério mais razoável de identificação de um *ente* em público ou privado, êsse critério seria, sem dúvida, se não o orientado pelo *fim*, ao menos o assentado no *ato instituidor*, ou de vontade do Estado.

Não é pelo simples fato de um fim ser público que as fundações sejam forçadamente de direito público: o estudo da natureza, formação e constituição das fundações importa para o jurista, mormente quando a própria realidade jurídica determina-lhe a criação com o reconhecimento do ato instituidor.

## § 12 — O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO

Enganam-se os que tentam a separação dogmática dos ramos jurídicos, desconsiderando na sua unidade princípios que são afins e nascidos das mesmas fontes e origens, tanto essas *fontes* se apresentem como *históricas* e essas *origens* como *naturais*.

As semelhanças e as diferenças não podem confundir o jurista, inclusive os pontos permanentes de contato no processo jurídico, não que êsses pontos resultem de uma conclusão silogística, mas porque êsses pontos atuam assentados na realidade social.

52. OTTO MAYER, ob. cit., vol. IV, pág. 263.

53. ANDRÉ BUTTGENBACH, ob. cit., pág. 33.

Na idéia de *relação* está a unidade do Direito, quando aceita com rigor científico nos seus fundamentos básicos ou o funcionamento regular, harmônico e eficaz dos sistemas jurídicos.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, recorda que não se pode estimar como *elemento diferenciador* o critério tradicional da *utilitas*, segundo o qual deve ser público o direito que tutela a *utilidade pública* e privado o que se finaliza na *utilidade privada*, pois “en efecto, no existe entre el interés público y el interés privado una separación absoluta ya que, la utilidad pública, inspira en general a todas las normas del sistema jurídico”.<sup>54</sup>

Para QUINTANA, que segue a linha traçada pelos juristas italianos, é sempre conveniente “observar que la distinción entre Derecho público y privado adquiere, concretamente, en relación a los sistemas particulares positivos y en relación a las diversas épocas una fisonomía variable”.<sup>55</sup>

E nada mais exato porque “algunas veces prevalece el Derecho privado, otras adquiere preponderancia el Derecho público”.<sup>56</sup>

Irrelevante para o jurista se ative ou não a preponderância do direito público e que, através dessa preponderância, sofram as instituições de direito privado profundas transformações, que aos poucos possam influenciar todo o ordenamento jurídico.

Não se trata, portanto, de estabelecer uma posição antitética, nem de assinalar subordinação do direito privado ao direito público, ou vice-versa, mas de distinguir no processo contemporâneo, a posição finalística do Estado entre o público e o privado.

Fica, no fundo e na forma, escrita com simplicidade, a lição ainda viva de RENÉ SAVATIER:

“Mais le contrôle du droit public a appris ici à ne pas dégénérer en tyrannie. Nous sommes dans un domaine où le droit civil et le droit public ont finalement réalisé, dans la plupart du pays, un ménage har-

54. V. *En Torno al Concepto del Derecho Civil*, pág. 51.

55. JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, ob. cit., pág. 51.

56. PASCUAL QUINTANA, ob. cit., pág. 51.

monieux, le droit public laissant au droit civil une initiative étendue, mais disciplinant cette initiative pour le bien comun. Conformément aux règles générales de l'évolution du droit privé vers le droit public, on voit, d'une part, en matière de fondations, se multiplier les personnes morales, et, d'autre part, des particuliers, les fondateurs, concourir par l'intermédiaire d'institutions civiles, a un service public. Seulement, pour ce service public, l'État loin d'intervenir de manière à emprisonner l'initiative privée, en favorise, au contraire, l'épanouissement dans l'intérêt général." 57

Compactuando com SAVATIER, mas temeroso com que chama de "invasão crescente" do direito público no direito privado, PASCUAL QUINTANA, no entanto, reconhece, que o Estado de hoje não pode permanecer impassível, nesse mundo amplo de relações jurídicas. 58

De igual maneira, entendemos que os critérios clássicos, como os atuais, muito pouco contribuem para a solução da controvérsia, cada vez mais apaixonante e desarrazoada, entre o Estado e as pessoas jurídicas face às situações juridicamente relevantes que surgem, procurando tornar desiguais direitos e obrigações.

Não está, porém, na impassibilidade do Estado o grande problema, porque com êle fica a maior vantagem na tutela de um interesse coletivo, sem jamais deixar de exercer por si, pessoal, direta ou indiretamente, o contrôlo da capacidade no exercício dos direitos.

Textualmente, evocando ALFREDO PAOLILLO: "las personas jurídicas se justifican en la convivencia social por el fin que realizan". 59

Ou melhor: "el fin es la razón de la existencia de todos los entes jurídicos, y constituye, en lo que concierne a las fundaciones, el segundo de sus elementos integrativos esenciales". 60

57. V. *Du Droit Civil au Droit Public*, pág. 96.

58. QUINTANA, ob. cit., pág. 52.

59. V. *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*, pág. 120.

60. ALFREDO PAOLILLO, ob. cit., pág. 120.

Eis, aí, o segundo dos seus elementos! Sob qualquer aspecto, é, portanto, o ato instituidor, o primeiro elemento, não igual aos demais, condicionado à sua própria substância, envolvendo em consequência o que chamamos *atribuições a um fim*.

### § 13 — O INTERESSE PÚBLICO E AS FUNDAÇÕES

As sociedades que se criam como de *interêsse público* estão naturalmente sujeitas a um regime especial de constituição: os direitos e obrigações, enquanto exercidos funcionalmente, não são exercidos em nome próprio como acontece com as pessoas de direito público.

Tal situação coloca particularmente as fundações num regime especial destinado a proteger o patrimônio público entregue pelo instituidor que obrigado está em disposição genérica da lei.

Se a fundação adquire personalidade pelo fato da sua constituição *conforme a lei*, há no processo de aquisição da personalidade dependência a um ato administrativo anterior à constituição, que é o ato originário instituidor afeto à Administração.

Como surgem as fundações, senão dêsse ato instituidor? Não há como confundi-las com as pessoas jurídicas de direito público, quando essas tem origem na lei que as consagra em cada caso.

Tôda fundação é, pois, para HELY LOPES MEIRELLES, “pessoa jurídica de direito privado, seja de finalidade particular, seja de fins de interêsse público, embora com adaptações e certas exigências administrativas”,<sup>61</sup> quando o fim é de interêsse público.

Essas fundações, onde no fim está o interêsse público, no entender do ilustre administrativista lembrado, “não perdem a sua personalidade privada nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas”.<sup>62</sup>

61. Trab. cit., RF, vol. 220/68.

62. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 313.

Atendendo ao ensinamento de CARLOS MEDEIROS SILVA, de que “a criação das pessoas de direito público escapa à previsão do direito privado, civil ou comercial, é matéria que envolve o exercício de atribuições de natureza política e administrativa”,<sup>63</sup> não há como não entender que isso não diz com as fundações de cuja criação cuida o Código Civil.

A personalidade jurídica, bem como a sua capacidade, decorrem, automaticamente, nas fundações, do ato criador-instituidor, não obstante prepondere um interesse fundamental público que exprime não a vontade do órgão, mas a vontade estatal, ou pública.

As dúvidas suscitadas, entre nós, em torno da personalidade jurídica das fundações, são fruto de indecisões freqüentes na doutrina estrangeira importada, indecisões que não explicam como contrariar as causas que dão origem à criação ou extinção de uma fundação.

Não basta a influência da vontade do Estado para acertar a índole jurídica da fundação no seu efeito constitutivo, como se torna incongruente aceitar o *atto procedimento*, a que se refere ROMANELLI, contraditando entre causa e efeito com a doutrina publicística.<sup>64</sup>

Isso não parece ser rigorosamente exato, pois ROMANELLI ao apreciar a noção do procedimento *in senso ampio*, baralha a individualidade jurídica das fundações em procura de uma classificação autônoma na sistemática do ato administrativo.<sup>65</sup>

Preferível, sem dúvida, ficar em parte, com a posição de PAOLILLO, numa tendência dogmática unitária da doutrina, e “prescindiendo de su origen estatal o privado y de la esfera del derecho, público o privado, en que desenvuelven su actuación”.<sup>66</sup>

63. V. *Autarquias estaduais e municipais*, RDA, vol. 36/6.

64. V. *Il Negozio di Fondazione nel Diritto Privato e nel Diritto Natural*, vol. I, *Il Procedimento amministrativo e l'atto procedimento e la sua applicazione al negozio di fondazione publicistico*, págs. 159 e segs.

65. VICENZO MARIA ROMANELLI, ob. cit., págs. 162/3.

66. PAOLILLO, ob. cit., pág. 46.

## § 14 — FUNDAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Entre *fundações públicas* e *fundações de interesse público*, é enorme a distância conceitual e vocabular.

Para tôdas essas pessoas que chamam *fundações públicas*, seria bem melhor chamá-las pelo que pretendem e pelo que objetivam de *fundações de interesse público*.

Com maior propriedade, as fundações não sendo públicas, podem, no entanto, como veremos, colimarem um interesse que seja caracteristicamente público.

As normas de ordem pública aqui não influem, porque essas se impõem incondicionalmente à vontade particular, em conexão imediata com as bases fundamentais que constituem a ordem social.<sup>67</sup>

BONET RAMÓN, torna explícito: “no debe confundirse, el carácter público de una institución con el interés público de la misma, que califica muchas instituciones de Derecho privado”.<sup>68</sup>

Não raras vêzes preceitos de direito privado, emanados de imposições de utilidade pública ou social, transcendem a esfera do interesse particular e privado dos indivíduos.

A lição de BONET RAMÓN não serve aos civilistas e sim aos administrativistas: na ordem histórica o direito privado apenas precede ao direito público, pois resulta como axiomático o princípio da unidade real do direito.<sup>69</sup>

Ora, nada mais exato, como diz RAMÓN, e o exemplo vale para as fundações de interesse público, que as esferas de ambos os direitos *se compenetran mutuamente*.<sup>70</sup>

A multiplicidade de fins com que se apresentam as fundações não constitui obstáculo algum a que elas

67. FRANCISCO BONET RAMÓN, *Introducción al Derecho Civil*, pág. 281.

68. BONET RAMÓN, ob. cit., pág. 281.

69. Idem, ob. cit., pág. 111.

70. Idem, ob. cit., *Derecho Público y Derecho Privado*, págs. 98 e segs.

se revistam como fenômenos sensivelmente peculiares, onde as regras gerais institucionais jurídicas atuam sem os exageros de formulações terminológicas.

### § 15 — A NATUREZA JURÍDICA DA INTERVENÇÃO ESTATAL

A intervenção do Estado nas fundações não era permitida no direito justiniano e considerada desnecessária no direito romano, assentando-se elas na simples vontade privada pelo princípio da doutrina romano-canonística, acolhido pelas legislações contemporâneas.<sup>71</sup>

Mas, o princípio mudou, assumindo o Estado direta intervenção, na formação das pessoas jurídicas privadas.<sup>72</sup>

Generalizou-se o que FERRARA entendeu por *instituição*, as várias organizações e as variadas pessoas, que em virtude da cooperação entre indivíduos, buscam um certo ou mesmo fim.<sup>73</sup>

Quanto ao Estado como fundador, institucionalmente, *exercita vontade privada*, surgindo a intervenção desde o momento que institui até o instante essencial da *tutela*.

O ato de intervenção do Estado com relação às fundações, PAOLILLO inclui, com bastante assêrto, tal é a natureza específica do ato, na categoria dos atos administrativos.<sup>74</sup>

No entendimento do jurista uruguaio, a vontade estatal integra-se à vontade do fundador: “solo mira a facilitar la producción de los efectos jurídicos del negocio fundacional, no constituye a favor del fundador ni nuevos derechos ni nuevos poderes, y tampoco influye sobre el ejercicio de los derechos, por la sen-

71. PAOLILLO, ob. cit., pág. 272.

72. ALFREDO PAOLILLO, ob. cit., págs. 272 e segs.

73. V. F. FERRARA, *Teoria de las Personas Jurídicas*, pág. 359.

74. PAOLILLO, ob. cit., pág. 275.

cilla razón de que ya fueran ejercitados con la emanación del acto, ni amplia la esfera de posibilidad jurídica del particular".<sup>75</sup>

Não querendo classificar, no entanto, num ponto agora concordamos com a expressão de ROMANELLI, quando afirma que o ato de intervenção do Estado é um *ato confirmatório* que dá vida ao ente público, implicando numa situação jurídica para uma relação já existente.<sup>76</sup>

A *fundação* não se pode perfazer, conseqüentemente, sem que nela se integre, a vontade do fundador, tendo somente, assim, no ato-procedimento administrativo, o ato confirmatório.

Esse elemento lhe é absolutamente essencial, isto é, integrante de sua própria substância privada.

O que se requer, para a fundação, com a intervenção do Estado, são pessoas, entes capazes de direitos e obrigações, sem a exigência da igualdade entre elas.

Entende-se que não há um gênero fundação, dentro do qual surjam espécies diversas, mas sim que a fundação é uma espécie, em cujas manifestações se verifica sempre a intervenção do Estado.

Para realizar fins públicos ou de obra pública, pode hoje a Administração usar diferentes meios, preferindo êste ou aquêle meio, conforme a ocasião e a natureza do serviço, executando diretamente, concedendo ou instituindo fundações.

Dada a intervenção do Estado, pelo ato instituidor e pela tutela, as obrigações de uma fundação decorrem da sua submissão ao ato confirmatório-instituidor.

Daí a tese de que a fundação, não obstante o ato administrativo-instituidor, a sempre continuada ingerência do Estado, tenha ela que fim tenha, rege-se pelas regras do direito privado.

A teoria construída a propósito da fundação pública, torna-se inadmissível em direito público interno.

Não resta como não entender que as fundações, pela natureza das relações que estabelecem, não se subordinam e nem se podem subordinar às normas de direito público que não existem.

75. Idem, ob. cit., pág. 275.

76. V. *Il Negozio di Fondazione*, págs. 108 e 165/6.

E nada impede que elas continuem como uma figura peculiar ao direito privado e que o seu conceito pertença à teoria geral do direito.

A fundação que nasce, assim, de um ato administrativo e de uma norma de direito privado, pelo interesse que é público se rege pelo Direito Administrativo, consolidando uma conquista invejável da Administração na ordem jurídica positiva do Estado.

### § 16 — PATRIMÔNIO E RECONHECIMENTO LEGAL

Não entendemos que o patrimônio seja o elemento constitutivo essencial para o nascimento de uma fundação: é, apenas, um elemento necessário, sem o qual não podem as funções cumprir os fins que lhe são determinados.

O elemento essencial está no ato instituidor que corresponde ao fim: fins que sejam determinados e não indeterminados, e que resultem, em caráter duradouro, da vontade do instituidor.

Não é sem motivo que alguns autores, COVIELLO e GIORGI, por exemplo, admitem a existência de um patrimônio em potencial, segundo meios em virtude dos quais surgirá necessariamente o patrimônio futuro da fundação.<sup>77</sup>

Se bem que o patrimônio não constitua um requisito substancial, não se querendo com isso dizer que o patrimônio seja dispensável, é no *reconhecimento legal* pelo ato confirmatório que atuam os elementos intrínsecos da fundação como pessoa jurídica.

Voltamos, com PAOLILLO, a dizer: “el acto de erección o reconocimiento legal, como factor primordial imprime a los elementos de hecho, institución y fin, caracteres autonómicos, transformando profundamente la obra instituida y subrayéndola de la esfera patrimonial del instituyente para elevar a una unidad jurídica personalizada, esto es: a sujeto de derecho con capa-

77. V. NICOLÁS COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile*, pág. 193; e GIORGIO GIORGI, *Dottrina delle Persone Giuridiche*, vol. I, pág. 119.

cidad autónoma en el ejercicio de los derechos patrimoniales".<sup>78</sup>

A intervenção do Estado na constituição das pessoas jurídicas para reconhecimento legal, responde à tradições históricas, à razões de convivência política, de utilidade social e de lógica jurídica, justificando plenamente a intervenção.<sup>79</sup>

Mas, considerando, num só todo orgânico o patrimônio e o reconhecimento legal, as fundações não se diferenciam uma das outras, num esquema simples como o enunciado por GUILHERMO A. BORDA:

— "la fundación nace de la voluntad de una persona y se gobierna según las normas fijadas por ella";

— "en las fundaciones, el gobierno de la entidad está regulado por la voluntad del fundador y los administradores no pueden apartarse de ella";

— "las fundaciones realizan un fin ajeno, el del fundador, y los destinatarios son extraños a la entidad";

— "las fundaciones no tienen miembros sino destinatarios".<sup>80</sup>

Por que, então, sendo os mesmos os atributos da personalidade, idêntica a natureza jurídica, semelhante a integridade corporal, êsse qualificativo de fundações públicas e fundações privadas? Senão fundação num conceito em que se elimina a heterogeneidade de situações?

Para o Direito Administrativo, pelo menos, analisados seus institutos e instituições, tanto valem os instrumentos privados como valem os instrumentos públicos!

Nada mais incerto, portanto, que falar em *regime jurídico das fundações públicas no Brasil*, como brilhantemente o fez CRETILLA JÚNIOR, num esforço questionável que o desaproximou da realidade e das reais categorias jurídicas existentes.<sup>81</sup>

78. PAOLILLO, ob. cit., pág. 127.

79. ALFREDO PAOLILLO estuda, no seu valioso trabalho, com rigorosa precisão temática o reconhecimento legal através da história, começando pelo direito romano, passando pelo direito francês e espanhol, até nossos dias (ob. cit., págs. 130 e segs.).

80. V. *Manual de Derecho Civil*, pág. 267.

81. V. *Regime jurídico das fundações públicas no Brasil*, RF, vol. 221/29.

Conforme os pontos-de-vista teóricos que adotou, por mais exuberantes que sejam os argumentos, é um exagêro falar em prolongada resistência, ou em idéias preconcebidas, “responsáveis pelos resquícios e reminiscências do direito privado, no âmbito do Direito Administrativo”.<sup>82</sup>

Ninguém nega, porém, no Brasil, e lá fora, que existam fundações de interêsse público ou de fins públicos, num raciocínio lógico que se afina com o regime jurídico e não contraria, em hipótese alguma, a omissão dos Códigos Civis.

É o que veremos.

## § 17 — AS FUNDAÇÕES CHAMADAS PÚBLICAS NO BRASIL

Bastam alguns poucos exemplos.

*Primeiro:* da “Fundação Getúlio Vargas”, cuja obra, que vem realizando há décadas, como pessoa jurídica de direito privado, categoriza-se como obra altamente pública e de fins públicos, sem que a doutrina possa buscar outra definição no regime jurídico brasileiro, ou tenha mesmo necessidade de buscar essa outra definição no sentido de colocar o problema em esquemas que o próprio Direito Administrativo não entende e que o direito público repele.

*Segundo:* a “Fundação do Amparo à Pesquisa”, no Estado de São Paulo, instituída pela Lei n. 5.918, de 18 de outubro de 1960, com natureza jurídica rigorosamente posta nos quadros do direito positivo brasileiro, apenas matizada de capacidade pública, tão-sòmente pelo ato instituidor gerando obrigações e deveres específicos, não se impõe amparada pelo direito público interno, não obstante sua índole administrativa e sua capacidade finalística de serviço público.

*Terceiro:* a “Fundação Educacional do Estado do Paraná”, criada pela Lei n. 4.599, de 2 de julho de 1962, destinada a auxiliar o Govêrno na administração e desenvolvimento do ensino primário, médio e superior,

82. CRETELLA JÚNIOR, trab. cit., págs. 221/29.

e no apoio às atividades culturais, entidade de fins não lucrativos e dotada de personalidade jurídica, com sede e fôro na cidade de Curitiba, receita e patrimônio próprios, enquadra-se em nosso sistema de direito, com tôdas as implicações disso advindas.

*Quarto:* a “Fundação Universidade de Brasília”, onde as formalidades civis impõem caracteres à pessoa jurídica, caracteres de fundação criada e mantida pela Administração Pública, conforme Lei n. 3.998, de 15 de dezembro de 1961, e instituída com personalidade privada, face o seu Estatuto, aprovado pelo Decreto n. 500, de 15 de janeiro de 1962, gozando e dispondo de prerrogativas que lhe advêm do ato instituidor, de privilégios conferidos no ato confirmatório.

*Quinto:* a “Fundação Nacional do Índio”, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, conforme a Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, destinada a estabelecer diretrizes e a garantir o cumprimento da política indigenista do Governo Federal e a exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio, com podêres de representação ou assistência jurídica inerentes ao seu regime tutelar na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

Nos podêres relativos aos órgãos e seus titulares, a tutela se exerce estatutariamente e por fôrça do disposto no ato instituidor, verificando-se que a grande preocupação do legislador está na gestão financeira e no cumprimento exato da vontade estatal.

#### § 18 — PECULIARIDADES INTRÍNSECAS NAS FUNDAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Cada um dêsses exemplos aqui tomados não são hipóteses que formulamos contrariando a *doutrina temerária*, mas exemplos vivos de Fundações tal como se apresentam no direito brasileiro, sem perderem a personalidade privada e nem se estatizarem a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas.<sup>83</sup>

Nada de mais e nem de maior que na “Fundação Universidade de Brasília” atue um Conselho Diretor nomeado pelo Presidente da República, renovado cada dois anos pela metade, mediante escolha presidencial em lista tríplice, como é de regra comum nas universidades federais em atendimento ao sentido da necessária *tutela administrativa* e de responsabilidade no contrôle da política financeira.

Não impressiona que, o Govêrno de São Paulo, indo ao encontro de disposição constitucional, houvesse criado a “Fundação de Amparo à Pesquisa”, flexibilizando a atividade de um órgão através de autonomia administrativa e financeira, com os objetivos públicos de pesquisa, *privatisticamente* organizada e fomentada pelo Estado.

Merece encômios o fato de a “Fundação Educacional do Estado do Paraná”, ser a administradora do “Fundo Estadual do Ensino”, instituído pela Lei n. 4.599, com a obrigação imperativa de prestar contas ao Tribunal de Contas por exercício encerrado, remetendo seu balanço e o do “Fundo” a êsse órgão, até 1.º de fevereiro do exercício seguinte.

Quanto à “Fundação Nacional do Índio”, vinculada ao Ministério do Interior, independentemente da supervisão ministerial prevista no Decreto-lei n. 200, não obstante o art. 1.º da Lei n. 5.371, que lhe dá personalidade jurídica de direito privado, presta contas da gestão patrimonial ao mesmo Ministério, podendo, pelo art. 8.º, requisitar servidores federais, estaduais e municipais, inclusive autárquicos, na forma da legislação em vigor.

Em falando, de relance, no Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispondo sôbre a organização da Administração Federal, as fundações tomaram nêlo o lugar apropriado, com relêvo para a faculdade criativa do Estado na hierarquização dos seus órgãos, e serviços integrados na estrutura administrativa estatal.<sup>84</sup>

Destarte, como as autarquias, sem quebra da capacidade ou violentação da personalidade, as fundações

são regidas pelo Direito Administrativo federal, estadual ou municipal, conforme o caso, não envolvendo a tipificação conflito doutrinário quando ajustado às peculiaridades intrínsecas que na matéria importam realçar.<sup>85</sup>

Essa a razão fundamental, a que já nos referimos, porque as fundações, quando de fins públicos, são imunes a tributos, não cabendo também com as fundações “proceder a qualquer distinção jurídica entre a pessoa pública autárquica e a pessoa pública Estado, senão as que decorrem da natureza política e administrativa”.<sup>86</sup>

Com respeito às fundações, “o procedimento jurídico adotado pelas pessoas políticas de personalizar certos serviços visa conferir ao desempenho dêles maior flexibilidade e eficiência, pelo que, naturalmente, os exclui da submissão a uma série de regras e princípios que burocratizam o exercício da atividade estatal”.<sup>87</sup>

Com efeito, em vários textos, o legislador, sempre disse ao que vinha, quando desejou estender às fundações certas prescrições relativas à multiplicidade de funções estatais, jamais com isso querendo não observar o regime jurídico positivo existente no Brasil.

## § 19 — O LEGISLADOR E AS FUNDAÇÕES

Por tudo isso se vê, colocando à margem a questão das formas jurídicas e seus efeitos de direito, que a natureza jurídica da intervenção estatal e o reconhecimento legal no caso das fundações, substancialmente não alteram o problema tènicamente configurado, de sorte a que se queira sem vantagens descaracterizar as *espécies*, numa mistura de conceitos que não expressam a realidade dos fenômenos.

Aquilo que tipificou THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI em contraposição às *fundações públicas*, dá fisionomia à questão sem valorizar sequer uma opção

85. Merece, quanto à posição das autarquias, bastante aprêço, a tese defendida por GERALDO ATALIBA (v. *Normas Gerais de Direito Financeiro e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 51).

86. GERALDO ATALIBA, trab. cit., RT, vol. 338/75.

87. É a lição magnífica de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, palpavelmente aplicável às fundações (ob. cit., pág. 473).

proibida em nosso regime jurídico, sobretudo no momento em que a doutrina busca semelhanças nas dissemelhanças: “fundações constituem forma peculiar de órgãos administrativos, mas que se podem organizar dentro do Estado e para o Estado.”<sup>88</sup>

Qual essa *forma peculiar*, senão aquela inscrita, quanto ao processo *do fazer*, no próprio Código Civil?

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, responde: “na moderna técnica administrativa, podem-se constituir fundações com *peculiaridades* de direito público.”<sup>89</sup>

Sim, com *peculiaridades de direito público*, e não como *fundações públicas* com a adoção de princípios negados em lei, ainda que permitidos pelas excessivas exacerbações do pensamento doutrinário!

Nunca o Estado deixou de poder organizar fundações, ou instituições fundacionais de natureza *fundacional pública*, tão a gosto de RENATO ALESSI, preocupado com o substrato do *ente*, jamais, porém, confundindo categorias de *diferentes funcionamentos*.<sup>90</sup>

Embora o termo *fundação* possa levantar divergências aceitáveis na doutrina corrente, essas divergências não chegam a atingir a natureza jurídica do seu verdadeiro sentido e extensão.

Ao tratar do fenômeno fundacional ou ato de fundação, a coerência do legislador não contradita a doutrina tradicional e nem se conflita com a positividade da norma jurídica.

Técnicamente, o que acima ficou dito, espécies, forma peculiar e peculiaridades, não engana a teoria dominante “quando define a fundação como um patrimônio com personalidade jurídica autônoma para um fim determinado”.<sup>91</sup>

88. V. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 138.

89. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ob. cit., vol. II, pág. 138.

90. V. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 53 e segs.

91. MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, pág. 9.

Faz-se mister não deixar sem entendimento que quem afirma é o legislador: eis que as fundações possuem uma esfera própria que nada tem em comum com a esfera própria dos entes públicos.<sup>92</sup>

Repita-se que os Códigos Civis mais modernos e as “leis que regulam as matérias das fundações não restringem os fins lícitos a prosseguir aos de utilidade pública, deixando, quando muito, nos casos da personalidade depender de ato legislativo ou administrativo”.<sup>93</sup>

Ora, de certo modo, quanto à posição das pessoas jurídicas, é exata a posição de GIOVANNI MIELE, com respeito à vontade do legislador, pois “nel determinare se un ente é pubblico o privato, decide solo ciò che ha voluto il legislatore.”<sup>94</sup>

De qualquer maneira, considerada lógica e legalmente na doutrina, na fundação como pessoa jurídica de direito privado, a interferência do Estado há de se dar nos limites da lei e da tutela que a lei prevê, como instrumento de vigilância, fiscalização ou intervenção.

## § 20 — A INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 200

No Anteprojeto de Código Civil, de autoria de ORLANDO GOMES, no Título II, *Das Pessoas Jurídicas*, Capítulo III, *Das Fundações*, permanece o critério tradicional concebível para as fundações cujo motivo ou fim principal se resume na vontade do fundador.<sup>95</sup>

Se bem que no trabalho-documento de ORLANDO GOMES hajam algumas mudanças de estrutura ou de sistemática, em nada ou quase nada inovou no sentido *publicístico* ou de fim, reduzindo as espécies em religiosas, assistenciais, morais ou culturais.

O Decreto-lei n. 200, foi, no entanto, pela sua inteligência, autenticamente definidor, mostrando nêle

92. FERRARA, ob. cit., pág. 291.

93. MARCELLO CAETANO, ob. cit., pág. 20.

94. V. *Studi in Memoria de F. Ferrara*, vol. II, pág. 493.

95. Anteprojeto de Código Civil apresentado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em 31 de março de 1963.

o legislador, saber apreciar a importância das categorias na Administração e saber entender na essência o que seja organização administrativa.

A redação do art. 4.º, respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição, diz que a Administração Federal compreende:

I — A Administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — A Administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista.

Pelo § 1.º as entidades compreendidas na Administração indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

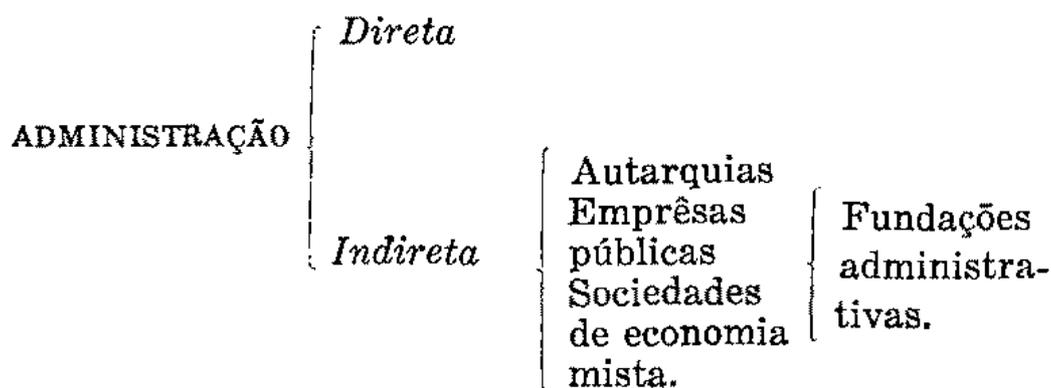
No § 2.º equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos do Decreto-lei n. 200, as *fundações* instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, *quaisquer que sejam suas finalidades*.

Sugere o anteprojeto ORLANDO GOMES, naturalmente distanciado do antigo legislador do Código Civil *brasileiro*, um tanto desnecessariamente detalhado na exposição sistemática, o seguinte quadro:

DAS PESSOAS	{	<i>Físicas</i>	{	Associações
		<i>Jurídicas</i>		

Detalhado na exposição sistemática, quanto à personalidade e capacidade, com respeito aos direitos à personalidade e ao nome e no tocante ao domicílio, o anteprojeto se restringe no direito civil esquecendo a posição do Estado e da Administração.

Já com atenção ao Decreto-lei n. 200, o quadro realisticamente se consagra, ampliando posições e reconhecendo situações, nos limites previstos para a organização administrativa do Estado:

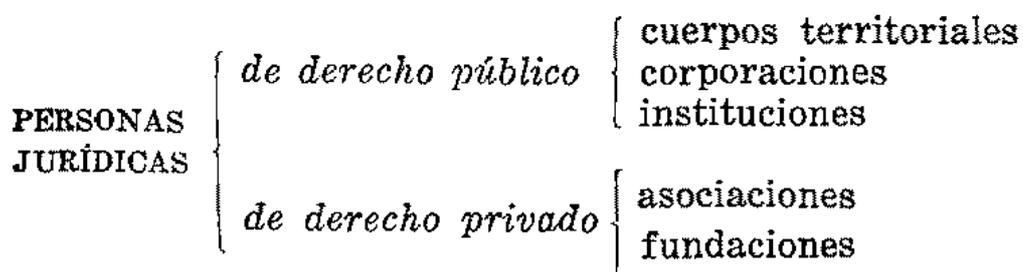


Quando o Decreto-lei n. 200, fala em “quaisquer que sejam suas finalidades”, com a equiparação das fundações instituídas em virtude de lei federal, está de antemão prevendo as espécies várias que possam surgir e de cujos recursos participe a União.

A doutrina moderna tende decididamente a *unificar* o conceito fundamental de pessoa jurídica, numa tentativa quase vitoriosa de prescindir de sua origem estatal ou privada, ou prescindir das implicações públicas e privadas em que desenvolvem sua atuação.<sup>96</sup>

Procura-se, ademais, compreender, como bem escreve PAOLILLO, “en esta unidad conceptual los elementos estructurales que se encuentran en los dos tipos tradicionales de personas jurídicas: corporaciones y fundaciones”.<sup>97</sup>

O esquema de RUFFINI, aperfeiçoado por PAOLILLO, substancialmente conceitual, é o seguinte:



Para conceituar as duas figuras, as corporações e as fundações, importa certamente a origem estatal e privada das mesmas e a determinação da esfera sobre

96. PAOLILLO, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*, cit., pág. 46.

97. *Idem*, ob. cit., pág. 46.

a qual atuam: ainda que as fundações não sejam mais que *instituições privadas* interessam elas ao Estado, à Administração, e, conseqüentemente, ao Direito Administrativo.<sup>98</sup>

## § 21 — CONCLUSÃO

A questão que atualmente divide os administrativistas é saber se a personalidade jurídica é essencial ao conceito de *fundação* ou se essencial é o fim perseguido pelo instituidor.

Realmente, para uns, a par das fundações com personalidade jurídica privada, existem fundações com personalidade jurídica pública resultante da afetação de certo patrimônio público.

Todavia, a tendência mais flagrante do pensamento jurídico objetivo é no sentido de reservar o vocábulo *fundação* para designar uma categoria de órgãos ou pessoas coletivas.

Antes de mais nada, importa ter presente que a distinção geralmente discutível e aceita com dúvidas, não assenta na *qualidade jurídica* que a ordem jurídica atribui a certas pessoas.

Na doutrina não encontramos uma corrente que sequer seja forte na enunciação do fenômeno *fundação pública*: mui poucos autores falam em *fundação pública*, e sim, em *estabelecimentos públicos*.

A consulta da doutrina estrangeira neste ponto muito adianta, uma vez considerada a personalidade produto do ordenamento jurídico, concessão exclusiva do Estado e não dos homens.

Com êsse problema está vinculado o da *nacionalidade* das fundações, ou melhor, o da importância das leis nacionais aplicáveis às fundações instituídas com bens patrimoniais públicos.

Vejamos agora cada um ou alguns poucos autores nas diferenciações de pensamento doutrinário, quanto

98. FRANCESCO RUFFINI, *Classificazione delle persone giuridiche*, in *Studi in Honore di F. Schuffler*, apud ob. cit., pág. 49.

ao caráter jurídico, à organicidade, à autonomia e ao fim das fundações:

CINO VITTA, outra coisa não faz, senão distinguir os entes públicos conforme sejam de base *corporativa* ou de base *fundacional*, reconhecendo, como não podia deixar de reconhecer, a existência de fundações de direito público, sem desconsiderar princípios que são normativos, regras que pertencem ao conceito genérico de fundação.<sup>99</sup>

RENATO ALESSI, socialmente um jurista progressista, buscando o substrato do ente, separa os de base *corporativa* daqueles de base *institucional*, preocupado com as corporações e as instituições, generalizando no *público* e particularizando no *privado*, pouco se interessando como o problema radicalmente está jogado.<sup>100</sup>

FRITZ FLEINER, no direito alemão, fala em estabelecimentos autônomos de direito público, criados pela vontade do Estado e com personalidade jurídica, *estabelecimentos* que, pelos fins de trabalho administrativo, se equivalem às fundações, sem com isso querer dizer que as fundações *públicas* se regem por um *regime especial*.<sup>101</sup>

ERNST FORSTHOFF, outro jurista de língua alemã, confessa que resulta extraordinariamente difícil reconhecer a fundação de direito público e diferenciá-las das de direito privado, já que também da criação das últimas participam as autoridades estatais, e o seu fim é comumente também de utilidade pública.<sup>102</sup>

99. V. *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 145.

100. V. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 53.

101. V. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, pág. 72.

102. "Ademais, voltamos a tropeçar aqui com a freqüente inexatidão da terminologia legal, em especial por não observar suficientemente a distinção entre a fundação pública e a de direito público. Não obstante, claro está que o decisivo será em primeiro lugar e por princípio a declaração que a fundação recebe através da lei" (v. *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 651).

Para BUTTGENBACH, o direito belga, no estabelecimento público, encontra a forma de uma *fundação de serviço público*, dotada de autonomia orgânica e técnica, sob a tutela e o contrôle do Estado fundador.<sup>103</sup>

Aqui na América do Sul, juristas de alto renome internacional, para citar apenas três dos mais modernos, não chegam a nenhuma conclusão lógica ou definitiva sobre a sutil controvérsia.

ENRIQUE SILVA CIMMA, chileno, fala de estabelecimentos públicos, instituídos com personalidade jurídica de direito público, mas revestidos *normalmente de forma de fundação*, ou seja, destinação de bens para a satisfação de determinada atividade.<sup>104</sup>

SAYAGUÉS LASO, uruguaio, impressiona-se, apenas, com a extrema variedade de pessoas jurídicas que existem no direito público e privado permitindo numerosas classificações, distinguindo formalmente as pessoas jurídicas de tipo *associação* e de tipo *fundação*.<sup>105</sup>

Pelo que entende a doutrina atual, no dizer do argentino BASAVILBASO, a debatida questão fica reduzida à distinção entre três tipos de pessoas jurídicas: os estabelecimentos públicos, os estabelecimentos de interesse público e os estabelecimentos de utilidade pública, considerando *inecessário* a adoção de novas categorias.<sup>106</sup>

Escapa às linhas dêste trabalho estudar os estabelecimentos públicos, principalmente no regime francês, onde aparecem como organismos estranhos à Adminis-

103. V. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale de Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, pág. 305.

104. V. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, vol. II, págs. 235/6.

105. V. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I pág. 177, SAYAGUÉS LASO, *Critério de Distinción entre las Personas Jurídicas Públicas y Privadas*, págs. 21 e segs.

106. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 122/3. "En su consecuencia, los establecimientos de interés público constituyen un tipo intermedio situado entre las personas autárquicas y las personas privadas..." (BASAVILBASO, ob. cit., pág. 122).

tração Pública ou como criações que se devem à iniciativa privada, ou então à origem do sujeito de direito.<sup>107</sup>

Em conclusão, quanto à posição do problema no Direito Administrativo, não se pode apelar para o *jus imperii* de que gozam as pessoas caracteristicamente de direito público.<sup>108</sup>

Não há como falar em *potestade pública ou de império* em se tratando de fundações.<sup>109</sup>

Como as fundações, seja qual seja a sua forma ou fim, não integram a organização estatal, em princípio sua atividade está regulada pelo direito privado, mas sua atuação se desenvolve, em razão dos fins, sob a influência do direito público.<sup>110</sup>

Ao Direito Administrativo interessa o *contrôle*:

- a) pelo caráter público do sujeito de direito;
- b) porque nas fundações em geral a tutela da Administração Pública é condição do regime jurídico;
- c) pelo interesse estatal que se afirma no *ato de instituição*;
- d) porque está expresso no ato de fundação o fato do reconhecimento legal e os efeitos do reconhecimento;
- e) pelo motivo, nas fundações, da personalidade ser produto do ordenamento jurídico e concessão do Estado;

107. V., na evolução das instituições francesas, H. BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1926; e M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, 1919.

108. Como FERRARA, temos como indispensável, pela sua importância conceitual, o *critério de distinção* entre as várias pessoas (v. *Teoria de las Personas Jurídicas*, pág. 691).

109. A *potestade de império*, na lição de G. JELLINEK, constitui a característica substancial, apenas das pessoas jurídicas de direito público (v. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, pág. 293).

110. "*Pero como tienen a su cargo la realización de fines públicos y por tal motivo se les asigna derechos de poder público, su actuación de desenvuelve bajo normas de derecho público...*" (LASO, *Critério de Distinção*, ob. cit., págs. 21/34). "*En suma, la nota del control es por si sola insuficiente para distinguir los entes públicos de los entes privados*" (BASAVILBASO, vol. II, pág. 113).

f) porque cabe a vigilância quanto aos fins institucionais;

g) pela razão dos bens afetados serem públicos no todo ou em parte;

h) porque a tutela do Estado tende à verificação dos atos das pessoas coletivas e à vigilância da legalidade nas deliberações;

i) pela orientação da gestão onde se permite intervenções tutelares destinadas a defender os fins institucionais;

j) porque cabe sempre ao Estado o *poder de tutela*, principalmente sobre as fundações de interesse público, em harmonia com o estabelecido na legislação e no ato de instituição.

Em verdade, pelo fato de descentralizar serviços, buscando a colaboração de institutos do direito privado, não pode o Estado desinteressar-se de seu funcionamento.

É válida a tutela no amplo sentido administrativo, pois, as fronteiras de serviço público e da utilidade pública, têm sido progressivamente ampliadas até o limite máximo.

As observações deixadas neste estudo não desmerecem, porém, o tom de excelência das contribuições, praticamente pioneiras, de administrativistas que honram a doutrina brasileira.

## Capítulo II

# Regime jurídico das fundações no direito administrativo brasileiro

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:

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 aqueles 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>

1. Sobre a natureza dessa atividade já manifestamos nosso pensamento no estudo *Introdução à teoria do órgão no Direito Administrativo* (v. RDA, vol. 98/17, e RDP, vol. 9/27).

2. Trab. cit., loc. cit., págs. 23 e 31.

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, sub-órgãos, 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 lhes devem ser peculiares e 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

3. VICENZO GUELLI, *O Regime Político — A pluralidade dos ordenamentos e condições de sua coexistência*, págs. 21/2.

na confusão em que freqüentemente 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 venham a ter lugar no regime jurídico vigente.

Axiológico se torna, pelo que é indiscutível, que existem diferentes maneiras do 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 inessárias ou condições privatísticas, procurando assim meios, processos e critérios variáveis para a obtenção de resultados administrativos.

### § 1.º — AS FUNDAÇÕES NO BRASIL E O SEU REGIME JURÍDICO

No que concerne ao ato administrativo, ou seja o ato emanado pelo govêrno 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, dentro de um critério 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 fenómeno 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 fenómenos 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 instituídas 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 contrários 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 coordenado de algumas idéias fundamentais que orientaram o pensamento legislativo no regime jurídico brasileiro.

## § 2.º — ALGUNS EXEMPLOS CLASSICOS 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 assenta 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.

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. 5.878, de 4 de outubro de 1943.

4. V. *Précis de Droit Constitutionnel*, págs. 75/6.

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.º — “FUNDAÇÃO BRASIL CENTRAL”: FUNDAÇÃO GOVERNAMENTAL

Quando surgiu a “Fundação Brasil Central”, instituída pela União Federal, nos termos do Decreto-lei n. 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 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 govêrnos 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 podêres 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):

5. Estatutos da “Fundação Brasil Central”, aprovados pelo Decreto n. 17.274, de 30 de novembro de 1944.

“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 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 eles 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>

6. “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, *Das Fundações*, pág. 31).

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.º — 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 sistema adequado, dá formação orgânica e estrutura à fundação, dentro de um regime que diz com o ordenamento jurídico do Estado, nas suas linhas gerais:

ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO	{	Presidência Conselho Diretor Junta de Contrôle Secretaria Geral
-------------------------	---	--

CONSELHO DIRETOR	<ul style="list-style-type: none"> <li>Assistência e orientação técnica</li> <li>Deliberação sôbre projetos e assuntos administrativos</li> <li>Autorização para contratos e obrigações</li> <li>Votar anualmente o orçamento da despesa</li> <li>Examinar e aprovar balancetes e balanços</li> <li>Aprovar regimentos de serviços internos</li> <li>Deliberar sôbre a criação de fundos especiais de reserva</li> </ul>
JUNTA DE CONTRÔLE	<ul style="list-style-type: none"> <li>Velar pela regularidade da escrituração</li> <li>Dar parecer e informar o Governo</li> <li>Opinar como órgão consultivo</li> <li>Inspecionar os trabalhos da Fundação</li> <li>Propor modificações estatutárias</li> <li>Dar parecer em relatório e contas da administração</li> </ul>

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 notar-se 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.

7. Arts. 13 e 16 do Decreto n. 17.274, de 30 de novembro de 1944.

## § 5.º — 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, 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 matéria 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. 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.

8. Na vontade pública instituidora reside o primeiro elemento da brilhante tese defendida por GERALDO ATALIBA no seu trabalho *Fundações públicas são imunes a tributos*, publicado na RT, vol. 338/75.

9. “As fundações devem ser sempre sujeitas à fiscalização e a tutela do Estado sôbre as fundações tem fundas raízes no nosso Direito” (v. MARCELLO CAETANO, ob. cit., pág. 109).

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. 5.878, art. 4.º, parágrafo único), a executoriedade das deliberações sofriam o crivo final do Presidente da República que, suspendendo a publicação prevista no art. 34, exercia poderes de tutela consagrados no ato de instituição.

A parte a alienação de bens ou a 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 imunidades 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 possa haver divergências, são elas conseqüência 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.º — “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 ao objetivo do fundador.

A “Fundação Paranaense de Colonização e Imigração” (F.P.C.I.), foi criada pelo Governo do Estado do Paraná, nos termos do Decreto-lei n. 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 econômicas mais favoráveis à sua radicação;

10. “*Fundação Paranaense de Colonização e Imigração*” — *Atos constitutivos e atual Estatuto*, Curitiba, outubro, 1953.

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;

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;

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. 16, de 17 de agosto de 1950, de conformidade com as disposições do Decreto-lei n. 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 tutelar.

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.º — “FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA”

Eis aqui uma fundação com *fim diferente* no direito brasileiro: nada igual pelo objetivo às adiante

11. “Para nós a fundação é a pessoa coletiva, a qual se *constitui* mediante a conjunção de dois atos: o de instituição e o de reconhecimento. E dissemos que os estatutos são parte do pri-

enumeradas, não obstante idênticas características de processo privado para cumprimento de finalidades indiscutivelmente públicas.

Com a vigência da Lei n. 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 todos 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 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 faculdades executivas, qualquer seja a sua extensão, emanam da lei, ou então da Constituição.<sup>12</sup>

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

meiro ato, quer nêle figurem materialmente, quer apareçam depois, como seu complemento” (CAETANO, ob. cit., pág. 170).

12. “*Esta subordinación inexcusable del ejecutivo al ordenamiento jurídico es la razón de esa denominación*” (v. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASÓ, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Estructura Jurídica de la Administración*, pág. 216).

embora essa posição jurídica esteja muito próxima, *sem o ser*, das pessoas de direito público.

### § 8.º — UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA: FUNDAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL

Nos estatutos, baixados com o Decreto n. 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 governo 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;

13. De igual maneira, na mesma época, e com a mesma orientação, a Lei n. 4.069-A, de 12 de junho de 1962, criou a “*Fundação Universidade do Amazonas*”, como entidade atônoma e adquirente de personalidade jurídica a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu ato constitutivo.

— 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 Governo Federal a inclusão no seu orçamento das dotações necessárias (Lei n. 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.

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 o 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.<sup>o</sup> 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 n. 4.024, de 17.12.1961).

Inecessário 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>

14. A Lei n. 6.034, de 16 de novembro de 1969, originária da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, autoriza o Poder Executivo “a criar a Universidade Estadual de Londrina, a Uni-

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 convenicionar 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:

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

versidade Estadual de Maringá, e a Federação de Escolas Superiores de Curitiba, como resultantes da incorporação de estabelecimentos isolados do 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 este 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. Aí 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.

público distorcer a verdade jurídica em prejuízo do regime jurídico.<sup>15</sup>

Alguns conceitos fundamentalíssimos estão sendo derogados, sem qualquer vantagem para o regime jurídico-administrativo brasileiro ou para a ordem pública-jurídico-administrativa.

Escusado será prevenir quanto às violações frequentes 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.º — “FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO ESTADO DO PARANÁ”

Instituindo o Fundo Estadual do Ensino, a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná decretou e o Executivo sancionou a Lei n. 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:

15. Pasmese com o art. 22 da Lei n. 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...

16. CAETANO, *Das Fundações*, pág. 167.

a) contribuições do Estado do Paraná consignadas anualmente no Orçamento Geral do Estado e no valor de 3% do Imposto 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 empresas industriais, comerciais e agrícolas a que se refere o art. 31 da Lei federal n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961;

d) contribuições de proprietários rurais, para instalação e funcionamento de escolas primárias em suas propriedades, na conformidade do art. 32 da Lei n. 4.024;

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

f) auxílios e subvenções concedidos.

Pelo art. 6.º da citada Lei n. 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.

A 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 bolsas 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, justifica 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 MÁRIO 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 previsto em:

17. V. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, pág. 210.

ESTABELECIMENTOS  
OFICIAIS  
MANTIDOS

*pelo poder público federal;  
pelo poder público estadual;  
pelo poder público municipal; e  
por fundações e outras institui-  
ções cujo patrimônio e dota-  
ções 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 criados por lei especial aprovada pelo Legislativo estadual ou municipal.<sup>18</sup>

O art. 185 da Lei estadual n. 4.978, de 5 de dezembro de 1964, escreve-se com rara clareza de compreensão jurídica:

“As universidades oficiais serão constituídas sob a forma de autarquia 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 Governô 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 contrôlo 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>

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

19. Art. 25 da Lei n. 4.978, de 5 de dezembro de 1964.

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>

O que se vem afirmando é que, como critério interpretativo outro não existe senão aquêle 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 interêsse 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 interêsse público.<sup>22</sup>

Antes de tudo, está a vontade da lei, a qualificação dada pela lei no ato do reconhecimento, a determinante

20. Parágrafo único do art. 25 da Lei n. 4.978.

21. Não basta dizer como FERRARA que a fundação é "*una organizzazione per uno escopo*" (v. *Le persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. II, Tomo 2.º, pág. 103), porque FERRARA jamais esqueceu a vontade do fundador.

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

da natureza jurídica da pessoa conforme princípios positivos e não teoricamente 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 — UM FENÔMENO: “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. 6.693, de 14 de julho de 1944, que dispunha sobre 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 propriamente 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 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>

23. V. *Novas Formas de Administração Delegadas do Estado*, in *Revista do Serviço Público*, setembro de 1944, pág. 116.

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. 6.693, de 14 de julho de 1944, ficou o Presidente

24. Mas o que na realidade, impressionava SARAIVA era esse 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” (trab. cit., loc. cit.).

25. THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 139.

26. HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, *Fundações, no Direito, na Administração*, pág. 250.

do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), “autorizado a promover a criação 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 20 de dezembro de 1944, instituíam-se no Brasil a “Fundação Getúlio Vargas”, 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.

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

28. Parágrafo único do art. 2.º do Decreto-lei n. 6.693.

29. 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 enquadram-se na categoria dos *institutos públicos* (ob. cit., pág. 8).

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 CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, cujo brilhante 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 *equivocos* persistissem por décadas, alcançando os dias presentes, como nos exemplos fundacionais ou de *fundações 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 disciplinação 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 esti-

30. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Parecer n. 9.120/66, in *Diário Oficial*, de 18 de abril de 1967, págs. 4.463/4.

31. Parecer no processo n. 5.303/67, in *Diário Oficial*, de 19 de março de 1968, págs. 2.259/61.

32. V. *Conceito jurídico de entidade paraestatal*, RDA, vol. 83/32-43.

verem, 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 o fim como sujeito da fundação, peca por demasiado abstrata.<sup>34</sup>

33. Em parecer, proferido como Relator, no processo n. 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.

34. "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" (v. ALFREDO PAOLILLO, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*, pág. 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. 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-econômico 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 a sua progressiva integração na sociedade nacional;

35. Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

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);

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 sobre 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 GUAÍRA”

Está logo no art. 1.º do Estatuto:

“A Fundação Teatro Guaíra (F.T.G.) é uma pessoa jurídica de direito privado e patrimônio próprio, nos têrmos da lei civil, vinculada à Secretária 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 às realizações 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, ligada 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>

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 a função de “Membro do Conselho Deliberativo é considerada de

36. Decreto n. 18.237, de 6 de fevereiro de 1970.

37. Era o temor do saudoso ilustre Min. OSCAR SARAIVA (trab. cit., loc. cit., *Revista do Serviço Público*, pág. 116).

38. CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, Parecer, loc. cit.

caráter público relevante” (art. 29) e a prestação de contas, depois de aprovada pelo Conselho, deve “ser encaminhada 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 JÈZE 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

39. GASTÓN JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tradução espanhola, vol. II, pág. 19/31.

40. “Para saber si existe establecimiento público propiamente dicho, es preciso tener en cuenta la voluntad del legislador” (JÈZE, ob. cit., vol. II, págs. 19/31).

41. V. *Tratado de Direito Privado*, vol. I, § 76, pág. 294.

42. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. I, pág. 294.

maior flexibilidade administrativa, se a doutrina ou a legislação, contraditória ou controvertidamente, pretende sujeitá-las às normas impossíveis de direito público.

Eis por que pecam pela unilateralidade as concepções doutrinárias, que pretendem para as fundações o afastamento da norma jurídica existente e positiva.

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

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 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 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 pròpriamente divide mas entusiasmo 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, exaltadamente aceites 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 terminològicamente 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>

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.

43. V. como exemplo, *Fundações, no Direito, na Administração*, HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, *Fundação Getúlio Vargas*, Rio, 1970.

44. “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*, cit., pág. 25).

45. “Antes de mais nada, importa ter presente a distinção, geralmente aceita, que em relação às pessoas coletivas se faz entre o *substrato* e a *qualidade jurídica de pessoa*” (CAETANO, ob. cit., págs. 24/5).

Por simples inclinação terminológica não se pode permitir ao Estado instituir fundações onde um fim-objeto seja de interêsse 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 mui 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

46. "...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, ob. cit., pág. 47).

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.

### § 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 controverta-se quanto aos valores 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 acôrdo com a lei, a vontade do poder público ao instituir fundações é a fonte geratriz das obrigações que estatutariamente se consumam.

Os caminhos teóricos sôbre 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>

47. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, tradução portuguesa, vol. II, pág. 28.

48. "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" (v. IRINEU STRENGER, *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, pág. 129).

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 por que 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 coletivas 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 aquêles indicados pelo processo jurídico mais conveniente ou pela técnica jurídica melhor adequada.

Não há, fora as normas estabelecidas, sem comprometimento da regra legal, outro caminho que não seja

49. "O ato de instituição é a manifestação de vontade pela qual o instituidor afeta um patrimônio à realização de certo fim duradouro" (CAETANO, ob. cit. pág. 31).

50. 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. 23.240, de 21 de novembro de 1933; a "Fundação Ricardo Espírito Santo", reconhecida pelo Decreto-lei n. 39.190, de 27 de abril de 1953; e a "Fundação Calouste Gulbenkian", instituída pelo Decreto-lei n. 40.690, de 18 de julho de 1956, aprovando os respectivos estatutos. Nenhuma delas arroga a condição de *fundação pública*. Nem mesmo há essa preocupação quando o Estado é o *fundador*.

51. "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, ob. cit., pág. 99).

o da correta formulação 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 exterior do Estado, isto é, suas relações com o direito privado, nada pode refrear 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 de *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.

52. ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, *As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado*, RDA, vol. 60/3.

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.

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 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.

53. "Em relação às fundações assistenciais, o art. 1.º do Decreto-lei n. 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, ob. cit., pág. 113).

54. PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Responsabilidad Extracontractual del Estado — La responsabilidad del Estado, poder público, en las distintas manifestaciones de su actividad*, págs. 113/114.

MALEZIEUX, penetrando nas diferentes concepções de organização administrativa, deixa entender para as categorias de pessoas a serviço da Administração, que a gestão de um serviço público por um organismo privado “est un phénomène le plus fréquent en droit administratif”.<sup>55</sup>

Para ALESSI, que considera a formação da vontade administrativa um fenómeno 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 publicistico, possono bene assurgere a principi e concetti di teoria generale del diritto”.<sup>58</sup>

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 — AINDA 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

55. RAYMOND MALÉZIEUX, *Manuel de Droit Administratif*, Capítulo VII, *Les personnes morales paradministratives*, pág. 81.

56. RENATO ALESSI, *La Responsabilità Della Pubblica Amministrazione — L'attività dell'amministrazione pubblica*, págs. 77/81.

57. RENATO ALESSI, ob. cit., págs. 89/101.

58. Idem, ob. cit., pág. 82.

59. Idem, ob. cit., pág. 83.

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: "delineia e desenvolve o Código Civil, com singular nitidez, os princípios fundamentais do Direito Público".<sup>62</sup>

No que toca à *relação de administração*, é ela do conhecimento do direito privado, como também do direito público: "a par das formas privatísticas, que regula, da 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 princípios autônomos, ou relativamente autônomos".<sup>64</sup>

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 segrêdo da supressão das insuficiências do Direito Administrativo, em termos convenientes aos interêsses públicos 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

60. V. *O Código Civil e o Direito Administrativo*, RDA, vol. 62/1.

61. RUY CIRNE LIMA, *trab. cit.*, loc. cit., vol. 62/14.

62. CIRNE LIMA, *trab. cit.*, RDA, vol. 62/3.

63. *Idem*, *trab. cit.*, RDA, vol. 62/9.

64. V. *Du contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo*, RDA, vol. 78/10.

65. M. SEABRA FAGUNDES, *trab. cit.*, loc. cit., vol. 78/10.

*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 afirmar 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 por quê o Estado, nas fundações, acolhe uma categoria jurídica transformando-a, mas não descaracterizando-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, se propõe a regular relações que são do domínio daquele.<sup>67</sup>

66. V. *A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo*, RDA, vol. 63/18.

67. RAFAEL BIELSA, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, pág. 69.

O problema não se resolve pelos desentendimentos que o jurista argentino parece suscitar: em razão do interêsse 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”.<sup>69</sup>

Nada de novo, portanto, está acontecendo com o *poder público* e as *fundações*: com respeito à manifestação unilateral de vontade ou bilaterais, as regras são iguais e análogas, ou assim podem ser, tanto para o direito privado como para o direito público.<sup>70</sup>

SARRÍA é, entre os administrativistas, quem sabe, aquêle 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>

68. Em todo o seu ensaio, BIELSA faz por ressaltar, com certa virulência, o temor 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.

69. BIELSA, ob. cit., pág. 78.

70. Consultar trabalho já antigo e magnífico de GASTÓN JÈZE, 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*, vol. XL, ano/1923.

71. No entender de FELIX SARRÍA, propriedade intelectual, patentes de invenção, marcas de fábrica, população, censo, imigração, leis agrárias, emigração, comunicações, navegação e ae-

Já EUSTORGIO SARRÍA, administrativista colombiano, aceitando o ensinamento de JÈZE, 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*, realizada 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.

ronavegação, domínio do mar, rios navegáveis, cemitérios, educação primária, secundária e universidades fazem matéria administrativa “*al que o Estado debe proveer por diversos medios, directos unos, indirectos otros, por acción exclusiva a veces, por acción concurrente y aún por delegación otras*” (v. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Córdoba, 1950). Nota-se, na obra de SARRÍA, não a dependência, mas a influência informativa das regras de direito privado.

72. V. *Derecho Administrativo*, pág. 174.

73. 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 São 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.

Assim não fôsse, poderia o poder público, denominá-las de estabelecimentos públicos num processo próprio de descentralização por serviço, pois num sentido de compreensão geral tanto os estabelecimentos como as fundações somente 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, senão 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 estima um complexo de bens a uma dada finalidade, instituindo uma pessoa jurídica autônoma.<sup>76</sup>

CLÓVIS BEVILAQUA, com grande antecipação, 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>

74. EUSTORCIO SARRÍA, ob. cit., pág. 171.

75. BIELSA, ob. cit., pág. 79.

76. J.M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. I, pág. 404.

77. V. *Código Civil Comentado*, pág. 224.

78. SPENCER VAMPRÉ, *Manual de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, § 24.

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 su aplicación extensiva, por analogía, en materia administrativa; por lo demás, 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>

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 as 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.

79. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 130.

80. BIELSA, ob. cit., pág. 83.

81. BIELSA, ob. cit., pág. 83.

A possibilidade de formalizar em forma adequada 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

82. “La Administración Pública de nuestros días debe tener como características esenciales el dinamismo y la eficacia” (JULIO H. HARTETAS, *Metodología para el relevamiento de las necesidades de capacitación en la Administración Pública, Ciencias Administrativas*, 29/79).

83. RAFAEL BIELSA, ob. cit., *Relaciones*, pág. 14.

processo jurídico e de conveniência para os interesses públicos que estão em jôgo.

Convém, porém, acentuar, que novidade alguma existe quanto à doutrina, pois a tutela administrativa, no entender de MARCEL WALINE 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 interesse nacional (maior) com relação aos interesses 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

84. V. *Droit Administratif*, pág. 423.

85. *Droit Administratif*, pág. 26.

86. G. VEDEL, *Droit Administratif*, pág. 487.

87. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, pág. 64.

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 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 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 controvérsia não existe quanto ao destino das normas jurídicas adotadas.

A questão torna-se por demais fluída, 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>

88. "Lo mismo puede decirse de la personalidad jurídica de derecho privado, que puede coexistir con la personalidad administrativa" (BIELSA, *Relaciones*, cit., pág. 57).

89. "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, sub-órgãos, órgãos auxiliares e organismos vários que, integrados, funcionam como seres independentes, dependentes e interdependentes, dentro em princípios normativos coordenados de Administração" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Teoria do Órgão no Direito Administrativo*, RDP, vol. 9/32).

90. Quando êste estudo já estava terminado, surgiu notícia de um *anteprojeto de lei*, que seria encaminhado ao Presidente da República (no Brasil), para que as "fundações públicas ou

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 esses elementos de natureza objetiva ou de ordem subjetiva.

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 imposto 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*.

Capítulo **IV**

Regime jurídico das empresas  
públicas no Brasil

Os chamados serviços públicos administrativos descentralizados encontram na *empresa pública* uma expressão jurídica até bem pouco tempo desconhecida da legislação brasileira.

Com a criação como empresa pública, dos Correios e Telégrafos e das Caixas Econômicas Federais, o legislador brasileiro avançou na boa técnica de controle e procedimento administrativo.

Não se assemelham às *sociedades de economia mista* como pessoas jurídicas, porque estas revestem a forma das empresas privadas com a participação do Poder Público e de particulares.

São, entretanto, espécies do gênero *parestatal*, porque nascem da vontade criadora do Estado e exercitam atribuições de interesse público que lhes sejam cometidas no ato de instituição.

Quanto à expressão “economia mista” tem sido entendida, restritamente, “no sentido de conjugação de capitais públicos e privados” para a consecução de fins de interesse coletivo.<sup>1</sup>

Com respeito à *empresa pública*, o que a caracteriza é o seu capital exclusivamente público, a sua personalidade jurídica privada estatal, num organismo constituído e dirigido pelo Estado.

A mais conhecida, senão a mais antiga empresa pública existente no Brasil é, quem sabe, a “Companhia Urbanizadora da Nova Capital”, organizada em 1956 em sociedade por ações.<sup>2</sup>

Não obstante não haver legislação que dê figuração precisa às empresas públicas entre nós, os exemplos estrangeiros bastam para inspirar a doutrina brasileira.

Longe de uma concordância legislativa e doutrinária, as empresas públicas recém-criadas no Brasil seguem a linha do pensamento jurídico no estrangeiro consagrado.

1. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 305.

2. Decreto n. 40.017, de 24 de setembro de 1956.

Basta saber que alguns pontos comuns sobrevivem quando o Estado impõe uma nova estrutura descentralizada, sem que essa descentralização se conflite com a autonomia da pessoa administrativa.

A doutrina, como se é de esperar, oscila necessariamente em face dos casos concretos e das circunstâncias que influem ou defluem da organização administrativa do poder público.

De acôrdo com a própria doutrina corrente, a empresa pública tem uma individualidade jurídica própria, toma posição diante de um fato jurídico concreto ou do fim econômico a atingir.

No fundo do ato que institui as empresas públicas há uma manifestação de vontade legal, integrada por dois elementos: um descentralizador e outro que decorre da direção pelo Estado.

Ambos os elementos se identificam completamente um com o outro, limitando as prerrogativas e os privilégios estatais ao que especificamente esteja outorgado por lei.

Não foi sem razão que BILAC PINTO escreveu, já em 1953, sobre o “declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”.<sup>3</sup>

#### § 1.º — A DOUTRINA BRASILEIRA E O DECRETO-LEI N. 200

A doutrina brasileira, com o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, ganhou grande impulso definidor: êsse diploma constitui-se num dos documentos mais próprios de organização administrativa, dando estrutura às pessoas administrativas ali nominadas.

Diz o art. 5.º do Decreto-lei n. 200:

“Para fins desta lei, considera-se:

“I — Autarquia — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Adminis-

3. *O declínio das sociedades de economia mista...*, RDA, vol. 32/1.

tração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

“II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

“III — Sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.”

Já anteriormente ao Decreto-lei n. 200, HELY LOPES MEIRELLES, textualmente afirmava: “as empresas públicas são os mais modernos tipos de instituições paraestatais, com personalidade privada e organização de entidade particular, mas com capital inteiramente do governo”.<sup>4</sup>

De igual maneira, em trabalho publicado em 1960, ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA ponderava, contrariando BILAC PINTO: “o advento da empresa pública não implica o declínio da economia mista; ambas podem existir simultaneamente, e, nos países subdesenvolvidos, em que falham os capitais necessários para os grandes empreendimentos, representam técnicas cujo emprêgo é indispensável para o desenvolvimento nacional”.<sup>5</sup>

Não se pode, porém, por simples aproximação doutrinária confundir as empresas públicas no Brasil com

4. MEIRELLES, ob. cit., pág. 306.

5. V. *As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado*, RDA, vol. 60/14; também é a opinião de ARNOLDO WALD, citado por ALMEIDA PAIVA, *As sociedades de economia mista e as empresas públicas no Direito Comparado*, RF, 152/510.

os estabelecimentos públicos na França, na Itália ou em outros países.

Concordamos com a opinião de CRETELLA JÚNIOR que a “noção que a expressão *estabelecimento público* procura traduzir não é das mais simples”, suscitando muitas discussões por parte dos doutrinadores no sentido de capacitação da pessoa administrativa.<sup>6</sup>

O que é preciso distinguir sem confundir, porém, “é o *estabelecimento público* de natureza pública incontestável, com o *estabelecimento de utilidade pública*, de índole privada”.<sup>7</sup>

Para a doutrina brasileira, assentada no Decreto-lei n. 200, como para a legislação adotada, as *empresas públicas*, pela formação privatística, assemelham-se aos *estabelecimentos de utilidade pública*, condicionados à esfera jurisdicional administrativa.

Vale a lição de LOPES MEIRELLES:

“...a empresa pública se apresenta como ente paraestatal, permanecendo na zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais”.<sup>8</sup>

Estão, assim, as empresas públicas, sujeitas sempre ao controle direto do Estado ou tutela, na dupla linha administrativa e política, de vez que o seu patrimônio, a sua direção e os seus fins são estatais.<sup>9</sup>

Depois do evento do Decreto-lei n. 200 não há mais como tergiversar: está consagrada a *forma privada*, ou a personalidade jurídica de direito privado, para que certos entes (empresas ou fundações) desempenhem atribuições de natureza pública.

Daí por que as prerrogativas e privilégios estatais não são extensíveis e nem se comunicam automaticamente, a não ser que reconhecidos e configurados no *ato de instituição*.

As pessoas jurídicas de direito privado (empresas e fundações), criadas por lei ou por ato administrativo,

6. V. *Tratado*, vol. I, pág. 75.

7. CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., pág. 76.

8. Idem, ibidem.

9. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pág. 308.

ingressam no regime jurídico sem se confundirem com as pessoas jurídicas de direito público ou são públicas pelos objetivos que sejam públicos.

O que se pretende é, que além do Estado, vários *entes privados*, com denominações jurídicas próprias, exerçam atividade limitada como *pessoas administrativas*.

Trata-se de *pessoas*, já agora com nítidos característicos jurídicos, que o Estado institui, reconhece e dá personalidade, com finalidades públicas, direitos e obrigações.

Como as autarquias, nas últimas décadas, as empresas públicas e as fundações, guardadas as peculiaridades específicas, são formas de descentralização de que o Estado se aproveita para o equacionamento de problemas da mais urgente solução.

O mesmo papel de relêvo desempenhado pelas autarquias<sup>10</sup> está reservado agora às empresas públicas e às fundações, como entidades destinadas a colaborar com a administração estatal.

Como as autarquias, tanto as empresas públicas como as fundações, pelo ato de instituição arrogam-se ao direito de autogovernarem-se nos limites da gestão de interesses que lhe são peculiares.

No quadro da organização administrativa brasileira, autarquias, empresas públicas e fundações correspondem a uma forma específica da capacidade de direito do Estado, com autonomia qualificada resultante da faculdade legislativa delegada.

De igual maneira como nas autarquias, necessário considerar para as empresas públicas e as fundações:

- a) a gênese da entidade em razão do ato administrativo de instituição;
- b) a sua forma específica de direito;
- c) a natureza peculiar das funções legalmente atribuídas;

10. V. TITO PRATES DA FONSECA, *Autarquias Administrativas*, São Paulo, 1938; ERIMÁ CARNEIRO, *Autarquias*, Rio, 1937; LUÍS DELGADO, *Autarquias: Função Social e Aspectos Jurídicos*, Recife, 1940; e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, 1967.

d) a responsabilidade pela situação patrimonial adquirida;

e) limite e extensão dos poderes de direção ou de gestão;

f) natureza do vínculo relacional com o Estado.<sup>11</sup>

## § 2.º — AS EMPRESAS PÚBLICAS NA SUA FORMA EXTERNA

Ocorre que as empresas públicas possuem dissemelhanças com as autarquias e as sociedades de economia mista, não só com atenção à sua estrutura interna, como no tocante à sua mecânica formal interna.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, são estas as peculiaridades mais evidentes:

a) realizam a mais moderna forma de atuação do Estado no domínio econômico;

b) distinguem-se das sociedades mistas pela diferença de substrato fático;

c) nelas não há associação entre particulares e Estado;

d) o Estado é o único senhor da empresa;

e) são radicalmente distintas das autarquias e o ponto de contato que se lhes poderia encontrar é irrelevante, embora ambas sejam pessoas governamentais que podem atuar no mesmo setor;

f) as empresas públicas são sempre entidades prepostas ao desempenho de serviço industrial ou comercial e se caracterizam pela natureza privada que possuem;

11. "A mais moderna tentativa de criação de uma empresa pública, entre nós, foi a que resultou do substitutivo apresentado pela União Democrática Nacional ao projeto da Petrobrás. Por esse substitutivo era instituído o monopólio estatal do petróleo, sendo que a sua pesquisa, exploração e refinação seria exercida pela Empresa Nacional do Petróleo (ENAPE), que estava moldada nos melhores exemplos de empresas públicas, pela adoção da flexibilidade e de todas as demais técnicas das empresas privadas" (BILAC PINTO, *trab. cit.*, RDA, vol. 32/13).

g) as autarquias nem sempre são criadas para operar no setor industrial ou comercial;

h) entidades que se rejam pelo direito privado, ainda que se lhes batize de autarquias, não serão autarquias.<sup>12</sup>

Menos explícito que o ilustre administrativista de São Paulo, BILAC PINTO enumera entre as características:

a) adotam as formas das empresas comerciais comuns ou recebem do legislador estruturação específica;

b) a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais;

c) têm personalidade jurídica de direito privado.<sup>13</sup>

Por conseguinte, tendo os elementos que externamente atuam, resulta claro que o conceito de *serviço público* no Direito Administrativo passou a ter sentido muito mais genérico e amplo, substituindo, quando preciso, o Estado, a própria iniciativa privada.

Disso é prova bastante no Brasil o Decreto-lei n. 200, armando o poder público de órgãos capazes de atuação exterior, dinâmica, cuja importância primordial está na descentralização.

Quanto à Administração *indireta* na atual legislação brasileira, ela assim compreende, se exteriorizando:

a) as autarquias;

b) as empresas públicas;

c) as sociedades de economia mista.<sup>14</sup>

Como já dissemos, e tornamos a dizer, as entidades compreendidas na Administração indireta, vinculam-se ao Estado através da área de competência em que estiverem enquadradas.

Quis o legislador, a exemplo das fundações, que as empresas públicas assegurassem posição na ordem de

12. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Empresas Públicas*, págs. 348/50.

13. BILAC PINTO, trab. cit., loc. cit., vol. 32/14.

14. Art. 4.º, n. II, do Decreto-lei n. 200.

atividade do poder público, com as características de processo privado.

Não quis o legislador, contrariando o pensamento doutrinário já consagrado, que o Estado deixasse de usar os instrumentais privados para funcionar somente por meio de repartições departamentais oficiais e burocratizadas.

### § 3.º — AS EMPRESAS PÚBLICAS NA SUA FORMA INTERNA

Naturalmente, da forma *externa* decorre a forma *interna*: nas empresas criadas por iniciativa do Estado prepondera o caráter autonômico na dinâmica da função administrativa de gestão.

Ao adotar, como afirma BILAC PINTO, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou aos novos entes as possíveis vantagens da administração particular, a saber:

- a) completa autonomia técnica e administrativa;
- b) capitalização inicial;
- c) possibilidade de outros recursos;
- d) probabilidade de reter lucros para ampliação do capital de giro e constituição de reservas;
- e) liberdade em matéria de despesas;
- f) flexibilidade e rapidez de ação;
- g) capacidade de acionar e ser acionada;
- h) regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas.<sup>15</sup>

Não, porém, como veremos, sem a prévia autorização legal e a supervisão ministerial competente, conforme hoje estabelece o art. 19 do Decreto-lei n. 200.

Não, ainda, sem o controle financeiro das contas gerais relativas a cada exercício, na forma da legislação vigente.

A supervisão ministerial exercer-se-á sempre através da orientação, coordenação e controle das atividades

15. BILAC, trab. cit., vol. 32/15.

dos órgãos subordinados ou vinculados a cada Ministério.<sup>16</sup>

Não só com o uso do instituto das fundações, como noutra estudo, afirmávamos citando MALEZIEUX, o Estado busca o auxílio do processo privado cada vez mais freqüente no Direito Administrativo.<sup>17</sup>

Idêntica posição assume o Poder Público com as fundações, pelo simples motivo de que são entidades-órgãos capazes, na sua efetividade, de atender os fins dos órgãos centrais de direção superior.

Nem mesmo a Ciência da Administração mais moderna discute as vantagens desse tipo de descentralização: no Brasil, os institutos que estão surgindo, sob a tônica do privatismo no serviço público, servem à ordem jurídica e ao regime juridicamente estruturado.

É preciso notar que as diferenças que se consolidam conceitualmente, não tiram das empresas públicas e das fundações o caráter e o conteúdo de entidades paraestatais, e também autônomas.

Classificam-se, pois, as entidades autônomas a que se atribuem personalidade privada, do seguinte modo:

ENTIDADES AUTÔNOMAS	{ Com personalidade pública }	Autarquias
		Corporações
	{ Com personalidade privada }	Estabelecimentos (institutos vá- rios previden- ciários ou assis- tenciais)
		Emprêsas públi- cas
		Fundações

Nesse complexo de órgãos, está a Administração, o poder público, o Estado: o poder público impondo

16. Art. 20, parágrafo único, do Decreto-lei n. 200.

17. RAYMOND MALEZIEUX, *Manuel de Droit Administratif*, pág. 81. Nosso trabalho, *As Fundações e o Direito Administrativo*, Capítulo I.

*meios* num sentido de efeito jurídico-administrativo difuso na unidade organizacional.

Quanto melhor puder distribuir na unidade sob contrôle, mais racional se torna a Administração como *corpo administrativo* ou como *organismo* colimando variedade de objetivos públicos.<sup>18</sup>

A multiplicidade das exigências coletivas e a variedade dos problemas sociais impõem ao Estado a multiplicação dos meios de intervenção, sendo os mais próprios aquêles já configurados no processo comum juridicamente regulador.

#### § 4.º — A ORIENTAÇÃO DO PENSAMENTO FRANCÊS

Ainda que no Brasil sòmente agora comecem a ser adotadas como figuras jurídicas definidas aquêles órgãos apontados como *empresas públicas*, êles não são novos na França ou na Itália.<sup>19</sup>

Precisamente em virtude dêles o Estado pode normalmente atuar intervindo no domínio econômico com a adoção na esfera da economia de instrumentos próprios a uma estrutura descentralizada.

Chamando a êsses organismos de *empresas privadas de interesse público*, ou pessoas *para-administrativas* participantes no funcionamento dos serviços públicos, pondera RAYMOND MALEZIEUX:

“a) Ces organismes ont incontestablement la nature juridique d’entreprises privées;

18. “A nota saliente nos organismos está na unidade dos órgãos para consecução da finalidade comum. O organismo é, pois, uma pluraridade, que a organização reduz à unidade” (TITO PRATES DA FONSECA, *Lições de Direito Administrativo*, pág. 105).

19. Nem nos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá com as *public corporation* e *Government Corporation*. É de examinar o Relatório final apresentado à conferência realizada em Praga, de 24 de setembro a 1.º de outubro de 1958, para a compreensão internacional e a cooperação pacífica, RDA, vol. 57/483.

“b) Pourtant, pour des raisons diverses, l'administrative est appelée à s'intéresser à leur fonctionnement;

“c) Il résulte de cette situation que ces organismes disposent de certaines prérogatives de puissance publique et que, d'autre part, ils sont placés sous le contrôle étroit de l'administration;

“d) Certaines entreprises privées, principalement des associations et des fondations, poursuivant une activité désintéressée qui présente un intérêt l'ensemble du public.”<sup>20</sup>

Diante dos característicos apontados e das peculiaridades indicadas, as prerrogativas e privilégios estatais são de pessoas em serviço da Administração, em colaboração permanente com o Estado.

Definindo o Direito Administrativo pelo *serviço público*, catalogando os principais tipos de pessoas morais, distinguindo na sua evolução as pessoas morais públicas e privadas, caracterizando a unidade na diversidade no regime francês, JEAN RIVERO diz que “par entreprise publique, on entend des entreprises commerciales qui échappent à l'appropriation par le capital privé, et relèvent, en dernière analyse, de l'autorité de l'État”.

Em parte divergindo de MALEZIEUX, mas no fundo, como não podia deixar de ser, considerando “la soumission de principe au droit privé”, na atividade, no regime financeiro e na qualificação da pessoa.<sup>21</sup>

ROLLAND, menos preciso, informa:

“a) que la règle commune en France c'est que les entreprises publiques constituent des services publics proprement dits;

“b) ce sont les règles du regime spécial aux services publics qui doivent donc être appliquées.”<sup>22</sup>

20. MALEZIEUX, ob. cit., págs. 81/3.

21. V. *Droit Administratif*, págs. 443/6.

22. LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, pág. 21.

No entanto, procura ROLLAND, na distinção entre os serviços públicos e as empresas privadas de interesse geral, estas submetidas a um controle especial, colocar a empresa pública como as fundações, entre as pessoas morais de direito privado.<sup>23</sup>

Já WALINE fala em serviço público administrativo e serviço público comercial, na inadaptação de processo do serviço público a certas empresas nacionalizadas, constatando a importância de algumas formas de intervenção administrativa para o que chama de “reflouements d’entreprises privées”.<sup>24</sup>

Há em WALINE, a preocupação conceitual em destacar o serviço público definido por seu *objeto* e o serviço público definido por sua *organização*, para chegar aos “*services publics gérés par des organismes privés*”.<sup>25</sup>

ROGER PINTO, estudando a empresa pública autônoma de caráter econômico, em direito comparado, falando do seu regime jurídico, ressalta de modo invariável a indispensabilidade da *autonomia*.<sup>26</sup>

Principalmente na França, onde a atividade do Estado no tocante às empresas públicas em vários ramos se “une num sistema” a que chama de federativo”.<sup>27</sup>

## § 5.º — A ORIENTAÇÃO DO PENSAMENTO ITALIANO

Assim, na Itália, como na França, sobretudo depois da última grande guerra, é a *empresa pública autônoma* dentro da atividade econômica do Estado, uma realidade do fenômeno jurídico-administrativo.

Não será preciso defender como ROGER PINTO “o caráter universal do fenômeno jurídico do direito” que

23. ROLLAND, ob. cit., pág. 28.

24. MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pág. 304.

25. WALINE, ob. cit., pág. 311.

26. V. a *Empresa pública autônoma de caráter econômico*, em *Direito comparado*, RDA, vol. 57/483.

27. ROGER PINTO, trab. cit., vol. 57/485.

ninguém contesta, para dizer que as emprêsas públicas estão integradas na “universalidade da noção de Direito”.<sup>28</sup>

Dos trabalhos do colóquio internacional três aspectos essenciais do problema ficaram recomendados:

- a) o estatuto constitucional da emprêsa pública;
- b) o regime jurídico de sua atividade;
- c) as relações da emprêsa face o Estado.<sup>29</sup>

No entanto, é na Itália, que êsses três aspectos se tornaram pacíficos para o entendimento doutrinário.

De há muito, logo que criadas, as emprêsas públicas italianas ficam submetidas à autoridade de um determinado setor administrativo, que exercerá o contrôle estatal.

É responsável o setor, no caso o Ministério competente, politicamente, perante o Parlamento.

As atribuições tutelares são necessariamente aquelas chamadas de *prevenção* e de *contrôle*.

SANDULLI escreve:

“Nell’esercizio di tali imprese gli enti pubblici non si propongono per solito fini di lucro, o, anche si propongono un lucro, ciò fanno unicamente affinche questo possa essere lo strumento per la realizzazione delle loro finalit  di interesse pubblico.”<sup>30</sup>

Para tais emprêsas, n o espera o professor de Nápoles, um regime de direito público, mas um regime que “sostanzialmente non si differenzia da quello delle imprese private”, ou se possa designar “como imprese pubbliche di diritto privato”.<sup>31</sup>

Vale o exemplo de DONATTI:

“Quando, lo Stato concede a un ente privato l’esercizio di una ferrovia, l’esercizio della medesima   anzi

28. PINTO, trab. cit., loc. cit., RDA, vol. 57/484.

29. *Relatório   confer ncia realizada em Praga*, loc. cit., RDA, vol. 57.

30. ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, p g. 431.

31. SANDULLI, ob. cit., p g. 432.

tutto un pubblico interesse... Ma é evidente che tale interesse non é affatto identico a quello del concessionario, il cui interesse é invece essenzialmente patrimoniali.”<sup>32</sup>

Com MIELE, o que preocupa sobretudo o professor de Florença, convém precisar é “il grado di rilevanza degli interessi riflessamente protetti per l’ordinamento giuridico”.<sup>33</sup>

A intervenção do Estado só se legitima pelo interêsse que *deve ser protegido* ou pelo interêsse essencialmente patrimonial que justifica jurìdicamente regime especial jurisdicional.

#### § 6.º — A EMPRESA PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO

Este é o pensamento comum a tôdas as nações: *a empresa pública autônoma é uma criação do Estado.*

Na Tchecoslováquia, a par das obrigações em relação ao Estado, tende a empresa pública a planificar o desenvolvimento industrial, proporcional aos diversos ramos econômicos.

Na Polônia princípios são adotados que devem garantir os interêsses da empresa e do pessoal a ela vinculado, assegurando respeito à planificação central sem quebra do sistema autônômico.

Na União Soviética as empresas públicas estão ligadas indissolúvelmente ao sistema econômico e social em causa, dependendo a *forma da empresa* das implicações de natureza política.

Nos Estados Unidos, num sistema que é peculiar à nação norte-americana, comissões tríplexes respondem pelas empresas num sentido próprio de atividade fiscalizadora.

32. DONATO DONATI, *Principii Generali di Diritto Amministrativo e Scienza dell’Amministrazione*, pág. 62.

33. GIOVANNI MIELE, *Principii di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 58.

Na Inglaterra as empresas se encontram dirigidas por um Conselho de Administração (*Board System*), que reúne pessoal capacitado técnico com prerrogativas de fiscalização e de gestão.

Em conjunto, as empresas públicas, nos países nominados, estão sujeitas ao princípio de especialidade: atividade é limitada pela finalidade estatutária, as operações das empresas fogem à finalidade específica, sujeitas que estão a regime jurídico fundamental.

Geralmente, as empresas com personalidade jurídica privada face ao Direito, são proprietárias, dos seus bens, que em casos possíveis de dissolução, reverterem ao patrimônio do Estado.<sup>34</sup>

De igual maneira, o Estado se responsabiliza pela empresa pública, dentro dos limites da legalidade: a participação indireta do poder público na gestão das empresas não lhes tira a autonomia.

Pode, porém, a empresa, nos limites estatutários e do ato de instituição, livremente decidir: a autonomia permanece pelas obrigações legais assumidas com a participação do Estado.

Os princípios de administração que respeitam a autonomia da empresa são aqueles mesmos princípios informadores do Direito Administrativo quanto à organização do Estado e dos seus órgãos.

Nos Estados Unidos, no entanto, constitui obrigação de todas as empresas públicas de caráter federal a submissão ao Presidente e ao Congresso, das previsões orçamentárias "estabelecidas nos moldes das empresas comerciais privadas, ressaltando o programa de atividades".<sup>35</sup>

34. V. *Relatório*, ROGER PINTO, loc. cit., RDA, vol. 57/483.

35. "Devem estimar e indicar o montante dos fundos públicos reversíveis ao Tesouro ou necessários à reconstituição de um capital diminuído. Existe a Divisão de Contrôlo Financeiro das Empresas Públicas do Tribunal de Contas (*General Accounting Office*), encarregada da verificação anual das contas das empresas privadas" (v. *Relatório*, ROGER PINTO, loc. cit.).

## § 7.º — O SERVIÇO PÚBLICO DESCENTRALIZADO

Para o Direito Administrativo dêste fim de século “serviço público e serviço de utilidade pública são expressões que se equivalem”.<sup>36</sup>

A visão conceitual de CIRNE LIMA alcançou o futuro no presente, tornando claros conceitos colidentes, não antagônicas, doutrinas harmônicas, sinônimas as mesmas expressões fáticas.<sup>37</sup>

Melhor do que MARCELLO CAETANO, procurou o conteúdo da *sinonímia* sem se deixar impressionar pela realidade de fenômenos isolados na ordem da organização do Estado e da Administração.<sup>38</sup>

Não há dúvida, e aqui estamos com BILAC PINTO, quando dizia que “um dos aspectos mais característicos da evolução do Estado moderno é o da progressiva ampliação da área ocupada pelos serviços públicos ou pelo avultamento das atividades do Estado”.<sup>39</sup>

Não cabem, portanto, que suscetibilidades conceituais causem apreensões doutrinárias, desde que as transformações havidas representam a preponderância do interesse geral sobre o interesse particular.

O que importa, como mui bem ressalta ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, são as diferentes formas de execução dos serviços públicos, incluindo entre as atividades estatais as de natureza industrial e comercial.<sup>40</sup>

Estamos, assim, colocados diante do Estado, que se obriga a suprir ou a estimular a atividade privada, em

36. RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 69.

37. CIRNE LIMA, *ob. cit.*, *Os Serviços Públicos*, págs. 68 e segs.

38. MARCELLO CAETANO, sempre muito lúcido, no entanto, amplia demasiadamente as diferenças entre as pessoas coletivas, dando maior importância à espécie genérica de institutos para certas pessoas afetadas de um patrimônio, preocupado com o *tipo institucional* (v. *Manual de Direito Administrativo*, ns. 58, 59 e 60). CIRNE LIMA, ao contrário, ampliou o conceito dentro da realidade descentralizadora.

39. BILAC PINTO, *trab. cit.*, *loc. cit.*, vol. 32/1.

40. ALMEIDA PAIVA, *trab. cit.*, *loc. cit.*, vol. 60/3.

tudo quanto diga com o interesse coletivo corporificado no primado do bem comum.

Tão legítima é a *concessão* como legítima a instituição de empresas: as sempre novas exigências dão ao Poder Público os instrumentos privados adequados de execução de serviço público.

Não é de admirar, portanto, que o Estado adote critérios fundacionais civis para as fundações que institui como o meio mais apropriado e objetivo de cumprir uma finalidade pública ou social.

E no nosso entender, em considerando o serviço público, é como pessoa jurídica de direito privado que as fundações se plasmam, tal e qual as chamadas e discutidas *empresas públicas*.

Esse é um fato hoje histórico e de caráter universal em virtude da unidade do direito e do conceito do serviço público, que sofreu um processo de reelaboração que o reajustasse às novas realidades.<sup>41</sup>

Tudo é *serviço público* desde que envolva interesse geral das comunidades políticas ou dos grupos sociais:

1) quando a atividade seja de importância primordial e vise assegurar a satisfação de uma necessidade essencial;

2) quando a atividade privada seja inadequada ou contrária ao interesse geral ou comum.<sup>42</sup>

Daí quando descentraliza, tentar o Estado, abranger as maiores áreas para o exercício da atividade essencial, alargando a ação administrativa na extensão dos limites jurídicos permissíveis.

Torna-se a descentralização governamental, ou administrativa, uma forma comum de divisão do trabalho estatal, quando informada pela necessidade, interesses e pressupostos econômicos.

41. BILAC, trab. cit., vol. 32/1.

42. "A atividade do Estado que reúna essas características pode constituir, contemporaneamente, um serviço público" (BILAC PINTO, trab. cit., RDA, vol. 32/2).

### § 8.º — PODÊRES JURÍDICOS E RESPONSABILIDADE

Tanto os órgãos da Administração direta como da *indireta* devem forçosamente ser estruturados em acôrdo com razões jurídicas e circunstâncias diversas, considerando:

- 1) a vontade pública diante do fato;
- 2) a natureza da função;
- 3) o regime jurídico; e
- 4) o princípio de ordem política.

No processo de formação da vontade do Estado as etapas são apenas relativas:

- 1) ao ato administrativo de instituição;
- 2) ao processo jurídico mais adequado; e
- 3) ao fim pela sua natureza.

Quando não existam normas determinando expressamente qual a forma de execução do serviço público, não cabe ao Estado atuar senão através dos possíveis meios, praticamente jurídico-legislativos.

Pelo direito privado, a capacidade reconhecida à pessoa (ou órgão) para desenvolver-se, não possui outros limites senão os estabelecidos pelas leis nacionais e o Direito de cada nação.

O princípio se aplica inclusive para as pessoas públicas (ou órgãos) no sentido de limitação de competência, como acontece com as empresas públicas e as fundações.

Nas empresas públicas, para não falar nas fundações, a competência é a legal-estatutária, está na lei instituidora ou pròpriamente no que diz o ato de instituição.

Definir, classificar e determinar as atividades ou tarefas que competem às pessoas administrativas, é *função da lei*.

Os poderes jurídicos de que dispõem as empresas públicas para atuar nos limites fixados, são poderes legislativos de administração ou jurisdicionais específicos.

Não há para as empresas públicas (e fundações) senão um critério em obediência ao princípio de especialidade, relacionado com a capacidade e a competência legalmente configuradas.

Do princípio firmado, com apoio em SAYEGUÉS LASO, podemos dizer que as pessoas jurídicas privadas ou públicas jamais podem realizar atos alheios para os quais foram criadas.<sup>43</sup>

Cabe, entretanto, salvo normas não determinativas, admitir-se relativa amplitude de *ação quanto aos fins* ou extensão dos mesmos fins, sem violentação dos limites de especialidade.

Nos poderes jurídicos e seus limites assenta o problema da *responsabilidade* já limpo de obscuridades, ao contrário do que pretende fazer crer BARROS JÚNIOR, em tratando do controle das empresas.<sup>44</sup>

Quanto à *responsabilidade*, em tese geral enquadrada no pensamento de ALESSI, estriba-se no princípio relacional-jurídico-estatutário justaposto "alla situazione peculiare".<sup>45</sup>

No ato de instituição está, pois, a manifestação unilateral da vontade do Estado, no sentido dos poderes conferidos num regime permitido de intervenção e limitado ao exercício do negócio jurídico.

Assente que a instituição destinada à criação de uma empresa pública ou de uma fundação é um negócio jurídico unilateral, os poderes jurídicos e a responsabilidade decorrem da conveniência do ato administrativo e da integração dos bens no regime de propriedade privada.

As condições estabelecidas no ato de instituição não são nunca iguais no que toca com a especialidade, nem se conflitam em face do reconhecimento legal gerador de direitos e obrigações.

De modo que, em rigor, o princípio da responsabilidade está ligado aos poderes jurídicos conferidos, não

43. V. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 198.

44. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 107.

45. RENATO ALESSI, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione — La responsabilità dell'amministrazione pubblica per atti illeciti*, págs. 137 e segs.

excedendo às relações da pessoa com o poder público instituidor.

Aqui, como nas fundações, a personalidade é um produto do ordenamento jurídico, atribuição exclusiva do Estado.

### § 9.º — O RECONHECIMENTO ESPECÍFICO

Em nosso entender, como igual às fundações, as empresas públicas só aparecem pelo reconhecimento específico.

Lógicamente, em razão do ato de instituição, o poder público quando cria, terá que conceder certos poderes necessários à atuação discricionária, conseqüente da personalidade jurídica.

Com êste problema de *conteúdo* está relacionado o problema da responsabilidade e do regime jurídico.

BULLRICH é muito claro:

“El Estado es una persona jurídica, un solo sujeto de derecho y cuando se dice persona jurídica de derecho público o persona jurídica de derecho privado quiere decirse solamente que la relación que se analiza, por su naturaleza, está regida por uno o otro derecho.”<sup>46</sup>

O exemplo, temos nas concessões, sociedades de economia, fundações e empresas públicas.

Seria absurdo dizer que o Estado quando intervém escolhendo o melhor processo ou o mais adequado no ato de instituição não está, pela outorga, *reconhecendo especificamente a pessoa jurídica*.

Como existem diferentes meios de descentralizar, existem distintos meios de reconhecimento jurídico-específico.

Ninguém mais discute que a descentralização administrativa pode ser geográfica ou por serviços, com muito mais razão quando o Estado resolve reconhecer pessoas privadas com fins públicos.

Na Argentina operando-se a descentralização num ritmo acelerado envolveu universidades, obras sanitárias.

46. RODOLFO BULLRICH, *Principios Generales de Derecho Administrativo — La personalidad jurídica del Estado es una*, pág. 127.

ferrovias, correios, bancos, parques e juntas econômicas reguladoras.<sup>47</sup>

Tôdas essas entidades ou novos órgãos, desde o reconhecimento, se personificaram: não obstante continuam sujeitas ao contrôlo tutelador que varia conforme as circunstâncias legais.

Com as emprêsas públicas no Brasil o mesmo está acontecendo: com o reconhecimento recebem faculdades próprias e meios legais para a realização dos fins próprios de especialidade.

Exato que sômente pode a lei prever o respectivo reconhecimento de emprêsas ou fundações, dentro de normas que respeitem o regime jurídico e os fins orgânicos de tais entidades.

O reconhecimento por parte do Estado da personalidade jurídica, resulta da manifesta vontade unilateral do poder público para a consecução de um fim ou atendimento de uma necessidade essencial.

Estamos, portanto, perante típicas figuras jurídicas, que podem ser de natureza pública ou privada, tendendo o poder público para rigidez da norma privada.

Reconhecida uma emprêsa pública como pessoa jurídica de direito privado, resta saber qual o efeito que se produz com o reconhecimento conseqüente da vontade estatal.

Em todos os casos, pelo menos para a boa doutrina, o reconhecimento, ato administrativo, é quem afeta definitivamente os bens indispensáveis à vida das emprêsas públicas.

## § 10 — A ESTRUTURA NO REGIME JURÍDICO

O art. 163 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, dispõe:

“São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não

47. BULLRICH, ob. cit., pág. 171.

possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

No parágrafo único ficou escrito:

“Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.”

LEOPOLDO BRAGA, no melhor trabalho publicado sobre as empresas públicas aqui no Brasil, observa que desde a Constituição de 1934 o problema da intervenção no domínio econômico é lembrado, inclusive reportando-se às várias cartas de repúblicas americanas, como as da Argentina, Colômbia e Venezuela.<sup>48</sup>

O supracitado jurista brasileiro, no seu excelente e largo estudo sobre o tema, dá o melhor entendimento:

“As chamadas *modernas empresas públicas*, isto é, as *sociedades de pessoas públicas* e as *sociedades públicas de um só membro*, são, também, consideradas pela maioria dos estudiosos como *pessoas jurídicas de direito privado*, porque, não obstante constituídas, umas e outras, de capitais exclusivamente públicos, adotam as formas jurídicas das sociedades comerciais e se subordinam às regras e técnicas do direito privado e ao estatuto geral dos comerciantes.”<sup>49</sup>

Irrelevantes, portanto, quando a intervenção resulta de lei, as dúvidas levantadas por HENRI ZWALEN com respeito ao regime jurídico de uma instituição, para saber se ela pertence ao direito público ou ao direito privado, sem distinguir-se, no ato de instituição, a forma adotada e os princípios de sua organização.<sup>50</sup>

A fonte do poder regulador é a lei, ou o Estado: tanto o caráter de direito público ou de direito privado

48. V. *Empresas Públicas* — *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XX, pág. 109.

49. LEOPOLDO BRAGA, *trab. cit.*, *loc. cit.*, pág. 166.

50. V. *Sociétés Commerciales avec Participation de l'État*, págs. 102 e segs.

Ora, se a *personificação* resulta da vontade estatal, não há como não admitir que no *interêsse comum*, possa

O Estado impõe as regras, regulamentações jurídicas, a mais adequada ao regime jurídico nacional e vigente em cada nação.

Estando a *permissão* no texto constitucional, realmente quem lhe dá vida é o poder público através de lei ou ato administrativo, êste sempre orgânico e finalístico.

Entre nós, porém, há que considerar, antes de tudo, o aspecto constitucional do problema: facultada a intervenção e o monopólio de determinada indústria e atividade, cabe ao Estado, na interpretação do dispositivo do art. 163, prover os meios jurídicos capazes para a fixação do regime jurídico próprio e peculiar.

Interpretando-se com rigor hermenêutico o dispositivo constitucional, a intervenção poder-se-á dar com respeito a qualquer atividade de interêsse comum, *na forma que a lei estabelecer*.

A forma privada, portanto, não surpreende, tanto para as empresas públicas como para as fundações, pois é ela (a forma privada) da essência do regime jurídico.

BIELSA, depois de classificar os serviços públicos em *próprios* e *impróprios*, aponta a frequência com que o Estado exerce atividades privadas para a satisfação de interêsses gerais, concluindo:

“En la actividad privada, esencialmente patrimonial, el Estado se coloca en la situación de los parti-

culares; sus actos son de economia privada e sua actividad es, por eso mismo, no social, sino particular.”<sup>51</sup>

Aliás, do acêrto da nossa posição, diz a lei e a vontade estatal quando manifesta: perfeitamente racional e jurídica é, pois, a tendência em personificar certos entes como privados, vivendo em regime privado, não obstante no exercício de fins públicos.

A menos que se atribua ao legislador incidência em erro quanto à sua verdadeira intenção, as pessoas jurídicas por êle especialmente instituídas para a execução de um interesse público, seriam pessoas de direito público e não de direito privado.

### § 11 — ORIENTAÇÃO DO PENSAMENTO BRASILEIRO

Algumas citações bastam para dar uma noção exata da orientação do pensamento brasileiro sôbre a tese em questão:

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: “O regime administrativo coloca as empresas públicas como processo de administração indireta, isto é, de descentralização administrativa, a que corresponde, para melhor atender aos seus objetivos, uma estrutura própria, diferenciada dos órgãos de administração direta. A sua estrutura é de direito privado e os seus métodos de trabalho também devem obedecer ao regime empresarial.”<sup>52</sup>

CAIO TÁCITO: “A estrutura das empresas públicas é fixada, em suas linhas básicas, nas leis que autorizam sua instituição, sem obediência a nenhum preceito geral. A criação de órgãos e departamentos, e as normas que regulam a desconcentração da gestão e a delegação de funções são de livre decisão dos órgãos diretores das entidades.”<sup>53</sup>

51. *Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 154/5.

52. V. *Empresa Pública no Direito Brasileiro*, RDA, vol. 91/4.

53. *As Empresas Públicas no Brasil*, RDA, vol. 84/436.

ALBERTO DEODATO: “Chama-se empresa pública aquela que o Estado conserva para poder, melhor que o particular, tutelar certos interesses públicos ou obter maior soma de utilidade pública coletiva.”<sup>54</sup>

ALIOMAR BALEEIRO: “São instrumentos de intervenção governamental para realização daqueles novos fins cometidos ao Estado ou que este assumiu.”<sup>55</sup>

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Realizam a mais moderna forma de atuação do Estado no domínio econômico. Nelas não há associação entre particulares e Estado. Este é o único senhor da empresa.”<sup>56</sup>

HELY LOPES MEIRELLES: “As empresas públicas são os mais modernos tipos de instituições paraestatais, com personalidade privada e organização de entidade particular, mas com capital inteiramente do Governo.”<sup>57</sup>

LEOPOLDO BRAGA: “Na empresa pública há, apenas, delegação de uma parcela da autoridade estatal para exercício de determinada atividade constitutiva de serviço público.”<sup>58</sup>

No campo legislativo o pensamento não difere como adiante se verá: a progressiva transformação do Executivo em poder legiferante encontra amparo na colaboração do direito privado com respeito à criação de empresas e à instituição de fundações.

Através as necessidades do *Welfare State*, tècnica-mente, no exercício do seu *poder de decisão*, a Administração encontra, nas regras privadas, o modo de como satisfazer os interesses públicos.

Inclusive nos Estados Unidos e na Inglaterra prevalecem empresas estatais no estilo da *Public Corporation* ou da *Busines Cooperation*, regidas por princípios de direito privado.<sup>59</sup>

54. V. *Manual de Ciência das Finanças*, pág. 60.

55. BALEEIRO, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, vol. I, pág. 170.

56. CELSO ANTÔNIO, ob. cit., pág. 348.

57. *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 306.

58. BRAGA, trab. cit., loc. cit., pág. 116.

59. É o que informa THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, trab. cit., loc. cit., págs. 91/2.

Não está, portanto, guardadas as circunstâncias nacionais, distante o pensamento brasileiro do pensamento que lá fora orienta e disciplina o regime jurídico das empresas públicas.

## § 12 — RESPONSABILIDADES E PRIVILÉGIOS

Explica THEMÍSTOCLES CAVALCANTI:

1) as *public corporation* são autônomas, os seus funcionários não são funcionários públicos, escapam em sua maioria do controle dos órgãos do Estado;

2) a tendência no direito estrangeiro é considerar essas empresas como públicas, embora obedçam a um regime administrativo e comercial mais próximo das empresas privadas;

3) nos países anglo-saxônicos, a diferença entre o público e o privado não é nítida: pode-se dizer que ali só existe o direito privado que regula todos os tipos de regulações jurídicas;

4) na Itália, o caráter econômico desses empreendimentos não os desvencilham dos objetivos mais imediatos do Estado;

5) na França também são, como entre nós, processos de administração indireta, embora de fins industriais e comerciais.<sup>60</sup>

No trabalho erudito de BILAC PINTO essas tendências gerais já estavam caracterizadas, com o apontamento prático dos elementos que aqui levantamos de capacidade interna ou externa.<sup>61</sup>

Nos Estados Unidos onde estes tipos de pessoas administrativas muito proliferam, foi precisamente a natureza do serviço a prestar que impôs condições de atividade e regime jurídico.

Como nas fundações instituídas no Brasil pelo poder público, mesmo públicas em suas origens as em-

60. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, trab. cit., loc. cit., págs. 91/3.

61. BILAC PINTO, trab. cit., loc. cit., vol. 32.

prêsas públicas deverão ou devem utilizar meios, instrumentos, processos comuns às emprêsas privadas para realizarem suas operações.<sup>62</sup>

Por outro lado, convém destacar que foi a experiência da última grande guerra, quando o direito privado subordinou-se ao planejamento de uma *economia de guerra*, que as emprêsas privadas ganharam magnitude em termos de monopólio privado.

Mesmo nascidas, por assim dizer, em épocas de exceção, o que valeu foi a legislação civil apropriada.<sup>63</sup>

Precisamente pela circunstância do capital ser integralmente do Estado, aumenta a responsabilidade do poder público.

Aumenta a responsabilidade, de tal modo, que o patrimônio jamais poderá se desvincular das obrigações assumidas.

Pouco importa saber, num regime de responsabilidade pública, se essa responsabilidade é limitada ou ilimitada, pois o Estado responde sempre, sejam quais sejam as condições de sucesso ou de precariedade das emprêsas públicas.

Quanto às imunidades ou isenções tributárias, acolher o princípio de que não existem para as emprêsas públicas, seria o mesmo que caminhar diante da lei ou fora do que a lei diz quando criou tais entidades,<sup>64</sup> e as criou com personalidade jurídica peculiar.

A quem, na concorrência, prejudicaria o monopólio? Cabe ao legislador, na sua inteligência, em cada caso específico, determinar os privilégios, quando a atividade é sòmente *suplementar*.

62. Sòmente que, com as *fundações*, a tipificação da pessoa é diferente na forma, no conteúdo e no objeto. Mas, quanto ao processo utilizado, nada há que distinguir.

63. V. PIETRO MESCHINI, *Sulla Natura Giuridica degli Enti Pubblici*, pág. 63.

64. Não é por exercer atividade mercantil que as *emprêsas públicas* não possam gozar de imunidades ou isenções tributárias. Podem quando assim a lei determinar imperativamente, sem ressalvas. Não é legítima, portanto, a posição, no caso, de EVARISTO DE MORAIS FILHO (v. *Sucessão nas Obrigações e Teoria da Empresa*, I, § 273).

Se uma empresa pública, pelos seus elementos integrativos essenciais é capital e patrimônio públicos, com estrutura privada e *criada por lei* para exercer funções que transcendem aos fins imediatos da Administração, não será injusto que privilégios se concedam.

Precisamente pelo fato de “serem serviços de administração indireta, importa em reconhecer nêles vínculos com o Estado, de que decorrem também certas obrigações e prerrogativas”.<sup>65</sup>

Voltamos a THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, porque:

1) o problema consiste em concentrar o empreendimento público de tal maneira que êle possa atuar como empresa privada, em seus métodos de trabalho e na apuração dos lucros; e

2) é a lei quem deve fixar as condições e limites das relações dessas empresas com o Estado, sistema de controle, isenções fiscais porventura concedidas.<sup>66</sup>

No direito comparado, como se pode constatar, as soluções são as mesmas, dentro dos princípios gerais informativos de direito nacional.

Em particular, o interesse público, considerado *in concreto* pela norma jurídica, é quem orienta a vontade estatal.

No Direito Administrativo, inclusive o do Brasil, a manifestação da vontade, o motivo, o objeto e a forma, integram o ato criador das empresas públicas.

### § 13 — ESTADOS UNIDOS

Cumpre colocar em relêvo, para melhor compreensão da *empresa pública* nos Estados Unidos, os depoimentos colhidos nos trabalhos de JOHN P. GALBRAITH e HERBERT EMMERICH.<sup>67</sup>

65. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, trab. cit., loc. cit., págs. 91/11.

66. CAVALCANTI, loc. cit., págs. 91/11.

67. FRANK SHERWOOD, *Empresas Públicas — Textos Seleccionados*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1964.

Está claro que a mentalidade norte-americana não se harmoniza em vários aspectos com a mentalidade latina: nem pela formação, nem pela política e nem pela economia.

Para GALBRAITH, os pontos são:

1) que a moderna atividade produtiva exige um complexo conjunto de especializações e habilidades, num complexo mosaico de tarefas e funções;

2) que a autonomia é fator importante para uma empresa produtiva, como também o é a existência de metas específicas;

3) que na moderna organização americana, na moderna organização soviética, muita acomodação se tem feito no sentido de dar-se autonomia às empresas públicas;

4) que a pessoa jurídica, tal como a física, só pode atuar eficientemente se fôr dotada de liberdade para atingir determinadas metas; e

5) que a empresa precisa ser protegida em sua personalidade contra intromissões estranhas em suas decisões.<sup>68</sup>

Procura, no entanto, o economista de Harward, na produtividade o *lucro*, na organização a *autonomia*, na autonomia a *personalidade* e na personalidade a *especialização*.

Já para EMMERICH, as questões são:

1) que cada país tem de decidir por si mesmo até que ponto deverá o govêrno desempenhar o papel de empresário no setor econômico;

2) que os países em processo de desenvolvimento, querendo elevar a produtividade e o padrão de vida, muitas vêzes não têm alternativas senão ingressar no campo dos empreendimentos privados;

3) que a experiência de muitos países tem evidenciado que é necessário cuidado em matéria de poderes e proliferação de autarquias;

68. V. *Administração Pública e Empresa Pública*, apud SHERWOOD, págs. 13/18.

4) que uma imunidade completa de contrôles governamentais, especialmente no que se refere a planejamento e diretrizes gerais, poderá frustrar as próprias finalidades;

5) que a maneira como êsse contrôle de diretrizes deve ser definido, organizado e administrado representa um problema para o qual não há soluções de validade universal.<sup>69</sup>

Também o ilustre professor de Ciência Política na Universidade de Virgínia procura, em posição antagônica a GALBRAITH, pela tônica da segurança política, justificar a intervenção do Estado em grau de liberdade que justifique os objetivos a realizar.

Colocando na decisão de cada país a solução do problema, EMMERICH não esconde sua preocupação com as *empresas estatais*, dando pela obviedade as razões que levam os governos a criar serviços industriais, como as seguintes:

- a) apressar o desenvolvimento nacional;
- b) aumentar a produtividade e o número de empregos, e elevar o padrão de vida;
- c) criar fontes de crédito para o financiamento da produção e do comércio;
- d) fornecer serviços essenciais de utilidade pública;
- e) diminuir a situação de dependência de capital e administração alienígenas, pela aquisição de empresas estrangeiras;
- f) prover a prestação de determinado serviço necessário mas não lucrativo;
- g) assegurar o contrôle do governo sôbre certos setores da economia, como postulado de política nacional.<sup>70</sup>

#### § 14 — O SEMINÁRIO DE RANGUM

Considerando o grande número de empresas de propriedade do Estado e por êle administradas, o *Semi-*

69. V. *Instituições Autônomas e Empresas Estatais*, apud SHERWOOD, págs. 44/50.

70. HERBERT EMMERICH, trab. cit., loc. cit., pág. 47.

*nário de Rangum*, sobre a empresa pública, realizada em 1954, trouxe valiosas contribuições com respeito à organização das entidades e das suas entidades afins.

Quanto às *formas de organização* escreveu-se:

“Para a administração dos serviços industriais do Estado, empregam-se, atualmente, três principais modalidades de organização, cada qual admitindo uma série de variantes:

“a) organização nos moldes das demais entidades governamentais;

“b) autarquias;

“c) sociedades de economia mista.

“Afora isso, há ainda um outro sistema, que nos últimos anos tem sido adotado cada vez mais e que consiste em contratar o governo com uma firma particular a administração de determinada empresa pública.

“Em quase todos os países encontram-se exemplos desses diferentes tipos de instituição.”<sup>71</sup>

Para o Seminário de Rangum, as características principais dessas formas de organização são as seguintes:

a) a empresa é custeada por dotações anuais do Tesouro, e toda a sua receita, ou a maior parte dela, é recolhida ao Tesouro;

b) a empresa está sujeita aos controles de orçamento, contabilidade e auditoria aplicáveis às demais atividades governamentais;

c) o pessoal permanente da empresa compõe-se de funcionários públicos e os métodos de recrutamento e as condições de trabalho geralmente são as mesmas vigentes para os demais servidores públicos;

d) a empresa geralmente é organizada como um departamento ou outra importante subdivisão de um dos órgãos do governo central;

71. V. *Seminário sobre Organização e Administração de Serviços Industriais do Estado*, Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1962.

e) a empresa goza da imunidade soberana do Estado e não pode ser acionada sem o consentimento do governo.<sup>72</sup>

Com respeito às autarquias e às sociedades de economia mista nada diz o Seminário de interesse para a doutrina, novidades não traz que possam ser aplicáveis, pelo menos no Brasil.

De 1954 para cá, na ampla atividade de serviço público, a Administração Pública consolidou as suas formas de intervenção e de administração indireta, com a colaboração plena do processo privado.

Quem o diz, em acôrdo com a nossa opinião, é CAIO TÁCITO, quando escreve, em tratando da posição brasileira: "as empresas públicas têm crescido de importância no país, e hoje ocupam posição de relêvo na economia brasileira".<sup>73</sup>

De fato, na realidade, somente "a carência de regulamentação legal da empresa pública tem dificultado, no Brasil, a sua conceituação e manejo, mesmo porque é de estrutura variável e moldável aos objetivos perseguidos pelo Estado".<sup>74</sup>

Cumprir dizer, a esta altura, que não é mais assim: três exemplos flagrantes estão aí para exame, o exemplo da Empresa Brasileira de Telecomunicações, dos Correios e Telégrafos e o exemplo da Caixa Econômica Federal.

É de esperar, portanto, que os resultados positivos do Seminário de Rangum não sejam hoje tão positivos assim para a Índia, Áustria, Filipinas ou Turquia.

Haja visto que ANNIBAL VILLELA, num estudo sobre as empresas do governo brasileiro, apontou vinte e oito delas exercendo atividades típicas de serviço público industrial.<sup>75</sup>

Não obstante, os resultados de *Rangum* foram válidos e bastante expressivos, dando mostras como

72. FRANK SHERWOOD, ob. cit., págs. 55/6.

73. V. *As Empresas Públicas no Brasil*, RDA, vol. 84/432.

74. HELY LOPES MEIRELLES, *Autarquias e Entidades Paraestatais no Brasil*, apud FRANK SHERWOOD, ob. cit., pág. 81.

75. V. *As empresas públicas do Governo brasileiro e sua importância na economia nacional*, 1956/1960, RBE, n. 1, Ano XVI.

deram, de como o Estado pode intervir no domínio econômico sem quebra da estrutura administrativa.

### § 15 — A EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES

Os serviços de telecomunicações em todo o território brasileiro, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade, obedecem ao regime da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962.

Para efeitos dessa lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Compete privativamente à União:

I — manter e explorar diretamente:

a) os serviços-troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais;

b) os serviços públicos de telégrafos, de telefones interestaduais e de radiocomunicações, ressalvadas as exceções constantes da Lei n. 4.117, inclusive quanto aos de radiodifusão e ao serviço internacional;

II — fiscalizar os serviços de telecomunicações pela União concedidos, autorizados ou permitidos.<sup>76</sup>

Pelo art. 14 da acima citada lei, ficou criado o Conselho Nacional de Telecomunicações.

No art. 51 relacionaram-se os recursos a serem arrecadados pelo prazo de 10 anos e postos à disposição da entidade, para serem aplicados na forma prescrita no Plano Nacional de Telecomunicações, elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por Decreto do Presidente da República.

76. V. Decreto-lei n. 162, de 13 de fevereiro de 1967, e art. 8.º, n. XV, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Com o Decreto n. 52.026, de 20 de maio de 1963, aprovou-se o Regulamento Geral para execução da Lei n. 4.117.

Quanto ao *plenário*, órgão deliberativo do CONTEL, é constituído de um Presidente, que é o Presidente do CONTEL, e dos membros (Conselheiros), entre eles o Diretor da Empresa Brasileira de Telecomunicações, o qual pode ser representado por pessoa escolhida entre os membros de seu Gabinete ou diretores da empresa.<sup>77</sup>

Compete ao CONTEL:

- 1) elaborar o Plano Nacional de Telecomunicações a ser aprovado por decreto do Presidente da República;
- 2) proceder à revisão do Plano Nacional de Telecomunicações, pelo menos, de cinco em cinco anos, para a devida aprovação pelo Congresso Nacional;
- 3) fixar as tarifas relacionadas com os serviços de telecomunicações explorados pela EMBRATEL; e
- 4) elaborar diretrizes destinadas a ampliar, progressivamente, os encargos da Empresa Brasileira de Telecomunicações.

Pelo Decreto n. 52.859, de 18 de novembro de 1963, o Plano Nacional de Telecomunicações tem por finalidade, dotar o Brasil de um sistema de telecomunicações integrado, capaz de satisfazer às necessidades do desenvolvimento e da segurança nacionais, estabelecendo comunicações rápidas, eficientes, econômicas e seguras, e, possibilitando o efetivo controle e fiscalização das mesmas pelo Governo Federal.

A conquista desse objetivo se traduzirá pelas implantações de um Sistema Nacional de Telecomunicações, permitindo a formação das redes nacionais de: telefonia telegrafia, inclusive telex, radiodifusão sonora, televisão, transmissão de dados, inclusive de interesse militar.

Visa-se, como objetivo:

- 1) a possibilidade de conexão das redes nacionais com as redes internacionais;
- 2) o desenvolvimento e o estímulo da indústria nacional de telecomunicações; e

77. Art. 13, letra f, do Decreto n. 52.026.

3) o desenvolvimento do ensino técnico-profissional dos ramos pertinentes às telecomunicações.

Conforme o art. 44 do Decreto n. 57.611, de 7 de janeiro de 1966, nenhuma empresa ou entidade, concessionária ou permissionária de serviços de telefonia pública poderá negar-se a estabelecer tráfego mútuo com as empresas ou entidades congêneres.<sup>78</sup>

É a Empresa Brasileira de Telecomunicações, que usa a sigla de EMBRATEL, uma empresa pública constituída nos termos da citada Lei n. 4.117, para explorar, industrialmente, serviços de telecomunicações postos sob o regime de exploração direta da União.<sup>79</sup>

A EMBRATEL é regida pela legislação federal de telecomunicações, pelos seus estatutos e pela legislação reguladora das sociedades por ações.

Somente poderão participar da empresa as pessoas jurídicas de direito público interno, os bancos governamentais e as outras empresas também governamentais.

A nenhum ente público descentralizado “imprimiu a lei, tão marcante configuração de empresa pública, como à EMBRATEL, com capital subscrito apenas por entidades públicas e governamentais e dotada da mais ampla autonomia técnica e administrativa, modalidade já consagrada em outros centros civilizados, como na Alemanha, França e Inglaterra”.<sup>80</sup>

O pessoal dos quadros da EMBRATEL é admitido por concurso ou prova de habilitação, em regime empregatício subordinado à legislação trabalhista e às normas consignadas no Regulamento do Pessoal.<sup>81</sup>

78. Que aprova o Regulamento dos Serviços de Telefonia.

79. V. art. 1.º dos Estatutos da Empresa Brasileira de Telecomunicações — EMBRATEL.

80. *Empresa Brasileira de Telecomunicações — EMBRATEL — Legislação e atos específicos*, trabalho organizado pelo advogado LUIZ AZEVEDO BERUTTI, Rio, 1969, pág. 33.

81. “A instituição do Código Brasileiro de Telecomunicações, que entrou em vigor com a Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, posteriormente regulamentada pelo Decreto federal n. 57.611, de 7 de janeiro de 1966, foi o marco de uma nova era na implantação das telecomunicações em nosso País” (v. LUIZ GASTÃO DE ALENCAR FRANCO DE CARVALHO, *As Telecomunicações e seu Regime Legal, Telepar*, n. 1, pág. 10).

## § 16 — A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

Com a transformação no Brasil do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, com a denominação de “Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos”, aplicou-se tão-somente o disposto no art. 5.º, n. II, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Compete à nova empresa criada:

I) executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional; e

II) exercer, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16 do Decreto-lei n. 509, as atividades ali definidas.

O art. 15 ressalva a competência e jurisdição da Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL), como sucessora do Departamento dos Correios e Telégrafos, para prosseguir na construção, conservação e exploração dos circuitos de telecomunicações, executando os serviços públicos de telecomunicações.

Pelo art. 16, enquanto não forem transferidos para a EMBRATEL os serviços de telecomunicações, que o Departamento dos Correios e Telégrafos executa, a atual Empresa, mediante cooperação e convênio com aquela, poderá construir, conservar ou explorar, conjunta ou separadamente, os circuitos-troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações.

A Empresa será administrada por um Presidente, demissível *ad nutum*, indicado pelo Ministro de Estado das Comunicações e nomeado pelo Presidente da República (art. 3.º do Decreto-lei n. 509).

A Empresa será administrada por um Conselho (Conselho de Administração), que funcionará sob a direção do Presidente, e cuja composição e atribuição serão definidas estatutariamente (parágrafo único do art. 3.º).

Com respeito à estrutura de organização administrativa:

1) a execução das atividades da Empresa far-se-á de forma descentralizada, distribuindo-se por Diretorias Regionais, constituídas com base no movimento financeiro, na densidade demográfica e na área da região jurisdicionada;

2) As diretorias serão classificadas em categorias, de acôrdo com o volume dos respectivos serviços, e os órgãos que as integrarem poderão ser criados, desdobrados, reduzidos ou extintos, por ato do Presidente, ouvido o Conselho de Administração;

3) a operação do Serviço Postal e a execução das atividades administrativas de rotina ficarão a cargo da estrutura regional, observados o planejamento, a supervisão, a coordenação e o contrôle dos órgãos da Administração Central;

4) os encargos e funções de direção e assessoria serão providos, conforme o caso, pelo Presidente, pelos Diretores Regionais, ou outros Chefes de Serviço, conforme determinam os Estatutos;

5) Caberá ao Presidente representar a Empresa em juízo ou fora dêle, ativa ou passivamente, podendo constituir mandatários e delegar competência, permitindo, se fôr o caso, a subdelegação às autoridades subordinadas.

Quanto ao capital inicial da Empresa, será constituído integralmente pela União, conforme o disposto no art. 6.º:

1) será constituído pelos bens móveis e imóveis, direitos e ações que, pertencentes à União, estejam, na vigência do Decreto-lei n. 509, a serviço ou à disposição do antigo Departamento;

2) êsses bens e direitos serão incorporados ao ativo da Empresa mediante inventário e levantamento;

3) o capital inicial poderá ser aumentado por ato do Poder Executivo, mediante a incorporação de recursos de origem orçamentária, por incorporação de reservas decorrentes de lucros líquidos de suas atividades, pela reavaliação do ativo e por depósitos de capital feitos pela União;

4) poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como entidades integrantes da administração federal indireta.

O regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho, classificados os seus empregados na categoria profissional de comerciários.

A ECT gozará da isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade dos seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a fôro, prazos e custas processuais.

Compete ao Ministro das Comunicações exercer a supervisão das atividades da ECT, nos termos e na forma previstos no Título IV do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A ECT enviará ao Tribunal de Contas da União as suas contas gerais relativas a cada exercício, na forma da legislação em vigor.

Como a EMBRATEL, a ECT, possui regime de administração o mais conveniente à sua adequação estrutural, possibilitando a inexistência de entraves burocráticos inerentes a multiplicidade variada de órgãos,

Como está organizada, igual à EMBRATEL, pelos seus aspectos fundamentais, conceitua-se como empresa pública de natureza privada, autônoma e com objetivos industriais e comerciais.

## § 17 — CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Por fôrça do art. 1.º do Decreto-lei n. 759, de 12 de agosto de 1969, ficou o Poder Executivo autorizado a constituir a "Caixa Econômica Federal", instituição financeira sob a forma de *empresa pública*, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Praticamente, unificando as Caixas Econômicas Federais, organizadas como autarquias, num regime

de processo federal, passaram a entidades privadas financeiras, não obstante integradas ainda no sistema de administração indireta do Estado.

Desde o Decreto n. 24.427, de 24 de junho de 1934, orgânicamente, as Caixas Econômicas, ainda que tuteladas pelo Poder Público, gozavam de amplo disciplinamento autônomo, com finalidades que ainda agora, se identificam com os propósitos governamentais.<sup>82</sup>

Houve, com o Decreto-lei n. 759, como exatamente se lê uma modificação de base, como aquela do art. 3.º: o capital inicial da CEF passou a pertencer integralmente à União, constituído como está pelo total líquido do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais e de tôdas as Caixas Econômicas Federais existentes, devidamente avaliado e cujo montante se “estabelecerá” através de ato do Ministro da Fazenda.

Esse patrimônio será formado pelo acervo de tôdas as Caixas Econômicas Federais e do seu Conselho Superior, incluídos em tal acervo os haveres, direitos, obrigações e ações, bens móveis e imóveis, documentos e papéis do seu arquivo que lhe foram automaticamente incorporados.

Como instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, a CEF torna-se sujeita às normas gerais, às decisões e à disciplina normativa estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional e à fiscalização do Banco Central do Brasil (art. 6.º).

Quanto aos recursos das agências estaduais, serão aplicados, obrigatoriamente, nas respectivas jurisdições, de forma proporcional aos depósitos e aos regulamentos da venda de bilhetes de loteria no Estado (art. 7.º).

Sòmente com os estatutos da CEF, expedidos pelo Ministro da Fazenda e aprovados por decreto do Presidente da República, fica como ficou estabelecida a constituição, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem a sua estrutura básica.

São os seguintes os princípios de estrutura básica:

I — programação e coordenação das atividades em todos os níveis administrativos;

82. O Decreto n. 21.830, de 9 de setembro de 1946, alterou dispositivos do Regulamento baixado com o Decreto n. 24.427.

II — desconcentração da autoridade executiva, objetivando encurtar os canais processuais e assegurar rapidez à solução das operações;

III — descentralização e desburocratização dos serviços e operações, eliminando-se as tramitações desnecessárias e os contrôles supérfluos;

IV — simplificação das estruturas, evitando-se o excesso de chefias e níveis hierárquicos;

V — economia dos gastos administrativos, reduzindo-se as despesas de pessoal ao estritamente necessário; e

VI — incentivo ao aumento de produtividade de seus serviços.

São objetivos operacionais da CEF:

a) receber depósitos sob todos os títulos e formas autorizadas pela legislação em vigor, garantidos pela União, em especial os da economia popular, incentivando os hábitos de poupança;

b) receber os depósitos judiciais em dinheiro ou valores, relativos a processos de competência da Justiça Federal, depósitos êsses sujeitos às regras da legislação em vigor;

c) receber, com exclusividade, os depósitos das disponibilidades do Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários;

d) conceder empréstimo e financiamento sob tôdas as formas autorizadas e cooperando subsidiariamente com as entidades de direito público e privado, na solução de problemas do bem-estar social;

e) no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional da Habitação, promover a aquisição da casa própria;

f) exercer o monopólio das operações sôbre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade;

g) prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Govêrno Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas, de direito público ou privado.

Além de explorar a Loteria Federal do Brasil e a Loteria Esportiva Federal, em acôrdo com a legislação pertinente, poderá realizar quaisquer outras operações no mercado financeiro ou de capitais no plano interno ou externo.

A CEF passa a ser administrada por uma Diretoria constituída por um Presidente e 4 (quatro) Diretores.

As deliberações da Diretoria poderão ser vetadas pelo Presidente e levadas à consideração do Ministro da Fazenda.

Com respeito à *tutela* compete ao Presidente submeter ao Ministro da Fazenda, até 31 de março de cada ano, a prestação de contas da empresa, relativa ao exercício anterior, aprovada pela Diretoria e parecer do Conselho Fiscal.

### § 18 — O CONCEITO BRASILEIRO DE EMPRESA PÚBLICA

Já agora o conceito de *empresa pública* no Brasil está estabelecido em lei e não depende das classificações doutrinárias.<sup>83</sup>

Na própria Constituição, Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, está a enunciação jurídica:

“Art. 170. às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

“§ 1.º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

“§ 2.º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

83. “O conceito de empresa pública não se acha estabelecido em lei e varia nas classificações doutrinárias” (CAIO TÁCITO, trab. cit., loc. cit., RDA, vol. 84/432).

“§ 3.º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.”

Estão exatas juridicamente e de fato, as distinções conceituais entre a empresa pública e a empresa privada.

Pela inteligência do art. 170, somente querendo, não podem os Estados-membros instituírem empresas públicas.

Aqui no Brasil, pela clareza do dispositivo constitucional, mesmo em caráter suplementar da iniciativa privada, atendendo ao espírito da Constituição, somente à União Federal cabe a iniciativa da criação de empresas públicas de natureza paraestatal.

Não há como estender a intervenção no domínio econômico aos Estados-membros, face ao que dispõe o art. 163 da Constituição, quando faculta a intervenção indispensável, mas *mediante lei federal*.

Os motivos, ao que dissemos, são apenas dois, ou por motivo de segurança nacional ou “para organizar setor que não possa ser desenvolvido no regime de competição e de liberdade de iniciativa”.

Assim, a empresa pública, em sentido jurídico, é pessoa jurídica de direito privado, “regida a um tempo pelo direito comercial e pelo direito administrativo”,<sup>84</sup> dependente de prévia autorização legislativa federal.

CAIO TÁCITO, abordando o problema, antes da vigência da atual Carta, faz referência à importância das empresas públicas criadas pelos Estados federados e municípios.<sup>85</sup>

Acontece, porém, hoje, que na competência constitucional dos Estados-membros, nem mesmo supletivamente, ressalva-se a possibilidade de qualquer tipo de intervenção no domínio econômico.<sup>86</sup>

Inclusive a *autonomia municipal* está limitada ao art. 15 quanto “a organização dos serviços públicos locais”.

84. CAIO TÁCITO, trab. cit, vol. 84/433.

85. Idem, vol. 84/433-4.

86. Parágrafo único do art. 8.º da Emenda Constitucional n. 1.

Salvo melhor entendimento, sem lei federal reguladora, não há qualquer espécie de intervenção no domínio econômico.

Na verdade, pode-se argumentar, que nem sempre se criam empresas públicas, para que intervenham no domínio econômico.

Deixar à discricção do Estado-membro ou do município capacidade decisória para a constituição de empresas públicas, será o mesmo que permitir indiscriminadamente a proliferação perigosa dessas entidades com prejuízo para a ordem econômica.

Sendo o Brasil uma Federação e sendo a *ordem econômica e social* aquela assegurada pela União Federal, jamais seria recomendável tirar do poder público central, a responsabilidade pela conveniência da intervenção e da criação de empresas públicas concorrentes ou monopolísticas.

Generalizando, diríamos com CAIO TÁCITO:

“Os objetivos das empresas públicas são estritamente fixados na lei de autorização; qualquer alteração ou mudança desses objetivos requer novo ato legislativo.”<sup>87</sup>

Não é, porém, suficiente a aquisição de ações pelo Estado para a caracterização de uma empresa pública: “a participação estatal representará mero investimento, ou garantia especial, se não corresponder à atribuição de um encargo de serviço público”.<sup>88</sup>

O fato, assim, da existência de serviço público na administração indireta, importa em reconhecer nêles vínculos com o Estado “de que decorrem também certas obrigações e prerrogativas”.<sup>89</sup>

Da relação vinculada surge o princípio da responsabilidade civil da empresa e da responsabilidade civil subsidiária do Estado, quando não baste o patrimônio da empresa para o atendimento dos compromissos assumidos e não tenha a empresa capacidade financeira.

87. CAIO TÁCITO, trab. cit., vol. 84/434.

88. Idem, vol. 84/435.

89. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, trab. cit., vol. 91/11.

Quanto à dissolução da empresa pública, conforme esteja constituída como pessoa jurídica privada, segue naturalmente as normas gerais do direito privado.

Embora gozem de personalidade jurídica de direito privado, são pessoas administrativas do Estado.<sup>90</sup>

Não obstante não haver ainda uma disciplinação legal orgânica para as diferentes formas de empresas públicas, já se pode falar no Brasil em ajustamento de normas gerais comuns de algumas entidades que se fizeram instrumentos de ação do Estado no campo econômico.

### § 19 — A EMPRESA PÚBLICA NO PROCESSO HISTÓRICO

Para FRANK P. SHERWOOD, “a empresa pública foi criada nestes últimos sessenta anos para libertar dos controles normais as atividades estatais de natureza econômica”.<sup>91</sup>

Na Turquia, a falta de maior participação do capital privado, levou o governo a estabelecer critérios para identificar o papel adequado do Estado.<sup>92</sup>

Nos Estados Unidos, ainda perdura, em grande parte devido às peculiaridades do regime, a empresa pública em forma *autárquica*, vivendo e movendo-se numa terceira dimensão política.<sup>93</sup>

Na União Soviética, onde a área de liberdade administrativa é *extra legem*, a independência de ação das empresas limita-se a um sentido de maior obediência ao poder central.<sup>94</sup>

90. “Impõem-se, por isso, que a sua administração se harmonize com a política econômica e administrativa do governo, a que estão subordinadas” (CAIO TÁCITO, *trab. cit.*, vol. 84/438).

91. *Introdução Geral ao Problema da Empresa Pública — Empresas Públicas*, *ob. cit.*, pág. 3.

92. MENDUH YASA, *As empresas públicas e o capital privado na Turquia — Empresas Públicas*, *ob. cit.*, pág. 40/44; e também *Problemas de estrutura organizacional na Turquia*, *loc. cit.*, págs. 90/104.

93. LUTHER H. GULICK, *Autarquias como forma de empresa pública nos Estados Unidos*, *loc. cit.*, págs. 105/12.

94. ALEXANDER GERSHENBROU, *O gerente nas empresas soviéticas — Empresas Públicas*, *ob. cit.*, págs. 163/77.

Na Inglaterra, conquanto as empresas estatais estejam sujeitas a muitas das mesmas influências das empresas privadas, a empresa estatal não parece ser satisfatoriamente responsável perante ninguém, seguindo as empresas uma política comercial quase independente.<sup>95</sup>

No Brasil, quem o afirma é FRANCO DE CARVALHO, em tratando de empresas de telecomunicações, pela primeira vez, na Constituição de 1934, mandou-se que a lei federal disciplinasse “a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação”.<sup>96</sup>

Não há dúvida, que depois da Constituição de 1946, a intervenção que o art. 146 autorizava, buscava uma interpretação sistemática, ou em função da estrutura política do Estado.

Promulgada a Constituição de 1967, ampliou-se a competência da União, chamando a si a responsabilidade de exploração da atividade econômica através das empresas públicas.

A única inteligência do art. 170, compatível com o sistema da atual Constituição, é de que o seu objetivo, como aliás, resulta do seu contexto, foi o de possibilitar ao Estado amplitude de visão do problema econômico de natureza política.

Está perfeitamente conciliada a faculdade legislativa da intervenção no domínio econômico através das empresas públicas, ressalvados os direitos fundamentais.

Quando, portanto, o art. 163 se refere à intervenção por *lei federal*, não poderia está claro, ter em mente facultar ao legislador capacidade indeterminada de intervenção no domínio econômico.

É o que esclarece, de modo inequívoco o último período do citado dispositivo constitucional: “Quando indispensável por motivo de segurança ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa...”

95. C. R. CROSLAND, *Relações empresa pública — Governo na Grã-Bretanha*, loc. cit., págs. 178/85.

96. V. *As telecomunicações e seu regime legal*, trab. cit., loc. cit., pág. 10.

Ora, como conciliar então uma faculdade determinada de intervenção no domínio econômico, senão atendendo ao disposto no art. 170, e seus parágrafos, da Emenda n. 1, bastante elucidativo da posição do Estado?

Na conjunção que liga as duas situações, a do art. 163 e a do art. 170, a declaração constitucional é incisiva e categórica, não admitindo que a atividade administrativa de intervenção se execute, a não ser autorizada por lei federal.

Com respeito às telecomunicações, a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações antecipou a vontade do atual legislador constituinte, contrastando em grande parte com a Carta de 1946.<sup>97</sup>

Não há dúvida que, mesmo no interêsse da segurança nacional, a Constituição de 1967 submete, assim, em tôda a sua amplitude, a atividade administrativa ao contrôle da lei, ou à condição dela.

Naturalmente que, para instituir emprêsas públicas, a Administração se deve orientar pelo princípio da legalidade: a Administração jamais poderá agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas tão-sòmente dentro da condicionante constitucional.

Não está livre para, indiscriminadamente, constituir emprêsas públicas: a Administração só poderá atuar, portanto, com fundamento na lei, sob reserva da lei e mediante normas constitucionais estabelecidas em lei.

Na tradição do nosso regime constitucional se observa, quanto à Administração, o *princípio da legalidade*, e, quanto à legislação, o *princípio da constitucionalidade*.

É de lembrar, que a Constituição de 1934 organizou a *ordem econômica* dentro dos princípios da *justiça* e das *necessidades da vida nacional*, e só nesses limites garantiu a liberdade econômica.<sup>98</sup>

97. Entrou em vigor com a Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 52.026, de 20 de maio de 1963, e pelo Decreto n. 57.611, de 7 de janeiro de 1966.

98. Art. 115 da Constituição de 16 de julho de 1934.

Com a Carta de 1937, a intervenção no domínio econômico poderia ser mediata ou imediata, revestindo a forma do contrôle, do estímulo ou da gestão direta.<sup>99</sup>

Entre dois tempos políticos, sem quebra na evolução constitucional, a Constituição de 1946, permitiu a intervenção no domínio econômico e a monopolização mediante *lei especial*, sempre, porém, tendo por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais.<sup>100</sup>

Sòmente agora, as formas se vão configurando, tornando-se mais positivas, em face das circunstâncias que são outras: com a Administração alargando sua atividade em diferentes latitudes, sem qualquer alteração da estrutura jurídica ou transposição de planos econômicos.

## § 20 — CONCLUSÃO

Ocorre, como conclusão, compreender, que as pessoas públicas, ou administrativas, dentro em um critério de interpretação de normas, possuem campo de ação limitado por sua *especialidade*.<sup>101</sup>

É fora de dúvida que não podem ultrapassar essa *especialidade* sem incorrer em flagrante *ilegalidade*.

Para o Direito Administrativo *moderno* não há mais possibilidade de conflito entre o interesse público e o privado.

As dimensões que separam institutos assinalam uma certa adaptação das estruturas de direito público aos princípios do direito civil, que se manifesta, sobretudo, com a aplicação analógica de alguns preceitos particulares do Código Civil.<sup>102</sup>

Na realidade, no tocante às pessoas jurídicas públicas, ou administrativas, são elas organismos descentralizados estatais, a quem a lei confia a gestão de

99. Art. 135 (última parte) da Constituição de 10 de novembro de 1937.

100. Art. 146 da Constituição de 18 de setembro de 1946.

101. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 201.

102. ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 523.

determinado serviço público, ou de um conjunto de serviços públicos, afetando-lhes um patrimônio e uma estrutura orgânica administrativa.<sup>103</sup>

Essas pessoas, no dizer de BASAVILBASO, resultam do complexo fenômeno da intervenção estatal no domínio econômico, que se manifesta com maior persistência depois da primeira guerra européia: “esa intervención presenta diversas modalidades: algunas veces se traslada el ente del campo del derecho privado al del derecho público, otras sus funciones se transforman en públicas y por lo común, en la mayoría de los casos, el Estado deciede a la calidad de accionista u obligacionista”.<sup>104</sup>

FORSTHOFF anota, com clarividência, que as formas de direito privado e de direito público se entrelaçam e são intercambiáveis: se em algum caso particular pode ser especialmente preferível uma, falando em termos genéricos, é irrelevante para a atividade de *função pública* que se escolha uma ou outra forma jurídica.<sup>105</sup>

É o que se dá com as fundações, pessoas jurídicas privadas e chamadas de públicas.

O mesmo acontece com as emprêsas, chamadas de públicas, mas pessoas jurídicas privadas.

Independente de tôda aspiração de lucro, a intenção lucrativa que de ordinário caracteriza a atividade econômica de uma emprêsa pública não possui valor essencial com respeito às relações que sejam de direito privado.<sup>106</sup>

O característico do serviço empresarial público, pelo menos para o legislador brasileiro, coloca a função pública entre as atividades econômicas que exigem a intervenção estatal.

103. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 182.

104. *Idem*, pág. 195.

105. FORSTHOFF, *ob. cit.*, pág. 524.

106. *Idem*, *ibidem*.

Daí por que:

1) a mais recente legislação submete as empresas públicas à obrigações de direito público e, portanto, administrativas;

2) a atividade de função pública visa assegurar uma forma de ação comercial adequada às necessidades públicas;

3) essas empresas se acham, pela tutela, funcionalmente subordinadas à administração central estatal;

4) o direito material, senão as formas de organização privada, se vitalizam pelo exercício da função pública;

5) os meios de que dispõe a Administração para efetivação dos seus fins não são meios somente políticos ou públicos;

6) com a administração direta o Estado não se basta a si próprio para cumprir com os seus objetivos essenciais;

7) com a administração indireta, no caso as empresas e as fundações, as dimensões do serviço público se ampliam;

8) pela administração privada indireta o Estado usa de meios administrativos específicos conforme a especialidade;

9) o serviço público, delegado, concedido ou indireto, pode ser tanto regulado pelo direito privado como pelo público;

10) a extensão da Administração, na sua atividade econômica não se mede pelo valor das formas jurídicas utilizadas.

Como regra geral, os serviços públicos de uso comum, ou as coisas públicas de uso comum, se institucionalizam pela atuação administrativa e pela intervenção do Estado.

Não cessa a capacidade interventora do Estado nos limites da autonomia da pessoa privada e nem diminui o grau da responsabilidade estatal quando atribui funções ou delega poderes.

Capítulo **W**

As emprêsas públicas,  
organização e fins

Com a tutela autorizada por um princípio legal superior, as *empresas públicas* que não são muito novas expressões de *peçoas administrativas*, se constituem em *modos* peculiares de gestão dos *serviços públicos*.

Há uma profunda vinculação fática entre as *empresas públicas* e os *serviços públicos*: com atribuições de interesse geral, não obstante a personalidade privada, jamais contrariam elas os interesses estatais na chamada Administração indireta.

Quando o Estado cria *empresas públicas*, ou organiza *serviços* que delega às *peçoas privadas*, está usando daquele *poder* que BUTTGENBACH denomina de *tutela e administração*.<sup>1</sup>

Não prevalecem as implicações doutrinárias sempre que a manifestação da vontade estatal fôr expressa e válida, clara na determinação dos limites da autonomia do *serviço descentralizado*.

Num trabalho cuja importância é incontestável, CONFALONIERI justifica essa nova exigência que se ampara no desenvolvimento econômico e no interesse do Estado pela *empresa industrial*.<sup>2</sup>

Para o economista italiano, ocorre a necessidade de mobilizar *fôrça pública e privada*, no sentido inclusive da competência técnica, em favor de certos setores de *organização administrativa*.<sup>3</sup>

Com mais precisão, atendendo à estrutura do *serviço público orgânico*, BUTTGENBACH, em acôrdo com LOUIS ROLLAND, recomenda que não se confundam as *empresas privadas* com as *empresas públicas de interesse geral* e que são comuns às categorias administrativas.<sup>4</sup>

1. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale des Modes de Gestion des Services Publics, en Belgique*, pág. 198.

2. ANTONIO CONFALONIERI, *Il Finanziamento delle Imprese Pubbliche*, pág. 26.

3. CONFALONIERI, *ob. cit.*, págs. 26 e segs.

4. BUTTGENBACH, *Structure Sociale du Service Public Organique*, *ob. cit.*, págs. 31/3.

As similitudes por acaso existentes não contradizem com a personificação jurídica dos serviços administrativos exercitados em razão da teoria geral do serviço público.<sup>5</sup>

No tocante às empresas públicas não se pode teoricamente excluir o interesse do Estado, a dependência do organismo à organização estatal pela sua natureza de conteúdo jurídico.

Ao lado do interesse estatal que é público, há um interesse jurídico que é o da *forma* que melhor convém às empresas privadas e aquelas de serviço público.

Tão reais se tornaram as empresas públicas na organização administrativa do Estado moderno que a ninguém mais preocupa a intervenção do tesouro na formação do capital social.

Conseqüentemente, colocadas como estão na Administração indireta, ainda recebem financiamento e recursos da fazenda pública como e quando a lei assim determinar.

E, no entanto, a autonomia financeira, é a condição *sine qua non* de êxito e garantia de eficiência, desde que sem autonomia injustificam-se as empresas públicas na ordem administrativa.

### § 1.º — O SERVIÇO PÚBLICO ORGÂNICO

Construindo a sua *teoria do serviço público*, já em 1923, CARLOS GARCIA OVIEDO afirmava ser êle “el eje sobre que gravida el moderno derecho administrativo”.<sup>6</sup>

Nada mais exato em fins dêste século: “determinar su noción, las normas jurídicas que le presiden, las relaciones de derecho que origina, el régimen de su creación y organización” são os pormenores indispensáveis de um sistema que dá o que de essencial existe no Direito Administrativo.<sup>7</sup>

5. BUTTGENBACH, ob. cit., pág. 34.

6. V. *La Teoría del Servicio Público*, pág. 5.

7. GARCIA OVIEDO, ob. cit., pág. 5.

Muito antes, ADOLFO POSADA, ainda no século passado, escrevia que a *função administrativa* se resolve concretamente em *serviços* e que a Administração é um *sistema de serviços*.<sup>8</sup>

Assim entendendo, tôda relação de Administração resulta da ação de atividade do Estado que se realiza por intermédio de *pessoas* na medida em que crescem e multiplicam as necessidades públicas.

Com a transcendência do conceito e o aumento das funções estatais, ganhou realce não só a importância dos serviços departamentais administrativos, mas tôda uma série de complexas atividades que fora do Estado se prestam à satisfação das mais variadas necessidades.

O que parecia um exagero de JÈZE tornou-se em realidade no mundo atual: marcou o jurista francês época na história somente por dizer que o Direito Administrativo é o *direito concernente aos serviços públicos*.<sup>9</sup>

Considerado o serviço como uma atividade direta ou indireta do Estado, própria do poder público ou por êle delegada, no seu desenvolvimento hitórico adquiriu conceito orgânico ou de *organismo*, passando a definir-se por um regime jurídico característico e peculiar.<sup>10</sup>

Muito bem pondera BUTTGENBACH:

“Le caractère d’organisme administratif ou économique par lequel nous abordons la définition du service public organique n’envisage pas sa nature ou son régime juridique, mais uniquement sa structure sociale.”<sup>11</sup>

Com o avanço das técnicas modernas de administração, o serviço público tornou-se em missão do poder público: em *missão-função* de prestar, fazer e executar alguma coisa que diga com o interêsse ou a necessidade públicas.

8. POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 3.

9. A célebre obra de GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux de Droit Administratif*, foi publicada em Paris, no ano de 1914.

10. BUTTGENBACH, *Théorie Générale du Service Public Organique*, ob. cit., pág. 31.

11. Idem, *ibidem*, pág. 36.

No seu conceito genérico de *público* o fim está sempre presente, como a pessoa que o realiza efetivamente, como a maneira de como é prestado e o regime jurídico que o regulamenta.

Em sentido amplo, menor importância tem a *maneira* de como é o serviço prestado, mas importa, desde os ensinamentos de PRESUTTI, que sejam atendidos aqueles prestados pelos órgãos estatais e também aqueles prestados pelos particulares ou entidades autônomas.<sup>12</sup>

Quanto ao regime jurídico cabe ao Estado dizer qual êle seja, tendo em mira os interesses que são gerais e concretos, tanto no plano pròpriamente administrativo, como também no campo social, econômico ou político.

Na verdade, portanto, observado o corpo político de uma nação pela sua organização administrativa, pode-se dizer que na organicidade dos serviços está a sua regularidade e continuidade ou a obrigação de assegurar o seu permanente funcionamento.<sup>13</sup>

No Brasil, como exemplos de estrutura orgânica, temos recentemente reorganizados os serviços ferroviários, de correios e telégrafos e a Caixa Econômica Federal, dentro em princípio garantidor da unidade estatal e sem quebra da personalidade peculiar.

Chegamos um pouco tarde à lição de HAURIOU segundo a qual o serviço público é, entre outras especificações, um *serviço técnico* onde a atividade jurídica se associa à atividade técnica.<sup>14</sup>

No gênero *serviço público* estão hoje integradas as empresas públicas como entidades orgânicas que participam na ação do governo com respeito à intervenção do Estado na ordem econômica, para organizá-la em consonância com os princípios do equilíbrio social.

12. V. *Istituzione di Diritto Amministrativo Italiano*. vol. I, pág. 202.

13. BUTTGENBACH, *La Loi de Régularité et de Continuité du Service Public*, ob. cit., pág. 77.

14. V. *Précis de Droit Administratif*, pág. 44.

## § 2.º — AS EMPRESAS PÚBLICAS COMO FENÔMENO DA NOSSA ÉPOCA

No relatório apresentado ao Congresso Internacional de Ciências Administrativas, realizado na França (Paris) em julho de 1965 NICOLA BALOG enfatizava:

“As empresas públicas são consideradas, em todos os países, um fenômeno característico de nossa época”, para dizer que,

1) este fato é a consequência da expansão progressiva do setor público da economia, bem como da ampliação do seu papel, no curso dos últimos decênios, em particular nos países em desenvolvimento;

2) estas empresas fazem parte integrante da organização social e econômica dos Estados modernos, quaisquer que sejam, em geral, os fundamentos ideológicos e filosóficos sobre os quais repousa sua estrutura sócio-econômica e jurídica; e

3) mesmo quando se trata de países cuja organização sócio-econômica é idêntica ou análoga, no que concerne aos conceitos, à extensão, ao papel geral e às funções, a expressão desta realidade varia condicionada pelas exigências do meio social.<sup>15</sup>

Não há dúvida para o administrativista iugoslavo NICOLA BALOG, ativo participante do congresso de Paris, que as empresas públicas onde existam se assemelham no que tange aos princípios e às técnicas,<sup>61</sup> possibilitando comparações.

Ainda que nos países socialistas, como diz o professor de Belgrado, apresentem certo número de características, a diferença resulta da diversidade dos sistemas

15. NICOLA BALOG, *A Organização Administrativa das Empresas Públicas*, RDA, vol. 87/45.

16. “Mas tais diferenças, que resultam da diversidade dos sistemas aplicados, não tornam impossível certas comparações, notadamente no que tange aos princípios e às técnicas aos quais se tem recorrido para a organização das atividades econômicas, que, na hora atual, são frequentemente exercidas pelas empresas públicas” (BALOG, *trab. cit.*, RDA, vol. 87/45).

aplicados e que resultam da organização das atividades econômicas.<sup>17</sup>

Com respeito às formas jurídicas e de organização, ou dois meios de que a Administração dispõe para o cumprimento dos seus fins, ERNST FORSTHOFF lembra o seguinte quadro sistemático:

I — *Administração soberana com meios próprios*: a) diretamente através de organismo competente; b) por intermédio de um órgão administrativo autônomo de direito público;

II — *Administração privatística com meios administrativos próprios*: a) diretamente através de organismo competente; b) por uma pessoa jurídica que pode ser de direito privado.<sup>18</sup>

É com certa razão, o que serve para dar posição à empresa pública no direito comparado, que FORSTHOFF fala em *direito de organização* em sentido amplo, por onde a relação jurídica afeta todos os fenômenos de organização dentro da esfera estatal.<sup>19</sup>

Isso implica em constatar que a empresa pública é uma forma de organização da Administração, sendo a sua atividade também administração no sentido funcional.<sup>20</sup>

Tudo muito simples: a empresa se chama pública quando mantida pela Administração pública, como quer FORSTHOFF.

Mantida sem personalidade jurídica própria, como instituição pública com capacidade de direito ou como sociedade com capacidade jurídica de direito privado.<sup>21</sup>

17. No campo do direito comparado, considerando a contribuição estatística, é de lembrar o trabalho de ANTONIO CONFALONIERI, aqui citado, e editado em Milão no ano de 1963.

18. V. *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 527.

19. FORSTHOFF, ob. cit., págs. 545 e segs.

20. Idem, pág. 659.

21. Idem, pág. 663.

### § 3.º — A TEORIA ECONÔMICA DO SERVIÇO PÚBLICO

Vale aqui lembrar, como argumento válido de esclarecimento histórico, a posição assumida por HENRY LAUFENBURGER:

“A maior parte dos juristas emprega a palavra *serviço público* no sentido o mais amplo. Para uns, como JÈZE, compreende todo Direito Administrativo. Em sua acepção jurídica, o serviço público corresponde a uma necessidade geral administrativa ou política da coletividade e que requer proteção no sentido do interesse geral.”<sup>22</sup>

Não é sem razão, pois, que GUSTAVO CASSEL, aponta a diferença essencial que existe entre os *modos*, econômico-social e econômico-privado de manejar os problemas econômicos.<sup>23</sup>

Essa diferença, para CASSEL, é realmente tão grande, que uma posição perfeitamente correta na economia *privada* pode ser absolutamente falsa caso adotada na economia *social*.<sup>24</sup>

Por exemplo: para o indivíduo (empresa privada ou particular) é, sem dúvida, vantajoso possuir mais dinheiro, para uma sociedade (empresa pública) não, pois “muito do que é possível do ponto-de-vista da economia privada, será impossível quando se estenda ao conjunto da economia social”.<sup>25</sup>

Não é de agora, portanto, que o Estado deve proteger o interesse público e geral, sempre que a iniciativa privada se demonstre incapaz de assegurar à coletividade a satisfação das suas necessidades.

Por serviço público, na sua acepção econômica, entendem-se aquelas satisfações *imateriais*, exigíveis de uma maneira permanente e constante, mas sempre vinculada ao exercício normal de uma necessidade imaterial de interesse geral.<sup>26</sup>

22. V. *La Intervención del Estado en la Vida Económica*, págs. 32/3.

23. V. *Pensamientos Fundamentales en la Economía*, pág. 14.

24. G. CASSEL, ob. cit., pág. 14.

25. Idem, idem.

26. HENRY LAUFENBURGER, ob. cit., pág. 33.

A lição que se depreende da experiência, considerando a ação das empresas públicas com respeito às causas econômicas, torna evidente o aspecto ofensivo e a atividade estimulante do Estado para a organização de serviços marcadamente inscritos na ordem econômica.

Não se trata propriamente de intervenção na estrutura econômica, tampouco de intervenção nacionalizante dos meios de ação econômica, mas de integração do Estado no domínio privado influenciado por considerações de serviço público.

Franqueia-se, assim, no dizer de LAUFENBURGER, a fronteira do domínio privado ao amparo do monopólio, como finalidade de direção e orientação em determinados setores.<sup>27</sup>

Com esse comportamento, o Estado atua econômica, material e moralmente, trazendo para os serviços públicos que sejam essenciais, condições que correspondam à economia nacional e ao bem público.

Para a chamada teoria econômica do serviço público, as empresas públicas não se podem perfazer conseqüentemente, sem que nelas se integre a vontade do Estado como poder econômico.

Esse elemento, *a vontade do Estado como poder econômico* é absolutamente essencial, isto é, integrante do próprio conteúdo orgânico jurídico das empresas públicas.

A tutela administrativa e a descentralização econômica passam a representar o melhor sistema ou o sistema mais adequado de conciliação entre a vontade do Estado e os interesses gerais, coletivos e sociais.

Os elementos oferecidos, para a configuração das empresas públicas no tocante aos serviços públicos, são os mesmos de que se valem as legislações no direito comparado.

Não podemos, quanto às empresas públicas, considerar apenas o problema de um ponto-de-vista exclusivamente doutrinário ou teórico, mas também de um ponto-de-vista concreto e prático.

27. LAUFENBURGER, ob. cit., pág. 243.

Já lembrou LUIS DELGADO que o “Estado chama a si tarefas que poderiam ser executadas por outrem, considerando, ao fazê-lo, que não surge ninguém para executá-las ou para executá-las de maneira adequada e bastante”.<sup>28</sup>

#### § 4.º — O ESTADO EMPRESÁRIO

Na relação administrativa está o sentido de dever, de obrigação, de obrigatoriedade no desempenho da atividade pública, o princípio da continuidade do serviço público.

É o que diz de igual forma CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “o interêsse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação. Também por isso não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo, noção muito encarada pelos autores. São obrigadas a desenvolver atividade contínua, compelidas a perseguir suas finalidades públicas”.<sup>29</sup>

Com efeito, um serviço público prestado pelo Estado não se torna público pelo fato de interessar coletivamente, mas pela circunstância de atender a fins que correspondam ao regime administrativo adequadamente estabelecido.

Importa as noções em que se embasa, o regime de direito que disciplina as regras que o legislador adotar para reputá-lo ou não dentro das regras de direito privado ou público.

Assim nasce formalizada a empresa pública, ficando o Estado como empresário, tão-sòmente porque o legislador acolhe, “no sistema normativo que constrói, os princípios que deseja vigorantes”.<sup>30</sup>

Partindo do geral para o particular, as empresas públicas serão sempre as geridas pelo Estado, “segundo

28. V. *Autarquias: Função Social e Aspectos Jurídicos*, pág. 62.

29. V. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*, RDA, vol. 89/20.

30. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *trab. cit.*, loc. cit., vol. 89/29.

formas e dentro de limites determinados”, pois sua autonomia decorre de uma delegação de poderes operada pelo próprio Estado no quadro de seus poderes administrativos.<sup>31</sup>

Com respeito à autonomia de gestão ou de ação nada há que evidencie maior importância: pode a autonomia ser maior ou menor nos níveis legais, resultante que surge da conveniência do Estado quanto à extensão dos meios para a consecução dos fins previstos.

Não obstante o regime próprio de cada país, a variedade das atribuições estatais conforme os sistemas políticos, não cabe desconhecer que a característica definitiva que informa o *serviço público* não é outra senão aquela de natureza empresarial.

Nessa característica está o elo entre o *serviço público econômico* com o serviço administrativo e político, impondo obrigações jurídicas às empresas e definindo a orientação que devem adotar.

Convém sublinhar, com o Estado empresário, dentro de um plano econômico geral, que as empresas públicas não são necessariamente diferentes e nem se apresentam conflitantes na legislação comparada.

A posição estatal é sempre a mesma para os elementos jurídicos obrigatórios que formam as empresas públicas: são só efeitos que podem não ser iguais ou estar harmonizados, tendo em vista princípios de economia planificada face ação política de maior ou menor amplitude.

## § 5.º — O PROBLEMA DA AUTONOMIA

Em tese, o poder de dar *autonomia* às empresas públicas, tendo em conta confiná-las às exigências do exato cumprimento dos seus fins, é tão-somente um problema de controle administrativo ou de tutela exercitável nos moldes que a legislação indicar.

Na autonomia está o controle que exige seja a Administração informada sobre o comportamento das empresas, vinculando-se a autonomia ao princípio do controle administrativo ou tutela.

31. NICOLA BALOG, trab. cit., loc. cit., vol. 89/35.

Não é aqui a autonomia princípio que favoreça a livre disponibilidade dos interesses públicos, mas princípio que consagra atividade que cumpre à lei regular através da Administração.

Em larga conceituação, aceitando-se as empresas públicas como pessoas administrativas, criando o Estado essas entidades de interesses públicos, impossível será deixar de considerar o regime a que estão submetidas e que "fraciona a unidade de manifestação administrativa".<sup>32</sup>

No entanto, para bem caracterizar a autonomia, basta que a empresa pública seja entendida pela configuração da sua personalidade jurídica, tanto no plano civil, como no plano comercial e penal.

Já que o patrimônio das empresas públicas pertence ao Estado, cabe ao poder estatal não só dar a elas a *forma de organização*, mas a maneira pela qual a autonomia se vincule ao *princípio da responsabilidade*, que por sua vez está vinculado ao *reconhecimento da personalidade jurídica*.

O controle, no sentido da autonomia, tem, por finalidade, verificar a eficácia da gestão delegada e em razão de uma delegação de poderes expressamente determinada.

Não há dúvida, observando a legislação comparada, hoje histórica, que a maior ou menor autonomia é *matéria de conveniência*, podendo, ou não, ser concedida, dependente da natureza da empresa, ou conforme os objetivos que lhe foram legalmente atribuídos.<sup>33</sup>

Explicitando melhor, na base do ato criador das empresas públicas, aparecem dois elementos: um de ordem administrativa e natureza estatal, como manifestação de vontade pública, e outro imperativo, nascido da lei que reconhece a existência dessas entidades.

Dentro, portanto, do círculo jurídico determinado, a autonomia tem seu campo próprio para ativar-se, sem que nesse campo não se atendam as normas que se extrovertem da vontade do Estado.

32. A expressão é de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, trab. cit., loc. cit., vol. 89/21.

33. NICOLA BALOG, trab. cit., loc. cit., vol. 89/35.

O problema não consiste, certamente, em limitar a atividade das empresas públicas, mas em fazer que a vontade estatal planejada garanta a boa execução permanente dos serviços públicos.

As implicações do controle e a sua extensão não atentam contra os critérios da autonomia, variam de legislação para legislação, de país para país, se fazem conforme com os regimes jurídicos ou políticos, porque adequados às exigências naturais de tratamento econômico peculiar.

### § 6.º — AS EMPRESAS PÚBLICAS NO PLANO DA REALIDADE COMPARADA

Há uma multiplicidade de posições jurídicas para o entendimento das *empresas públicas* no plano internacional da realidade político-econômica comparada.

Pode mesmo dizer-se que não existe um único sistema ou uma única doutrina procurando explicar tipologicamente as diferentes posições assumidas pelo Estado no que tange à criação de empresas públicas.

Num ponto, porém, as tendências se harmonizam diante da realidade comparada: na planificação que se tornou naturalmente obrigatória para o desenvolvimento da economia e setores dela.

Com a planificação como fenômeno administrativo normal, ganham vulto os objetivos econômicos através das empresas públicas consideradas essenciais na execução dos planos econômicos.

Já antes de 1933, com o que FLEINER chamava de “moderna transformação do direito constitucional”, era possível conceber-se a ampliação da esfera de competência das autoridades administrativas até fora própria-mente da *matéria administrativa*.<sup>34</sup>

Recorda o jurista alemão as decisões que em forma de lei emanam dos órgãos legislativos com o objetivo de organização das chamadas empresas de interesse público, permitindo às autoridades legislativas participarem diretamente da Administração.<sup>35</sup>

34. V. *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 15.

35. FRITZ FLEINER, ob. cit., pág. 15.

A larga experiência foi anotada por CONFALONIERI, em nações de organização política diferenciada como a França, Grã-Bretanha, Estados Unidos, Áustria e Itália, com a apresentação de resultados sobejamente conhecidos e bastante satisfatórios.<sup>36</sup>

Apenas conotações díspares se apresentam quanto à feitura do estatuto jurídico que rege essas empresas, ou melhor, quanto às suas condições jurídicas, econômicas e financeiras que possam realmente constituir o quadro no qual atuam o controle e a gestão administrativa.

### § 7.º — A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Considerando que a competência para declarar o *direito* seja aquela que é própria das autoridades legislativas, ressalte-se a grande diversidade com relação à organização interna e a gestão das empresas públicas, inclusive com respeito à estrutura dos órgãos administrativos ou de gestão de nível superior.

Apesar do problema, afirma BALOG que podem ser discernidos certos grupos gerais, dentro dos quais todos os tipos de empresas públicas podem ser classificados a grosso modo, distinguindo-se três categorias principais, que compreendem:

a) as empresas cuja direção de nível superior é organizada como a das sociedades comerciais privadas;

b) as empresas que têm, à sua frente, um conselho de administração; e

c) as empresas dirigidas por uma só pessoa, como as que predominam nos países socialistas.<sup>37</sup>

Mas nunca é possível ampliar a competência da Administração, sem que se ditem disposições de caráter geral e também particular para tarefas certas de efeito público-administrativo.

Não basta a vontade do Estado para determinar o caráter jurídico de uma empresa pública, caso esse

36. ANTONIO CONFALONIERI, ob. cit., *Introduzione*, págs. 7 e segs.

37. NICOLA BALOG, trab. cit., loc. cit., vol. 90/30.

caráter jurídico não encontre amparo na competência legislativa.

A circunstância de que uma determinada empresa seja qualificada como *não industrial*, não prejudica a lei na sua faculdade de submeter o direito privado a relações públicas especiais.

A regra da competência legislativa que deve ser *geral* não invalida a Administração na sua faculdade de gestão e autoridade ou na prática legal de direitos e obrigações.

Aqui, no caso das empresas públicas, a Administração aproveita dos meios jurídicos que a lei coloca à sua disposição, como há pôsto pelo Código Civil à disposição das pessoas privadas.

Na verdade, é através da competência legislativa que o direito público e o direito privado se harmonizam, se interpenetram e se complementam, em face de relações que são jurídico-públicas.

Não fôsse o Estado constitucional moderno um Estado de direito escrito e, portanto, legislativo, o sistema quem sabe outro fôsse, onde a presença legal não apresentasse tanta importância, tornando, assim, possível, que as empresas públicas só possuíssem estrutura administrativa.

### § 8.º — A ESTRUTURA DAS DIFERENTES EMPRESAS PÚBLICAS

No exemplo das empresas públicas geridas como sociedades privadas (existem no Brasil, França, Israel e Áustria), a legislação procura o retrato das sociedades por ações.

A empresa é quase sempre administrada por um conselho de administração, composto de número incerto de membros, como mandato por tempo certo variável, em regra conforme a lei recomendar.

Dentro da tradição e da boa técnica administrativa, à frente do conselho há a figura de um presidente: recomenda-se essa figura pela necessidade da centralização e do contrôle interno.

Releva notar, apenas por motivo de prudência, que os modos de designação dos órgãos diretivos ou dos membros de direção não são os mesmos, variando de nação para nação.

O que importa, na estrutura das diferentes empresas públicas, são as funções exercidas e por lei delegadas.

Os critérios consagrados, de nomeação ou de escolha diretivas não assumem qualquer importância no aparelhamento administrativo.

Em matéria de controle das operações, as empresas públicas dispõem de instrumentos próprios: com raras exceções, que surgem do direito comparado, esse controle é exercido por órgãos de fiscalização geral interna encarregados da normalidade administrativa.

Buscando analisar a situação nos países que recorreram ao recurso das empresas públicas para descentralizar serviços, apenas evidencia-se a sensível diferença de órgãos e métodos de controle.

Além dessa diferença, que é de capacidade, de direito e de fato, as empresas públicas, como pessoas administrativas, apresentam traços característicos de atividade vinculada ao poder estatal.

São os *traços característicos de atividade vinculada* que diferenciam cada estrutura de cada empresa pública, considerado de plano o regime jurídico assentado no sistema político-administrativo.

## § 9.º — O CONTRÔLE ADMINISTRATIVO

Como pessoas administrativas as empresas públicas na sua base estrutural possuem:

- a) poderes de direito público;
- b) atividade administrativa impessoal;
- c) competência de direito público;
- d) extensão medida de poder;
- e) direito subjetivo à competência;
- f) atribuições incumbentes delegadas; e
- g) reserva legal de autonomia.

Surgem elas:

1.º) como manifestação da descentralização governamental;

2.º) como forma de pluralização ou divisão do trabalho administrativo; e

3.º) como espécie de multiplicação de órgãos públicos de natureza privada.

Dai, necessariamente, diante da administração central, no que concerne à organização das empresas públicas, o controle interno e a tutela administrativa.

Quando se apresentam como pessoas jurídicas criadas pelo Estado, porém, funcionalmente distintas dele, supõem subordinação de hierarquia administrativa indispensável à unidade estatal.

Como explica BALOG, no México, os principais meios de controle são os relatórios financeiros, as contas orçamentárias e os dados estatísticos.<sup>38</sup>

Em regra geral, tanto nos países socialistas como nos países de economia dirigida ou liberal, os elementos de controle se assemelham através da apreciação da legalidade das contas financeiras.

A par, portanto, da relação de administração, coexistem quase invariavelmente,

1.º) o controle interno; e

2.º) a tutela administrativa.

Tendo em vista as regras jurídicas de onde procedem as empresas públicas, conclui-se que a condição existencial delas, relativamente ao Estado, é uma posição filiada ao conceito de serviço público.

## § 10 — A TUTELA DO CONTRÔLE EXTERNO

França: o controle externo é exercido jurisdicionalmente pelos Ministros e pela chamada Comissão de Verificação das Contas das Empresas Públicas.

Rússia: o controle externo está sujeito anualmente ao Conselho de Economia Nacional, verificando-se a lega-

38. Trab. cit., loc. cit., vol. 90/50.

lidade das operações pelos órgãos jurisdicionais estatais de controle.

Estados Unidos: o controle externo é o exercido pelo Congresso, pela Presidência ou pelos órgãos controladores do orçamento e verificadores gerais das contas.

Brasil: o controle externo é administrativo e jurisdicional, considerando o que obrigatório ficou por lei, em geral com o exame das contas pelo Tribunal de Contas da União para cada exercício.

Como tônica comum, o Estado influi sobre a gestão das empresas públicas, numa influência manifesta, que quase se identifica assemelhando sistemas e regimes jurídicos, objetivando, no plano econômico geral, os programas adotados de desenvolvimento.

A intervenção estatal pode aumentar ou reduzir a atividade das empresas públicas, sobretudo no que diga respeito ao controle interno e à tutela administrativa.

A questão do controle externo, principalmente, em sintonia com a autonomia e a independência das empresas públicas, está vinculada ao problema legal ou aos limites que a lei determinar.

Estamos com BALOG: "quase não há diferenças essenciais entre os diversos países, no que concerne à constituição das empresas públicas."<sup>39</sup>

Está na lei, ou é o legislador quem diz, sobre o tipo de empresa pública a adotar, estabelecendo-se critérios de responsabilidade, de controle e de tutela.

Mas o fato possível de existirem diferentes tipos de empresas públicas não implica na inexistência do controle externo: as regras jurídicas, apesar das variações, estabelecem sempre que a tutela importa na fixação de responsabilidade que define direitos e obrigações.

Na maioria dos países mostra-se a constância da tutela do controle externo, pois sempre é o legislador (ou a lei) que impõe a forma em razão da exigência de fatores peculiares.

É necessário, porém, considerar na ordem jurídica as implicações de natureza política: implicações que alte-

39. Trab. cit., loc. cit., vol. 88/41.

ram em termos relativos a limitação ou a extensão do controle externo.

Uma conclusão salta lógica da análise comparada: a forma estatutária-jurídica das empresas públicas quanto à tutela não é outra senão aquela definida por lei.

### § 11 — PRINCÍPIOS E OBJETIVOS

No Brasil, as empresas públicas que já existem são todas sociedades de direito privado submetidas às normas do direito comercial e orientadas pelo Direito Administrativo.

Pontos há que ressaltar:

- a) o regime financeiro é condição do estatuto jurídico;
- b) o capital é aquêle atribuído pelo Estado através de condição legal;
- c) o patrimônio é público-estatal;
- d) as atividades comerciais visam o lucro;
- e) a não rentabilidade pode ser suprida pelo Estado por motivo do interesse público;
- f) sob o ângulo do interesse público produzir lucro não é finalidade essencial;
- g) o lucro produzido importa, quando reinvestido, que satisfaça as necessidades e fins do serviço;
- h) o plano das empresas públicas é plano de economia nacional e global;
- i) os fins econômicos se harmonizam com os objetivos políticos.

Nas empresas públicas prevalecem:

- 1.º) de maneira *direta* os fins econômicos e os objetivos políticos; e
- 2.º) de maneira *indireta* os fins financeiros e os objetivos sociais.

Quanto aos objetivos políticos são eles fundamentais em qualquer país que pretenda assegurar o equilíbrio ou a independência econômica.

São considerados como *princípios* de importância nacional, principalmente nos países socialistas ou nos países onde o capital estrangeiro se conflita com os interesses econômicos nacionais.

Em qualquer nação: as empresas públicas pretendem, em princípios e objetivos jurídico-estatutários, colaborar no plano político para o desenvolvimento econômico e social.

Por essa razão cabe ao Estado obediência aos preceitos do Direito Administrativo coordenar êsses princípios e objetivos em defesa da execução de uma política econômica de regra governamental.

Inclusive com respeito às atividades econômicas não lucrativas que digam com o interesse público ou afetam a harmonia necessária do desenvolvimento social.

## § 12 — A EXTENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Não era preciso que reafirmasse SCHWARTZ ser o Direito Administrativo “o desenvolvimento jurídico mais notável do século XX, refletindo na lei a hegemonia do setor executivo do Governo”.<sup>40</sup>

Administrativistas ilustres, como por exemplo BASAVILBASO, limitaram-se ao método clássico de conhecimento dos problemas administrativos, sem bem compreender a sua manifesta evolução.<sup>41</sup>

Não se admite exclusão mais do contrôlo governamental das atividades particulares que pretendem a satisfação das necessidades coletivas, mesmo que a Administração conceda ou delegue poderes.

Mas nisto acerta BASAVILBASO: “*la conversión de los servicios públicos impropios o empresas reglamen-*

40. “Na verdade, tão importante para o estudioso do Direito Administrativo quanto a tremenda extensão de sua matéria é o amplo interesse público demonstrado por ela nos últimos anos” (BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, pág. 346).

41. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo — Análise de los elementos esenciales del serviço público* vol. III, págs. 50 e segs.

*tadas em servicios públicos propiamente dichos, depende de la voluntad del Estado.*" 42

Bem entendendo os serviços públicos em razão da satisfação das necessidades coletivas, a atividade direta ou indireta da Administração Pública transforma-se em conceito primeiríssimo.

Não só a vontade do Estado de ser considerada, mas também a *realidade* imposta pelo interêsse coletivo como fator preponderante para a harmonia da ordem jurídica em determinado regime político.

Quanto à expressão *atividade*, na prática corresponde a *ação* e *prestação* ao mesmo tempo, sem as obrigações de *polícia* que BIELSA entendia indispensáveis para a defesa da ordem pública. 43

Não resta dúvida que a atividade administrativa (público-política) é uma *atividade estrutural*: de unidade na diversidade, de pluralidade na unidade, consubstanciando o interêsse geral que em nada diverge da necessidade geral ou necessidade coletiva.

Irrelevantes as distinções conceituais para ajuizar situações que finalisticamente são idênticas no sentido de pretender-se separar o que é coletivo do que é geral, o que é interêsse do que é necessário.

Para o Direito Administrativo *moderno*, na sua extensão de atividade real e ampla, tanto o processo de direito público como o processo de direito privado são instrumentos jurídicos hoje normais, regulares, indispensáveis, vinculados à estrutura constitucional.

Falando em *processo de direito público* não se está enfaticamente excluindo o *processo de direito privado*: ambos os processos apenas se distinguem por um regime jurídico especial, sem que a Administração queira subordinar interêsses particulares ao interêsse geral. 44

42. BASAVILBASO, ob. cit., vol. III, pág. 51.

43. V. *Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 156.

44. Não se trata, em parte agora contrariando a lição de GASTON JÊZE, de distinguir o regime jurídico especial do processo de direito comum (v. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, vol. I, pág. 15), mas de demonstrar pela prática o que o Direito Administrativo *moderno* amplia executòriamente para atingir a plenitude dos fins estatais.

Estão aí flagrantes os exemplos das fundações (que alguns querem públicas) e das empresas públicas: ambos os institutos instrumentos de *processo privado* através dos quais assegura o poder público a satisfação das necessidades coletivas.

### § 13 — DESENVOLVIMENTO E MODOS DE SERVIÇO

A extensão dêsse domínio do Direito Administrativo não se constitui numa questão caracterizadora da ação dos Executivos fortes: acentua-se, qualquer seja a estrutura constitucional-política, pelo próprio *desenvolvimento* no campo de atividade dos poderes públicos.

Tanto haja para as empresas públicas o controle parlamentar ou o controle jurisdicional, praticamente elas se criam e se conduzem por iniciativas legais tomadas em virtude da influência econômica sobre as atividades governamentais e administrativas.

Quer isso dizer que, não obstante a importância do *contrôle*, não falando em transferência de responsabilidade, as iniciativas tomadas visam planos a atingir a plenitude da vida econômica.

É papel do Executivo a intervenção pelo Estado em domínios cada vez mais técnicos e que atuam cada vez mais profundamente na vida econômica: não basta que os instrumentos de ação se limitem ou se restrinjam a graus mínimos de formulações, especialmente no âmbito da ação governamental.

Administração e desenvolvimento são expressões atualmente conjugadas para um mesmo fim dentro em tendência onde a intervenção legal do Estado possa multiplicar iniciativas não só monopolísticas, mas iniciativas que resultem da pressão marcada pelo interesse geral.

A ação da Administração manifesta-se sobretudo *têcnicamente* numa gama de tendências que procuram encontro com o *desenvolvimento* na elaboração de programas de estabilidade e de continuidade que em nada contrariam as relações jurídicas indicadas pelo Direito

Administrativo na variedade das suas implicações de ordem jurídica e natureza econômica.<sup>45</sup>

O progresso da Administração tem sido rápido porque não opera ela com elementos equívocos: acelerada pela dinâmica social, pela massificação e tecnização, obriga os governos a considerá-la como instrumento lógico-econômico que não pode expressar-se senão através de um comportamento operacional prático e fundado na pressão da realidade.

O encontro da Administração com a Economia e a Sociologia, transforma-se num encontro de *trabalho administrativo* por onde os preceitos progmatícos assumem visualização investigatória do contexto social ou de conhecimento científico da estrutura das instituições.

A capacidade de ver o *fato nôvo* quando ainda em plena evolução e de perceber-lhe a importância tem sido uma constante do pensamento jurídico: no estudo da relação jurídica entre Direito, Economia e Sociologia está a explicação da realidade móvel em que vive o Estado.

Para PEDRO DELFINO o fenômeno administrativo se expande do setor privado ao setor público, tornando difícil entender a Administração isolada do contexto social.<sup>46</sup>

GARCIA OVIEDO já antecipava em 1923: “en la organización de los servicios públicos debe, pues, el Estado realizar una labor de equilibrio, de ponderación, respetando la iniciativa y competencia de las fuerzas individuales, pero mostrando su actuación en todas aquellas esferas a que dichas fuerzas no alcancen. Es, por lo demás, una necesidad inexcusable del sistema económico que rige al mundo moderno.”<sup>47</sup>

Um variado estudo publicado no Brasil pelos idos de 1959 levanta os mesmos problemas executórios-administrativos, que são nacionais, numa demonstração de

45. V. PEDRO DELFINO, *Administración y desarrollo*, La Plata, 1970.

46. DELFINO, *Introducción a la Teoría de la Administración*, págs. 46/7.

47. V. *La Teoría del Servicio Público*, pág. 33.

que os propósitos governamentais se identificam por força de uma política de satisfação dos interesses coletivos.<sup>48</sup>

Mas foi precisamente BUTTGENBACH que ampliou a visão jurídica das necessidades coletivas publicando a sua *teoria geral dos modos de gestão dos serviços públicos* na Bélgica, com a preocupação de personificar os serviços públicos administrativos, ou de dar significação à responsabilidade governamental quando no exercício dos poderes de tutela.<sup>49</sup>

Não há boa doutrina que não possa hoje entender que o desenvolvimento exige novos modos e novas atitudes, desde quando o Estado busca pelo *processo privado*, os meios mais capazes de com rapidez fazer funcionar serviços essenciais mesmo abandonando as regras tradicionais.

#### § 14 — O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO

Já insistimos com o caráter *público* dos organismos administrativos (ou, *lato sensu*, pessoas administrativas), com aquêlê sentido que lhes dá BUTTGENBACH de integração no Estado que “distinguent non seulement de l'entreprise privée mais aussi du service public virtuel ou de la gestion privée des services publics”.<sup>50</sup>

Não é, porém, pela distinção, que se exclui o papel da Administração, quanto às fundações, e, principalmente, quanto às empresas públicas criadas, organizadas e orientadas pelo Estado.

Constata-se que a realidade é mais forte na combinação daquelas exigências econômicas harmonizadoras do regime jurídico com a estrutura propriamente orgânica e social do Estado.

48. J. DJORDJEVIC, J. W. GROVE, J. E. HODGETTS, A. IOJRICH, PIERRE LAROQUE, ROY C. MACRIDIS e JEAN MEYNAUD, *O papel do executivo no Estado moderno*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Rio, 1959.

49. ANDRÉ BUTTGENBACH, ob. cit., Prefácio de HENRI MATTON, Bruxelas, 1959.

50. BUTTGENBACH, ob. cit., pág. 35.

Não se argumente com a liberdade de comércio e de indústria expressa como princípio nos textos constitucionais, tão-sòmente porque os serviços monopolizados (telecomunicações, correios e telégrafos e Caixas Econômicas) são atividades reservadas ao poder público.

São serviços que objetivam diretamente a unidade e que não podem evidentemente sofrer nem excepcionalmente delegação legislativa através privilégios que atentem contra o geral interêsse público.

Transpondo a *teoria geral das obrigações* para o Direito Administrativo, num trabalho de profunda pesquisa que aproxima a *causa* em direito civil da *causa* em Direito Administrativo, MARCEL WALINE se fixa em considerações, reconhecendo que há a necessidade de uma *causa* para a validade das obrigações assumidas pela Administração.<sup>51</sup>

Todavia, a causa no Direito Administrativo alcança, além do que pretende WALINE, efeitos na jurisdição administrativa que não se assemelham aos efeitos civis, tendo em conta que a extinção das obrigações decorre da lei e das condições obrigacionais que a lei determinar.<sup>52</sup>

As regras do direito civil aplicadas nos casos concretos tornam, está claro, a Administração responsável, mas não tiram do Estado sua fôrça de vontade compatibilizada sempre com o interêsse público maior.

No limite da competência exclusiva do legislador, obedecidos princípios determinativos que são legais, o serviço público é criado, organizado e suprimido, não importando qual seja o processo adotado ou os modos de gestão quanto aos fins e ao funcionamento.

A importância do papel da Administração depende, primeiramente do seu *poder regulador*, em virtude da incidência do tecnicismo nos casos de intervenção do Estado: certamente que a ação administrativa manifesta-se sobretudo onde haja a pressão contínua do interêsse público.

51. WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif. De la cause en Droit Administratif*, págs. 612 e segs.

52. WALINE, ob. cit., Título III, pág. 621.

Sem dúvida, as empresas públicas (e as fundações), como categoria de órgãos descentralizados, refletem não só a oportunidade do serviço público, mas geralmente uma tendência a mobilizar a Administração com maior segurança e melhor conhecimento das necessidades coletivas.

Outro fator essencial do papel que realiza a Administração está no regime jurídico que adota: criando as pessoas, organiza uma divisão de competências entre o poder central e as entidades descentralizadas, divisão essa que não é propriamente uma partilha e nem um dualismo porque não prescinde jamais do controle ou da tutela legal.

### § 15 — O FENÔMENO ADMINISTRATIVO

Quanto ao fenômeno administrativo nem sempre é novo diante da história, porque:

a) funda-se num conceito de administração que isolar-se não pode do contexto social;

b) na dicotomia da administração pública e privada reside toda atividade estatal;

c) no dualismo administração e organização está a problemática do funcionamento e comportamento administrativos.

Aceitando certas técnicas jurídicas, o que faz a Administração considerada como *fenômeno administrativo* não é outra coisa que aproximar-se de realidades aceitas e reconhecidas pelas ciências sociais ou pelo conjunto de conhecimentos já tradicionais.

Eis o motivo da razão das empresas públicas estarem bastante aproximadas das empresas privadas industriais ou comerciais, e de adotarem a personalidade de direito privado.

Com essa aproximação o Estado procura pela técnica estruturar um *organismo administrativo* como bem conceitua E. D. JONES, um sistema de administração que não constitui um fim em si próprio, porque o

que pretende é praticamente um instrumento de atuação.<sup>53</sup>

Como se falasse de empresas públicas, JONES lembra nas empresas privadas fins que são comuns com as empresas públicas:

- a) orientação racional;
- b) meios financeiros;
- c) controle nos gastos;
- d) organização de funcionamento;
- e) competência na demanda comercial;
- f) instalações econômicas necessárias;
- g) recursos necessários adequados;
- h) relação de trabalho;
- i) sistema administrativo baseado em métodos práticos e econômicos.<sup>54</sup>

Acontece, sem dúvida, que o fenômeno administrativo, se apresenta como uma *síntese*: tanto pode ser admitido pelo Estado (Administração) como pelos particulares para a criação de produtos e serviços, não como finalidade concreta e sim como meio de atuação.

É compreensível, portanto, no tocante à organização dos serviços públicos, que os sistemas de administração se assemelhem sem quebra da indispensável relação jurídica ou de condições que, em termos econômicos, possibilitem equilíbrio e coordenação no conjunto estatal.

Por outro lado, bem sentindo a realidade, o fenômeno administrativo está na *gênesis* do Direito Administrativo: aparece em expansão, extrovertendo *poder administrativo*; surge em distensão, aplicando princípios existentes; acontece sem violentar o direito constituído.<sup>55</sup>

53. EDUARDO D. JONES, *Organización y Administración de Empresas Industriales*, tradução espanhola, pág. 194.

54. No *Seminário de Rangum* outras não foram as recomendações. No entanto, anteriormente, E. D. JONES, já antes de 1942, estabelecia premissas de organização administrativa apontando modalidades de gestão para problemas de índoles diversas.

55. "... *cuanto tienen de orgánico y sistemático algunas instituciones de derecho administrativo se debe a la técnica del derecho civil*" (RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público — Génesis del Derecho Administrativo*, pág. 25).

Apenas a extensão do poder administrativo varia no sentido jurídico, segundo as relações no modo do exercício (meios) e do fim proposto (direção) por quem o exerce ou o institui.<sup>56</sup>

Não há como contrariar aqui BIELSA: “si en algún caso es inseparable el concepto de poder de la idea de derecho es precisamente en la esfera de la Administración pública.”<sup>57</sup>

Já que o poder do Estado se exerce por maneiras diversas, na chamada administração indireta, as normas administrativas para o funcionamento dos serviços públicos são, na oportunidade, técnicas e jurídicas, como no caso das fundações e das empresas públicas.

Apenas o fenômeno administrativo, quando se impõe aconselhado pela realidade, exige regulamentação de parte do poder central, pois a entidade descentralizada não está fora do Estado, mas integrada a um órgão do Estado ou ao próprio Estado.

## § 16 — VARIAÇÃO INSTITUCIONAL

Segrêdo não é que as instituições variam fundamentalmente segundo as nações soberanas: com essa variação varia também o sistema de prestação dos serviços públicos.

Não obstante existirem tendências que são convergentes, os serviços públicos quando prestados ou executados apresentam peculiaridades que se evidenciam na organização e comportamento administrativos.

Daí então o motivo por que os serviços públicos refletem um sistema de organização política (administrativa) que se apresenta sob a forma da centralização ou da descentralização.

Cabe ao Direito Administrativo, na área da *variação institucional* e dentro dos princípios da organização hierárquica, dar estruturação (ou estudar) os órgãos, os meios de execução e de atividade estatal, personificando juridicamente os direitos subjetivos públicos.

56. BIELSA, *Estudios*, pág. 31.

57. Idem, idem.

O que importa ao Direito Administrativo (exemplificando-se com as fundações e as empresas públicas) é determinar o conteúdo da norma criadora dentro de um sistema orgânico de fins.

Mas a importância da Administração *ativa* reside nisto:

1.º) em aparecer no sentido *material*, como poder administrativo, órgão ou organismo;

2.º) em aparecer no sentido *formal*, como função, matéria e atividade.

Tendo em conta a importância existencial da Administração *ativa* no seu conceito de construção política, há que considerar:

1.º) a necessidade do serviço público;

2.º) a natureza da função pública; e

3.º) a responsabilidade do Estado.

De onde, por tudo isso, um argumento salta lógico: o da relativa aplicação do método e da técnica jurídicas.

Admitindo-se, assim, como já o dissemos anteriormente, que a análise do direito comparado é a mais conveniente, especialmente para o estudo das empresas públicas.

Claro está desde logo que o método aplicável com respeito às empresas públicas (e às fundações) deve sofrer um paralelo com a legislação comparada para a definição dos princípios orgânicos.

Como em tempo observamos, o regime jurídico pode nem sempre ser o mesmo: as diferenças que existirem consistem naquilo que constitucionalmente é permissível ou no específico jurídico do ato administrativo.

Há nas empresas públicas, em virtude da variação institucional, uma necessária discriminação da atividade administrativa em correlação com os fins do próprio Estado.

Revelam, se melhor examinadas, as empresas públicas (como as fundações), caracteres específicos de serviço público.

Nelas, empresas públicas ou fundações, o fim público ou a gestão dos interesses públicos, não obstante a variação institucional que é circunstancial, apresenta pela personalidade jurídica expressamente estabelecida, características bastante peculiares.

No entanto, prevalecem alguns elementos constitutivos *essenciais*, que são por assim dizer *gerais*:

- 1.º) o da personalidade que justifica a autodeterminação (autonomia) sob controle tutelador; e
- 2.º) a criação legal.<sup>58</sup>

Basta, porém, o fundamento, a forma e o exercício da tutela, o grau e a natureza do controle administrativo, ou então da intervenção estatal, para desde logo determinar-se os pressupostos jurídicos que definem as empresas públicas perante o direito comparado.

É atualmente imprecisa e desconcertante a posição de BASAVILBASO quando considera a tutela administrativa somente válida para as pessoas jurídicas de direito público, estando as pessoas jurídicas de direito privado isentas de vigilância ou de tutela.<sup>59</sup>

Não prevalece mais a doutrina tradicional pelo menos com respeito às empresas e às fundações: são elas, como organismos administrativos, pessoas jurídicas de direito privado, criadas pelo Estado e que existem e permanecem sob a tutela estatal.

## § 17 — AS REALIDADES POLÍTICAS E AS VERDADES ECONÔMICAS

Numa proposição geral que não é teorismo, “en cualquier empresa, pública o privada, que requiera el esfuerzo co-operativo, el liderazgo, la autoridad, respon-

58. Os relatórios do *Seminário de Rangum* levam à mesma conclusão. Inclusive os estudos aqui citados e de autoria de NICOLA BALOG.

59. *V. Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 113.

sabilidad y motivación, están involucrados en los objetivos de la administración...” conforme diz PEDRO DELFINO.<sup>60</sup>

Os dados experimentais demonstram, numa quase total indistinção doutrinária, que os princípios, conceitos, métodos ou técnicas estão na própria natureza da Administração.<sup>61</sup>

É DELFINO quem pondera: “el término dirección (management) reservado otrora a la gestión de la empresa privada o de negocios se utiliza hoy indistintamente para los asuntos públicos y el de administración es comprensivo de formulaciones políticas y de dirección”.<sup>62</sup>

Todos os elementos que integram a “*fenoménica administrativa*” de que fala DELFINO, constituem um sistema: a Administração reúne todos os elementos e os sistematiza, em razão dos seus fins (objeto) e naturalmente dos seus componentes aqui para nós de conteúdo jurídico.<sup>63</sup>

Desnecessário será não concordar com o desdobramento das várias faces que assume a intervenção estatal: toda estrutura social (e também econômica) sofre a influência da problemática administrativa envolvendo os problemas de bem-estar social-econômico.<sup>64</sup>

Em tese, este poder de adequar as empresas públicas (e as fundações) aos objetivos estatais, tendo em vista integrá-los na estrutura da Administração ativa, não traduz prerrogativa: reflete claramente exigências do interesse público para o cumprimento de obrigações do Estado para com os administrados.

Tal procedimento, em perspectiva material e formal, depende mais do regime jurídico que propriamente do regime administrativo, pois não são os conceitos extrajurídicos que perturbam o que houver decidido a lei, ou o que houver disciplinado o legislador.

60. V. *Administración y Desarrollo*, pág. 159.

61. PEDRO DELFINO, ob. cit., pág. 159.

62. Idem, pág. 159.

63. Idem, pág. 160.

64. Idem, pág. 164.

Sobretudo nos tempos atuais, onde as realidades políticas se confundem com as verdades econômicas, onde os conceitos jurídicos se procuram harmonizar com o interesse público e social, o ordenamento jurídico (para a Administração) não possui confronto senão com ele mesmo, ou senão com as manifestações vitais que extroverte, segundo MIELE.<sup>65</sup>

Compreende-se que o desenvolvimento econômico se ampare nas técnicas de um sistema jurídico, procurando através da supremacia dos órgãos da Administração tornar real as obrigações a que o Direito Administrativo responde pelos seus institutos.

### § 18 — AS EMPRESAS PÚBLICAS NAS SUAS RELAÇÕES COM O ESTADO

Sem maiores indagações, em se tratando das empresas públicas, afastado na sua relatividade o conceito de utilidade pública, a mais afeiçoada definição de *serviço público* é aquela enunciada pela orientação do pensamento de RUY CIRNE LIMA, como “todo o serviço existencial, relativamente à sociedade, prestada aos componentes daquela, direta ou indiretamente pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.<sup>66</sup>

Dispensável que, pela essencialidade, invoque-se o caráter econômico de muitos serviços públicos realizados na constância com a participação da Administração: são aquelas outras pessoas administrativas que aparecem como instrumento da execução estatal, inconfundíveis hoje como entidades qualificadas pela relação jurídica administrativa.

Tal noção, quanto à posição expressa alcance de organização política no quadro complexo do poder administrativo: nos programas oficiais de cada nação há essa preocupação positiva e latente de alimentar os meios à necessária manutenção de serviços públicos tipificados.

65. GIOVANNI MIELE, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 81.

66. V. *Sinopse de Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 29.

Considerando o avanço técnico, o Estado visa os dois grandes objetivos, que são os lembrados por KALACHEK :

— em primeiro lugar, estimular progressos úteis aos órgãos governamentais no desempenho de suas funções específicas;

— em segundo, fomentar o progresso a fim de beneficiar determinado setor ou a economia em conjunto.<sup>67</sup>

Sofre o Estado moderno um crescente poder de organização, eis que o progresso técnico (desenvolvimento) exige planos exequíveis, que sirvam à comunidade ou condicionem o funcionamento racional da Administração em termos operacionais concretos.

A fôrça do Estado, portanto, é organizada em apoio dos serviços públicos, principalmente daqueles serviços de natureza econômica, de serviços que preparam a Administração para a tarefa primordial de equilíbrio quanto ao bem-estar social.

Levado aos seus justos limites, limites que se definem pelo conteúdo das normas jurídicas, ou seja pelos interesses que direta ou indiretamente precisa tutelar, o Estado regula as suas atividades exercendo autoridade legal ou o privilégio legislativo.

Sem embargo, manipulando normas de direito privado como aparecem escritas na legislação, nada mais faz a Administração que proteger o interesse público geral contra as flutuações da economia, relacionando-se com os institutos consagrados sem exceder os limites das suas próprias e diferenciadas funções, ou atribuições administrativas.

JAMES M. LANDIS fala compreensivamente em *concessão de poder administrativo*: não existe mais exata expressão, no tocante às relações jurídicas, no que diz respeito com as empresas públicas (ou as fundações) quando exercem jurisdições de serviço imposta por lei.<sup>68</sup>

67. NELSON PECK KALACHEK, *Tecnologia e Desenvolvimento Econômico — Política e Instituições Públicas*, pág. 175.

68. V. *El Poder Administrativo*, pág. 49.

Na situação contemporânea do Estado interventor, a posição mais realista é aquela que focaliza os problemas de *administração* em meio às normas jurídicas, quer privadas ou públicas.

Resta saber, com respeito às emprêsas públicas (e fundações), sob que formas e em que graus de limite devem ser fixados os podêres da Administração: tais são os problemas de natureza, personalização, fins e limites da atividade governamental.

Cada sociedade política organizada tem o seu próprio campo de ação administrativa, regime jurídico, normas de procedimento e processo, instituições e outras formas de expressão organizacional-político-jurídica, para responder às indagações do direito comparado.

#### § 19 — O FATO NA LEGISLAÇÃO E NA ADMINISTRAÇÃO

Óbvio que é pela função legislativa que o Estado estabelece as regras gerais abstratas, mas que é através da jurisdição e da Administração que desenvolve a sua atividade individualizada ou personificada,<sup>69</sup> relacionando legislação e execução, direito e administração.

Para a solução de certos problemas públicos (ou de serviço) é que surgem certas normas administrativas de aplicação geral ou particular, sob o regime jurídico melhor aconselhado.

De comum, onde existem as emprêsas públicas na sua expressão atual, surgem elas para preencher os claros no sistema econômico para a prestação dos serviços necessários à sociedade.

Sem entrar em análises que aqui não cabem, não é de estranhar que *formas administrativas especiais* sejam adotadas no sentido de harmonizar a eficiência administrativa com o interesse público.

De acôrdo com a tendência dominante, aceitas as preliminares de critério jurídico, a Administração Pública hoje em dia não limita e não pode limitar aquelas

69. V. HANS KELSEN, *Teoria General del Estado*, pág. 301.

condições que são ordenativas de organização, planejamento e controle para cumprimento dos propósitos públicos.

O critério jurídico, sempre relacional, não contrastando com as regras legais, como também não se conflitando com a aplicação do direito, não escapa da faculdade discricional.<sup>70</sup>

A compreensão das técnicas modernas influenciando a Administração, valem pelas analogias que se podem levantar dentro de um legalismo largo e não estreito, numa demonstração da capacidade criadora do Estado, estimulante de melhor compreensão do processo econômico.

Observadas no seu contexto as experiências que se desenvolveram em condições políticas variáveis, as empresas públicas cuidadosamente estudadas mantêm variante jurídicas que jamais prejudicam as situações concretas em que vivem e se desenvolvem.

Na maior parte das vezes, as legislações nacionais se refletem na Administração tornando sem importância os princípios normativos, de mecânica ou de organização interna das empresas.

Em síntese, num resumo de análise, salvo as variações de intenção política, os métodos jurídicos são os mesmos não obstante amoldados às peculiaridades de valores que são de direito interno.

O *fato*, como realidade, está no que impõe a legislação e no que executa a Administração: provocar resultados econômicos é a finalidade, compreender os problemas econômicos o objetivo.

Para a Administração (ou o Estado) não só importam as práticas administrativas assentadas no regime jurídico, mas a disciplina dessas práticas em atendimento dos interesses públicos e das necessidades sociais.

Conseqüentemente, a sistematização vem em auxílio da descentralização, oferecendo ao trabalho administra-

70. Prova a alegação o longo e magnífico estudo de N. BALOG, com tanta oportunidade traduzido por SÉRGIO ANDREA FERREIRA, e publicado na *Revista de Direito Administrativo*.

tivo-público formulações fora das fronteiras dos vários departamentos jurídicos e face à dinâmica complexa do processo econômico.

Do ponto-de-vista da estrutura, consideradas as dimensões políticas, não há como determinar-se padrões universais que perfeitamente se possam ajustar aos padrões nacionais, como veremos.

Nisso, contudo, atendendo às alternativas econômicas, as empresas públicas na sua aparência de forma estão identificadas, ensejando apenas ajustamento às condições de cada país.

## § 20 — REGIME ADMINISTRATIVO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Não é fácil, pelo menos por enquanto, fazer-se um estudo bem ordenado e conclusivo, do chamado *regime administrativo*, em virtude da diversidade das organizações estatais-nacionais.

Não varia, porém, o conceito da empresa pública, mas pode variar a sua constituição e forma, inclusive a sua personalidade jurídica conforme o que a lei determinar.

No entanto, essa personalidade jurídica, principalmente, não mais constitui tema de debate: a questão suscita qualquer preocupação porque o legislador internacional assim o decidiu afirmando princípio que se tornou além de jurídico, orgânico e estatutário.

Essa questão, antes fundamental e controvertida, não apresenta agora distorções conceituais: a orientação privatística decorre de importantes conseqüências quanto à maneira de conduzir as empresas, a situação do pessoal funcionário e a atitude dos organismos de controle.

Embora a sensibilidade do legislador esteja no saber distinguir quando há precisamente serviço de caráter privado ou quando haja necessariamente serviço público, já o conceito atual de serviço público não se liga às regras estabelecidas de processo público.

Nos regimes administrativos modernos a questão deve ser examinada à luz dos princípios gerais do

direito e dos textos legislativos: a natureza do objetivo depende do próprio objetivo, considerado em si mesmo, e não da forma pela qual o Estado possa intervir.

O vínculo relacional dá lugar a uma situação de fato que comunica o poder público com o processo privado no interesse do serviço público: o elemento de processo privado aqui é indispensável tão-somente por não se poder excluir o Estado da sua função econômica.

Resultam, assim, as empresas públicas, de uma combinação de interesses que se harmonizam com os fins (objetivos), permitindo-se ao poder público (Administração) controlar diretamente os serviços empresariais com propósitos essencialmente públicos.

Pode e deve, portanto, o Estado, na sua capacidade legislativa, aceitar o regime administrativo melhor aconselhado pelos fatos, submetendo sua ação ou atividade tanto aos meios específicos de processo privado quanto aos meios naturais de processo público.

Alcançou, neste século, ou de alguns anos para cá, o regime administrativo dos serviços públicos tal elasticidade, que não existem mais perspectivas de retôrno àquela política onde o Estado ficava à margem das soluções e das fórmulas de conciliação jurídica.

É, pois, natural, que o poder público assuma, através das empresas públicas (e das fundações), os encargos decorrentes do progresso social e econômico: tais encargos, em razão do serviço que é público, exigem adoção de regime jurídico-administrativo adequado à prestação em melhores condições dos serviços públicos essenciais.

Daí por que as empresas públicas, além do privilégio na exclusividade da prestação do serviço, pela maioria das legislações está exonerada de direitos fiscais como impostos ou taxas, não obstante a indeclinável posição de pessoa jurídica de direito privado.

## § 21 — CONCLUSÃO

Saliente-se que, na maioria dos países, o Estado está chegando à exploração dos serviços de interesse geral (ou públicos), perseguindo fins de alta política administrativa e econômica.

Não só as tendências do Estado moderno, mas as necessidades de ordem administrativa, levam a Administração a explorar serviços com a intenção de os prestar com o máximo de eficácia ou rendimento.

Como as fundações, as empresas públicas, dentro dos objetivos que lhes são atribuídos, possuem uma estrutura legal preestabelecida, acentuando-se nelas a flexibilidade administrativa necessária às atividades das empresas industriais e comerciais.

Em quase todas as empresas públicas onde se encontrem, a gestão descentralizada fica sujeita à coordenação das operações, através da planificação de meios e fins, do possível financiamento e provável investimento assegurado pelo exercício do controle estatal.

Alguns princípios normativos gerais já estão no momento consagrados:

a) as empresas públicas são criadas e geridas pelo Estado, segundo normas e limites determinados em lei;

b) a autonomia decorre da lei e dos poderes que são delegados, dentro em sistema geral de administração pública;

c) o Estado as organiza de modo a assegurar eficácia de gestão quanto aos meios e fins administrativos e econômicos;

d) a direção das empresas é aquela que convém à concepção política adotada de administração pública.

Exemplo: nos países socialistas assentam elas no *centralismo* político e econômico quando atendem ao sistema socialista de produção ou o sistema de planificação da economia nacional.

Outro exemplo: nos países não socialistas, no geral, a importância do controle depende do interesse que se manifesta economicamente em razão da política estatal.

Tanto nos países socialistas como não socialistas, a organização das empresas públicas repousa nos meios e fins estatutários, sem prejuízo da coordenação e da tutela estatais.

Considerada a *concepção soviética* de administração, adotada pelas demais repúblicas populares, prevalece o princípio do chamado *centralismo democrático*, objetivando, pelo processo socialista de produção, subordinação que:

1.º) atende ao sistema global de planificação da economia nacional; e

2.º) atende a uma atividade produtiva determinada em função de princípios de economia popular.

Os princípios elementares nos países de organização socialista, são êstes:

- a) centralismo democrático;
- b) unidade de administração política;
- c) unidade de orientação econômica;
- d) planificação e controle financeiro;
- e) propriedade pública socialista;
- f) participação dos empregados (trabalhadores) na gestão das empresas.

Na maioria das nações não socialistas, não há, por assim dizer, tendências formais claramente definidas: a posição das empresas públicas, no quadro geral da Administração, reflete manifestação legal ou a política seguida pelo Estado.

Quanto à responsabilidade, está sempre entrosada à aplicação e respeito das regras estatutárias de direito privado, não obstante vinculações que possam ocorrer conseqüentes da peculiar organização legal, do controle ou da extensão do serviço público pretendido.

De um modo geral, pode afirmar-se que, quase sem discrepâncias, as empresas públicas são criadas e estruturadas em função de regime político próprio à organização administrativa estatal.

No Brasil, as empresas públicas mais recentemente organizadas, trazem as características de plena autonomia sob controle específico, cabendo à Administração (Executivo) fixar as normas de direção e as diretrizes de funcionamento nos limites do poder regulamentar.

## Capítulo VI

### A fundação como forma de emprêsa

Não obstante as incertezas políticas que são constantes na evolução do processo histórico, não há como não entender o aperfeiçoamento das *técnicas administrativas* no que diz respeito com a problemática estatal da Administração.

Não basta ao Estado estar organizado politicamente. Precisa muito mais: é necessário que esteja harmonizado com a Administração e dela faça sua expressão de vontade legal, capaz de atender o *serviço público* na variada peculiaridade com que se apresenta para satisfação de exigências coletivas.

A isso chamaríamos de *racionalização*. Tanto o processo histórico, como o jurídico ou o político, fazem uma mesma estrutura organizacional. Harmonizam-se face à realidade e com relação aos fins. A realidade corresponde ao *fato*. Os fins são aqueles que afetam de momento a sociedade politicamente organizada.

## § 1.º — REALIDADE E FINS

Quanto ao *fato*, envolve, nas suas perspectivas, elementos integrativos de ordem social e segurança política. Quanto aos *fins*, aumentam na proporção do complexo das atividades inerentes à satisfação das comunidades, obrigando o Estado à adoção de procedimentos que ampliam a conceituação de serviço público.

Bem dizendo, para o Estado moderno tudo é *serviço público*. A própria defesa do homem, como cidadão sujeito de direitos, é função e atribuição do poder estatal através da Administração. Pode ser que sejam diferentes os regimes políticos, mas não são diferentes os métodos específicos de atuação administrativa.

Daí por que não ser mais possível distinguir onde a realidade social não distingue, para estabelecer critérios teóricos que afastem o elemento público do elemento de direito privado, tornando estanques situações que se complementam ou situações que se completam pela evidência da unidade na ordem jurídica.

Valiosas são, por isso, as contribuições do processo e das leis privadas, civis e comerciais, no sentido da fixação de certos problemas que na sua essência são problemas de natureza pública. Os problemas de fins públicos que se realizam nos limites da esfera privada sem perderem os objetivos de direito público.

## § 2.º — AUTONOMIA APENAS DOUTRINARIA

Não digam que hoje em dia, por força dos sistemas socializantes, pode o Estado separar o interesse público do interesse privado, adotando posições contrastantes com a ordem jurídica integrada. Os que assim teimam esquecem o valor da *ordem econômica* como base da ordem jurídica e conexas da ordem social.

Aquela marcha do direito para a individualização dos seus quadros normativos não prevalece mais como determinação científica. É válida apenas no domínio da doutrina e das especulações teóricas. Ou é apenas válida para conhecimento de certos fenômenos particulares que, somados, fazem *parte* de um *todo* absoluto e real.

Esse todo é o *direito*. Não o direito civil ou comercial. Não o direito penal ou processual penal. Não o direito internacional público, privado ou político. Não o processual civil ou o direito financeiro. Não o direito constitucional e administrativo. Mas o *Direito* como expressão da conduta humana, política e social.

Quando a Administração, pelo Estado, usa das normas civis, buscando o apoio do Código Civil, nada mais faz que reconhecer meios existentes de efetivação de fins comuns ao próprio Direito. Pouco importa, diante do objetivo colimado, a natureza do procedimento ou os peculiares métodos jurídicos adotados.

Enorme é a contribuição do direito civil para a formação do Direito Administrativo. Quase tôdas, senão tôdas as instituições de Direito Administrativo foram buscadas ou senão inspiradas pelo direito civil. Sòmente pelo Estado, como organização política, o direito se torna material e também positivo.

Já vai distante o tempo das longas e fastidiosas disputas entre posições de civilistas e publicistas. Inclusive para dizer aos administratistas que o Direito Administrativo não se deixa fechar nos limites de uma autonomia doutrinária que pretende a separação irreal de pessoas, coisas e fenômenos.

Houve época em que se falava de um direito civil *publicizado*. Não se fala mais. O que valem são os relacionamentos jurídicos que fazem a espécie da pessoa jurídica. Ou a pessoa jurídica criada pelo Estado como a melhor capaz de absorver determinadas situações à realização de certo serviço público essencial.

É o caso aqui das fundações, pessoas jurídicas de direito privado, criadas com a finalidade de direito público. E também o exemplo das empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado, organizadas com o intuito manifesto de atendimento de serviços em áreas econômicas de justificado interesse estatal.

### § 3.º — OS INSTRUMENTAIS DE DIREITO PRIVADO

Importa muito, porém, principalmente para o Direito Administrativo, no que diz com a vontade legal da Administração, saber que êle não desmerece os importantes instrumentos que lhe são oferecidos pelo direito privado, sem forçar, no entanto, distinções de sistema, de procedimento ou de conflito de normas.

Porque essa distinção não existe na realidade do Direito, seja público ou privado. O que existem são procedimentos ou processos que mais de perto se coadunam com a problemática administrativa. E que dão à Administração elementos jurídicos com que possa cumprir os seus inalienáveis fins de serviço público.

Ninguém discute a imprecisão dos elementos componentes do processo desapropriatório. Como instituto, a desapropriação, tanto poderia pertencer ao Direito Civil como ao Direito Administrativo. Pertence ao Direito Administrativo ou como tal é aceita, tendo em conta os interesses que levam o Estado a desapropriar.

No ato administrativo, no contrato, o que observamos no fundo, é a característica lógica da norma civil. De igual maneira nas fundações criadas pelo poder público. Ou nas empresas que, nominadas de públicas, como pessoas privadas, dão à Administração capacidade no atendimento de serviços públicos antes estatais.

Em se tratando da forma jurídica das empresas públicas, impossível não considerar a natureza atribuída de caráter de pessoa privada, em razão da vontade legislativa cuja importância transcende a hermenêutica. Não cabe ao jurista levantar suspeições interpretativas onde a lei diz ao que vem e o que pretende.

Não é somente uma questão de origem ou de fundamentação legal, legislativa. Trata-se, sobretudo, de uma questão de *fato*, real na estrutura administrativa, indispensável à Administração ativa, quando descentralizada, quando indireta. Principalmente, com respeito ao Estado *econômico*, ao homem *econômico*.

Nada há, pois, a admirar, nem a surpreender, com essa nova ou atual tipificação, de fundações e de empresas públicas. Assumem, na verdade, aspectos jurídicos não tradicionais, em virtude da expansão dos fins estatais e da necessidade que o Estado tem para o exato cumprimento de fundamentais exigências econômicas.

Ressalte-se que, depois das sociedades de economia mista, crescem de importância as fundações e as empresas públicas. Com apoio nos instrumentos fornecidos pelo direito privado quanto à forma e ao processo. Mas com as implicações de *fim*, de finalidade, que dão conteúdo às pessoas que fazem *serviço público*.

#### § 4.º — FUNDAÇÃO E EMPRESA PÚBLICA

Numa tendência que se generaliza, assentada não somente nas práticas administrativas racionais, já se entende poderem as fundações assumir a forma de empresa. Ou as empresas, sem quebra do sistema, assumir a forma de fundação. Isto porque o Estado tem por obrigação procurar os meios mais adequados de administração.

Está no próprio contexto da ordem jurídica essa franquia legal que se exterioriza no serviço público pela determinação das pessoas jurídicas. Sabe o Estado, dentro da própria organização administrativa, o que melhor convém aos propósitos da Administração, no tocante à execução indireta dos serviços públicos.

Não há por que, então, não possa a fundação trazer na sua estrutura a forma de empresa. E a recíproca também é verdadeira. Motivos não existem para que as empresas públicas não se criem como fundações. São ambas sociedades constituídas com respeito ao princípio da legalidade e à disciplina orgânica estatal.

A excessiva privatização da atividade econômica, mercantil e industrial, sempre foi um permanente obstáculo para que o Estado na extensão pudesse devidamente cumprir os seus fins essenciais de vida. Como fato histórico, no direito, o fenômeno é *racionalizador* e se justifica pela necessidade pública e social.

Do ponto-de-vista jurídico e organizacional o problema não é tão complexo como parece: a via adotada é a da descentralização administrativa no terreno econômico, utilizada para instrumento na criação de empresas e fundações, com a finalidade, em regime específico, de assegurar o desenvolvimento planejado.

### § 5.º — AS NOVAS FÓRMULAS ADEQUADAS

As empresas públicas, tal como se apresentam hoje no Direito Administrativo, fazem um fenômeno universal cujos antecedentes correspondem ao período posterior à segunda guerra mundial, e cuja problemática envolve a dimensionada e direta ação empresarial do Estado pela Administração.<sup>1</sup>

No sentido próprio dessa problemática estatal, neutralizando a tradição do *laissez faire, laissez passer* sempre constante, sem quebra do respeito pela liberdade econômica, realizam as empresas públicas, como também

1. ALFONSO PEREZ MORENO, *La Forma Jurídica de las Empresas Públicas — Introducción*, Sevilla, 1970.

as fundações, a melhor planificação administrativa em relação à competência descentralizadora do Estado.

Impossível desconhecer que a Administração, ou mesmo o Estado, está comprometida com a segurança da ordem jurídica e pública econômica, impondo-se-lhe a necessidade da sua presença em tôdas as fronteiras do desenvolvimento, seja de atividade monopolizadora, de produção industrial ou de reguladora do comércio.

A falta de instituições peculiares ou de regras de direito público harmonizadas com a prática do comércio e o exercício da indústria levam o Estado a procurar no campo do direito privado as fórmulas adequadas melhor condizentes com a evolução reconhecida daqueles serviços públicos chamados essenciais.<sup>2</sup>

O papel relevante das *autarquias*, marcado na sua importância pela descentralização institucional, onde a orientação de pensamento está forjada em abundante literatura, não deixa dúvidas com respeito a novos fenômenos integrativos racionalizantes, como o da amplitude descentralizadora e o da desconcentração.

Com as autarquias, exaustivamente estudadas no Brasil, não somente se obteve em certos setores magníficos resultados econômicos e administrativos, como se permitiu que a Administração normalmente alargasse dimensões próprias ao entendimento político do Estado moderno, jurídico e técnico ao mesmo tempo.

Não fôsse o serviço público da essência estatal, não surgisse o Estado na sua figuração política como uma síntese, não estivesse a economia condicionada pela influência da racionalização técnica, quem sabe as autarquias não oferecessem solução para os problemas vinculados ao desenvolvimento social e econômico.<sup>3</sup>

2. V. URBANO VALERO AGUNDES, *La Fundación como Forma de Empresa*, Valladolid, 1969.

3. Na literatura brasileira: TITO PRATES DA FONSECA, *Autarquias Administrativas*, São Paulo, 1935; LUIS DELGADO, *Autarquias Recife*, 1940; ERIMÁ CARNEIRO, *As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista*, Rio de Janeiro, 1941; A. NOGUEIRA DE SÁ, *Do Contrôlo Administrativo sôbre as Autarquias*, Rio de Janeiro, 1952; e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, 1967.

Chegando a vez das *fundações*, fácil estaria de prever, que a política do Estado voltasse a se interessar pelas *empresas*, não só tendo em mira a desburocratização das tarefas administrativas, como a urgência de dar ao poder público instrumentos afins e jurídicos, de conformação do Estado com a realidade econômica.<sup>4</sup>

### § 6.º — AS EMPRESAS PÚBLICAS

Estranhe-se, apenas, que ainda não hajam para as empresas públicas, na legislação comparada, leis ou estatutos que se apresentem harmônicos como normas gerais e reguladoras. No Brasil, como sabemos, só ultimamente as empresas vêm preocupando o Poder Público, possibilitando a vigência de uma legislação ainda não institucionalizada.

Na diversidade de motivações, ou por motivo de variedade na atuação empresarial, as formas jurídico-administrativas se confundem em função das circunstâncias. Os critérios jurídicos nem sempre podem ser os mesmos, pois variam face o que *constitucionalmente* se possa chamar de ordem econômica e social.

Dou razão a ALFONSO PEREZ MORENO:

“En nuestros días, la consagración de la técnica planificadora, imponiendo la necesidad de buscar correctivos a las aludidas distorsiones en los órdenes político, económico e jurídico, han determinado el auge de los criterios racionales para dominar el fenómeno, la búsqueda de guías ordenadoras en la elaboración científica operando sobre los datos, ciertamente moldeables, que la realidad histórica de las empresas públicas ofrecen.”<sup>5</sup>

Nada mais certo. De longa data surgem as empresas públicas aparecendo como solução estatizadora. A

4. Na literatura estrangeira: H. LAUFENBURGER, *Intervención del Estado en la Vida Económica*, México, 1945; BREWER CARIAS, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas, 1967; F. GARRIDO FALLA, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, Madri, 1950; e M. DESPAX, *L'Entreprise et le Droit*, Paris, 1957.

5. V. PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 11.

influência do Estado, sempre presente, impôs fisionomia diferente tanto em Portugal, como na França ou na Espanha. Na França, a exemplo, por largo tempo, o Estado foi o único empresário no comércio exterior e só por sua iniciativa se criaram as grandes companhias.

A experiência inglesa define os elementos característicos de ordem jurídica e política, marcando por etapas o sentido da revolução das formas de empresa durante o mercantilismo, atribuindo personalidade jurídica às companhias por ações cuja orientação assentava na iniciativa privada.<sup>6</sup>

Precisamente do ensinamento histórico estão se formando as modernas empresas públicas: se por um lado permanecem elas com toda a mecânica inerente aos métodos das organizações de iniciativa privada, por outro lado se apresentam com ampla capacidade para atuar como sujeito de direitos e obrigações públicas.

Tudo depende, no direito interno, do sistema de estruturação da organização administrativa: estruturação que naturalmente envolve o planejamento, a centralização e a capacidade descentralizadora, a descentralização funcional e a desconcentração administrativa, em termos de uniformidade e variedade, e de especialidade.

Realisticamente, o princípio não é outro que este: reconhecer-se no significado histórico e atual a posição da Administração na sua manifesta tendência para outorgar poderes ou delegar funções, no atendimento de uma verdade que procura através de entes menores integrar o *poder administrativo*, na sua ação direta ou indireta.<sup>7</sup>

Subjetivamente, no caso das empresas e das fundações, está acontecendo isto: um fenômeno-processo, em

6. PEREZ MORENO, *La Evolución de las formas de empresa*, ob. cit., págs. 19 e segs.

7. Consultar: GARCIA TREVILJANO, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madri, 1957; SANTI ROMANO, *Decentramento Amministrativo, Scritti minori*, II, Milão, 1950; MARTINEZ USEROS, *La Organización y sus Principios institucionales*, Múrcia, 1960; VALINA VELARDO, *Transferencia de Funciones Administrativas*, Madri, 1964; EISENMANN, *Centralización et Decentralización*, Paris, 1948; e FRANCHINI, *La Delegazione Amministrativa*, Milão, 1950.

virtude do qual está o Estado transferindo competência variada à órgãos autônomos com uma diminuição de subordinação que se encontra justificada diante dos efeitos periféricos de natureza econômica e social.

Nunca, porém, relegando os pressupostos de coordenação administrativa indispensável para atingir a realização prática peculiar à organização estatal e de unidade na atuação de todos os órgãos públicos, pois submetida continua a Administração ao princípio básico de instrumentar-se em técnicas que sirvam à unidade de fins.

### § 7.º — ADMINISTRAÇÃO INSTITUCIONAL

Com justa razão, ENTRENA CUESTA, ao estudar a competência administrativa, não esquece o que chama de relações *interorgânicas*. São relações de tal natureza que, não só consubstanciam princípios de coordenação, mas também conjunto de funções cuja titularidade se atribui por força de ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Convém, outrotanto, lembrar, não esquecendo as formas de controle exercidas pelo Estado, que as prerrogativas da Administração se estendem em planos que implicam em obrigações: prerrogativas que não se conflitam com as garantias privadas e nem confundem regime administrativo com procedimento jurídico-legal.

É de compreender o conteúdo *tridimensional* do Direito Administrativo moderno, quando

- a) numa determinada esfera as suas normas regulam a organização administrativa;
- b) numa determinada área estabelecer relações interorgânicas entre os entes públicos;
- c) num determinado limite relacional jurisdiciona entes públicos e particulares conjugando prerrogativas e garantias.<sup>9</sup>

8. RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo — La Competencia Administrativa y las Relaciones Interorgánicas* — Capítulo V, págs. 175 e segs.

9. RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pág. 61.

Bem informa ENTRENA CUESTA, esclarecendo com precisão doutrinária, que a *administración institucional* se constitui quando integra na Administração todos os entes públicos menores, de caráter não territorial, isto é, aquêles entes que se apresentam em forma *derivada* e com personalidade jurídica definida legalmente.<sup>10</sup>

Para o catedrático de Barcelona, ao que entendemos, incluem-se entre os entes institucionais, ou de administração institucional, as denominadas *empresas públicas*, pelo que dispõem de prerrogativas próprias à Administração, e as *fundações*, pelo seu caráter de estrutura e de funcionamento administrativo.<sup>11</sup>

Com as fundações, para exemplo, o que importa, está na personificação de um fim ou de uma função, pouco importando a técnica seguida para criá-las ou seja a técnica fundacional, de vez que elas dependem da vontade legal criadora, do princípio normativo admitido em lei ou do que o Estado pretende pelo ato instituidor.

Não devemos, portanto, levantar dúvidas, onde dúvidas não existem. Pelas determinantes da criação legal, pelo caráter institucional e regime jurídico, as fundações, como as empresas públicas, inscrevem-se como organismos autônomos ou como entes menores de natureza administrativa, sob a tutela do Estado.

Tudo reside no motivo determinante da *criação* que tende para o cumprimento de um *fim* de serviço público: quanto ao caráter institucional nas empresas públicas e fundações afirma-se não só pelo cumprimento das finalidades específicas, mas pelo desejo do Estado em descongestionar a Administração central.

### § 8.º — AS FUNDAÇÕES

Considere-se que, depois das autarquias, passada a febre das sociedades mistas, apareceram as fundações na área da Administração e do Direito Administrativo, como o fato mais notável de descentralização ou descon-

10. ENTRENA CUESTA, *La Administración Institucional*, ob. cit., págs. 337 e segs.

11. ENTRENA CUESTA, ob. cit., págs. 338/9.

centração, como a iniciativa legal mais apropriada ao atendimento de certas obrigações estatais e públicas.

Correspondendo às fundações, as empresas públicas se impuseram na esfera administrativa estatal, num mesmo plano igual de atividade indireta, atuando, ou não, num regime de monopólio, gestionando, ou não, um serviço público em sentido estrito, como resultado de processo racionalizante e nacionalizador.<sup>12</sup>

Separados os fins, discriminada a finalidade, adotado o processo privado de personificação jurídica, a posição das fundações como das empresas públicas no quadro da Administração institucional é a mesma, irrelevantes que se tornam as formas e os tipos casuísticos, ou as correlações com a organização administrativa.

Na recente evolução planejada diante das exigências do desenvolvimento econômico e social, verifica-se pelo sentido e alcance do fim público, que a realidade do ordenamento jurídico, apaziguou tendências diversas em favor de condições cuja tipicidade não obrigam o Direito Administrativo a qualquer opção.

A significação ontológica da *forma jurídica* adotada para as fundações e empresas não implica com a doutrina clássica, pois a perspectiva o que visa outra coisa não é que a valorização do sistema jurídico privado na gestão de setores públicos representativos de problemas que afetam a competência do Estado.

Alguns pontos são comuns, nas empresas públicas, à atividade concreta das fundações. PEREZ MORENO, enumera três que aceitamos:

a) insuficiência da iniciativa privada, incapaz de corresponder a fins de caráter geral para as diversas modalidades fundacionais e empresariais;

b) a conveniência de se impedir ou combater as práticas restritivas ao exercício da competência estatal;

c) imperativos de defesa dos altos interesses nacionais no tocante à exploração de novas e velhas fontes econômicas.<sup>13</sup>

12. GARRIDO FALLA, *apud* PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 33.

13. V. *La Forma Jurídica de las Empresas Publicas*, págs. 51/2.

No que respeita às fundações, com o critério de competência técnica reforçando o critério da competência jurídica, a intervenção estatal, pelo ato de criação, traz no seu bôjo, como consequência do processo privado, a figuração de um órgão ou organismo-ente coordenado aos órgãos centrais de governo e de administração.

No exercício de uma função, de gestão de serviço público, vigora o princípio da discricionariedade organizacional dentro da ordem jurídica, segundo o qual o Estado, pela Administração, no uso da sua autoridade legal, pode outorgar-se o papel de interventor para assistir interesses sociais, assistenciais ou educacionais.

Mudada a equação, quanto ao fim, da atividade-forma jurídica, as fundações passam a assemelhar-se às empresas públicas, preponderando sempre a autonomização indispensável à personalização do ente administrativo, e tendo no substrato personificado as exigências que revestem a pessoa jurídica na sua extensão legal.

Com as fundações, o fenômeno que acontece é este: a Administração, criando-as, personifica entes, como necessidade de obedecer o princípio da divisão do trabalho administrativo para a realização de fins que justificam os meios, sem com isso violentar a ordem jurídica ou desmerecer as tarefas que lhe devem ser cometidas.

Nada há de mais que a Administração recorra à personificação jurídica e privada através dos instrumentos de direito privado, eis que as formas sempre novas que possa adotar integram-se à organização geral do Estado acudindo situações e tarefas que a rigor vinculam-se a setores diretamente afetados pelo interesse coletivo.

Pelo princípio da divisão do trabalho administrativo, que permite ao Estado ampliar as suas áreas de ação administrativa, jamais será aconselhável a concentração de tarefas públicas de fins de serviço público, quando a Administração pode impor normalmente o recurso da necessária e peculiar personalidade jurídica.

### § 9.º — DETERMINAÇÃO DO CRITÉRIO INSTITUCIONAL

A Administração Pública, respeitando a organização política estatal, em sentido amplo e de sistema orgânico, está naturalmente integrada por uma pluralidade de *entes* políticos públicos: o Estado, pelo óbvio, em primeiro lugar, e, em segundo lugar, a série de *entes* que fazem a denominada Administração indireta, entes êsses que possuem caráter territorial e outras vezes caráter institucional.<sup>14</sup>

As funções públicas que se distribuem entre os entes administrativos, conforme critérios de ordem e de eficácia, de meio e de fim, de necessidade e de serviço, cada uma dessas unidades constituindo um organismo peculiar, ou um órgão administrativo, dão como resultado a *organização geral administrativa*, não só pelo conjunto de relações jurídicas recíprocas, mas pela hierarquia, coordenação e subordinação.

Acompanhando o pensamento de ENTRENA CUESTA, estamos concordes que o órgão com elementos pessoais e materiais adstritos à realização de um fim forma uma *instituição*: essa característica institucional de órgãos administrativos, conforme a atribuição de personalidade legal, face às relações que só podem existir entre sujeitos de direito, explica-se pela conduta da Administração quanto às obrigações estatais.<sup>15</sup>

Apreende-se, portanto, que é neste plano que se colocam as fundações e as empresas públicas, estimando-se:

- a) o limite da competência administrativa;
- b) a titularidade para a função específica;
- c) a esfera própria de atuação legal e jurídica;
- d) a categoria dos direitos recebidos;
- e) o caráter dos deveres assumidos;
- f) a consecução do interesse público.

14. RAFAEL ENTRENA CUESTA — *Caracteres y Contenido de la Administración Institucional*, ob. cit., págs. 338 e segs.

15. V. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 346 e segs.

Em conseqüência dessa postura, da existência da pluralidade de entes administrativos integrando a Administração, do princípio que leva o Estado a categorizar pessoas jurídicas, é certo que as fundações como as empresas públicas ostentam além de competência *subjetiva* também competência *orgânica*.

Uma e outra *competência*, a orgânica e a subjetiva, estão nas funções legitimamente exercitadas: há, por assim dizer, um direito subjetivo ao exercício dessas funções; há, por condição do ordenamento jurídico, órgãos com atributos de capacidade preferencial no sentido de que são titulares de direitos e de obrigações.

Considerando a importância da *competência administrativa* na organização e atividade dos entes públicos ou criados pelo poder público, ressalte-se que as regras adotadas seguem uma determinação de critério institucional:

a) quando implicam com a adoção de formas específicas, isto é, indicativas do modo de como possam ser exercitadas;

b) quando a especificação constitui-se em atributo do órgão, isto é, resulta de princípios concretos reguladores do pretendido serviço público.

Destaque-se, outrossim, a influência da coordenação administrativa nas diferentes técnicas de atuação estatal, que não escapa:

a) da hierarquização como estrutura;

b) da fiscalização e da tutela legal;

c) da subordinação que reduz à unidade a multiplicidade dos entes administrativos.

Através de relações de subordinação, porque não dizer de supremacia, pela hierarquização passam a dispor os órgãos superiores de faculdade de contrôlo de conduta dos órgãos inferiores, mediante uma ordenação sistematizada que encontra guarida na ordem jurídica e nos princípios positivos de natureza legal.

Nas fundações, como nas empresas públicas, dirigir, inspecionar, ordenar e tutelar, é condição imperativa

da organização administrativa: jamais a fiscalização pela tutela, na repartição do trabalho administrativo, infringe a autonomia da pessoa jurídica ou restringe a delegação concedida para a eficácia do serviço público.

### § 10 — O CONTRÔLE OU TUTELA

Está claro que o contrôle, ou a tutela, não se presume, porque está expressamente consagrado no direito positivo. E, como supõe uma exceção à autonomia do ente descentralizado deve ser aceito restritivamente para consagrar a Administração na unidade da sua capacidade geral de autodeterminação.

Assim é com as autarquias. Com as fundações e as empresas públicas, num sentido de limitação em função de atividade permitida. A causa da tutela administrativa reside na necessidade de não se quebrar a unidade na atuação de quantos entes persigam os fins públicos, fins que são inerentes à atividade estatal.<sup>16</sup>

Para RAFAEL ENTRENA CUESTA, entre a hierarquia e a polícia administrativa está o conteúdo da tutela administrativa integrada pelas faculdades de contrôle outorgadas com caráter limitado pelo direito positivo ao ente cujo fim é o serviço público, não se admitindo, porém, livremente, que o sujeito tutelante possa ditar ordens ao sujeito tutelado.<sup>17</sup>

Prevalece, como no caso das fundações, o princípio criador que se transforma em orientação estatutária. Ou no caso das empresas, onde a tutela visa lograr a falada unidade de atuação, sem o que impossível seria estabelecer-se a legalidade e a oportunidade de atos passíveis de contrôle jurisdicional.

Afirmando-se, como pondera PEREZ MORENO, que a Administração personifica *organizaciones* como forma articuladora do princípio de divisão do trabalho, ou que a concentração das tarefas assumidas pela Administração impõem necessidade de distribuição, nada mais

16. R.E. CUESTA, ob. cit., pág. 153.

17. Idem, ob. cit., pág. 152.

normal que a exigência do contrôle ou da tutela administrativa.<sup>18</sup>

Na Administração indireta, o papel atual das fundações, como o papel que representam as empresas públicas, ambas levadas à formação através do recurso da personalidade jurídica e privada, corresponde pelas prerrogativas outorgadas a um mesmo objetivo prático: servirem o Estado como compartimentos da Administração geral, de atuarem em nome do Estado em áreas públicas diretamente afetadas.

Na expressão de PEREZ MORENO, “la personificación de esos entes constituye, en definitiva, la creación de nuevas formas jurídicas, de nuevos sujetos para los que se elabora un Derecho especial”.<sup>19</sup>

Mas de *novas formas jurídicas*, com a adoção de uma forma jurídica de direito privado, por onde não pretende a Administração fugir da aplicação do Direito *geral normativo*, desde quando, para os esquemas clássicos de serviço público, submete fundações e empresas ao direito privado para gestionar fins públicos.

Estamos com GARRIDO FALLA quando define a descentralização, no seu rigoroso sentido dinâmico, com a transferência de funções ou competências dos órgãos estatais às demais pessoas jurídicas públicas, mas não só transferência às pessoas públicas como às privadas de sua criação mediante contrôle ou tutela.<sup>20</sup>

A mesma indagação que vale para as empresas públicas é válida para as fundações: estão elas, fundações e empresas, enquadradas à organização estatal? A resposta só pode ser afirmativa, pois não há polêmica lógica quando entes descentralizados ficam submetidos à tutela administrativa por formação coativa.

Concordar, não obstante, com GARRIDO FALLA, para afirmar que as empresas públicas não estão enquadradas na administração estatal mas que fazem parte da Admi-

18. V. *La Forma Jurídica*, cit., pág. 71.

19. PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 74.

20. V. *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, Madri, 1950; VALINA VELARDO, *Transferencia de Funciones Administrativas*, Madri, 1964.

nistração Pública, não é o caminho mais adequado para a solução do problema em relação ao que o Estado pretende realizar por meio de pessoas privadas.<sup>21</sup>

Em falando de descentralização funcional, observando-se a Administração no seu aspecto intervencionista, ou apontando como realidade o fenômeno da integração orgânica do Estado, não há como poder distingui-la da descentralização por serviços, tal a semelhança de propósitos em face da relação jurídica.

Basta, aqui, o controle ou a tutela para aclarar-se a natureza da relação entre fundações e empresas como entes descentralizados e a Administração: qualificar essa *relação* não é trabalho da doutrina e nem da crítica doutrinária, mas do direito, por motivo de normas gerais e por consequência estatutária.

### § 11 — A FUNDAÇÃO-EMPRESA

A tese aceitável, que ainda está no domínio da doutrina, pertence, no momento, a URBANO VALERO AGUNDEZ, com a supervisão de JOSE GIRON TENA, ambos da Universidade de Valladolid, na Espanha.<sup>22</sup>

É plausível a existência da fundação-empresa? Pode a fundação surgir como uma nova forma de empresa? Será possível uma empresa ter caráter fundacional? Em razão da estrutura e do regime jurídico poder-se-á conjugar numa mesma pessoa duas manifestações jurídicas diferenciadas? No interesse público permite-se ao Estado adotar regime comum, contrariando disposições de procedimento legal?

Como pode a fundação ser utilizada como empresa? Mesmo havendo conexas como harmonizar a idéia de fundação com a idéia de empresa? Já não existem fundações que agem com fins de empresa? A organização de uma fundação como empresa pública deve admitir configuração própria fora do princípio estatu-

21. FERNANDO GARRIDO FALLA, *La Descentralización Administrativa*, págs. 28/9.

22. V. *La Fundación como Forma de Empresa*, Valladolid, 1969.

tário? E a empresa pública sob forma fundacional conflita-se com a natureza das instituições?

As indagações, no que não escapam do pensamento jurídico realista, merecem inteira concordância frente à realidade do Estado moderno como organização política e administrativa. Não se concebe, hoje em dia, o Poder Público não interessado pelas novas técnicas de atuação no campo do Direito, quer público ou quer privado. O que importa é que o serviço público seja prestado na extensão das necessidades coletivas.

Se o veículo da prestação forem as fundações, nada mais justo que adotá-las na dimensão de uma racional descentralização funcional. Caso o veículo aconselhável sejam as empresas, certo que se faça delas expressão dos serviços econômicos que o Estado tem por obrigação prestar. Havendo, no entanto, conveniência de uma forma conexas, que o processo novo ganhe estrutura no contexto do regime administrativo.

Ao Estado, pela Administração, que não se permite o alheamento quanto à possibilidade apresentada de acolher novas fórmulas indicadas pela prática e que melhor forem condizentes com a execução dos serviços públicos. Para a problemática estatal importantes serão sempre os instrumentais administrativos que possam adequar os problemas às soluções, os métodos às resultantes de fins necessariamente públicos.

Ademais, mesmo que não haja orientação predominante, razão alguma se pode opor à possibilidade de constituição de fundações-empresas. A organização de uma fundação com forma de empresa e conteúdo empresarial e a inclusão dela como organismo da Administração Pública, em coisa alguma poderá alterar a influência do Estado quando no exercício pleno das suas prerrogativas primaciais e de supremacia.

Substancialmente, não se modifica, nem pelo processo jurídico, a natureza da instituição. A atividade executiva, que se torna estatal nas empresas e fundações, resulta de funções anteriormente outorgadas por ato de autoridade competente encarregada na ordem jurídica de promover satisfações coletivas econômicas e

sociais. Quanto à instituição, mantém-se na pureza da sua forma, apesar da evolução dos fatos públicos.

## § 12 — A SITUAÇÃO NO DIREITO POSITIVO

Na verdade dessemelhanças essenciais não existem em questão formal entre as fundações criadas pelo Estado e as empresas públicas estatais. São simplesmente pessoas administrativas funcionalmente descentralizadas na órbita da Administração institucional. Aparecem e se criam, na ordem jurídica administrativa, em atendimento de um serviço que é público, do Estado, e, portanto, do interesse da Administração.

No direito positivo a situação sequer se altera em relação à orientação tomada pelo Direito Administrativo. Jamais houve segrêdo, nem conflito doutrinário, com respeito à posição das autarquias. Oposição não houve, entre os doutrinadores, quanto à participação das entidades autárquicas no quadro da Administração geral. Sobretudo, as leis civis e os Códigos sentiram-se respeitados e estimulados.<sup>23</sup>

No entanto, antes de formalizadas legalmente, as autarquias inexistiam para o direito positivo. Como pessoas jurídicas, ouvidos os códigos de leis civis, não tinham lugar próprio na tradicional classificação de pessoas. Bastou a manifestação da vontade estatal para que as autarquias viessem a ocupar posição de destaque na Administração, atendidas de plano que foram certas áreas de interesse público.

Irrelevante, portanto, a controvérsia, no que diz com as empresas públicas e as fundações. Pelas possibilidades institucionais, a Administração insuficientemente aparelhada não está impedida de amparar-se nos

23. No Brasil já vai longo o processo de consagração das autarquias como pessoas jurídicas públicas integradas na Administração estatal. Três importantes autores fazem história na literatura brasileira: TITO PRATES DA FONSECA, *Autarquias Administrativas*, São Paulo, 1935; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, 1967; e ALBERTO B. COTRIM NETO, *Direito Administrativo da Autarquia*, Rio, 1960.

institutos privados. Ao contrário, têm nêles elementos jurídicos com que cumprir obrigações inalienáveis, desde que mantenha o Estado a sua tônica de poder político com responsabilidades administrativas.

Não prevalecem com as fundações as dúvidas que incidiram sobre a conceituação e a posição das autarquias. Possuem os entes fundacionais características jurídicas marcadamente acentuadas no direito positivo. Bastam-se pelos elementos integrativos que não isolam o Estado da tutela legal. Elementos que são componentes e de conteúdo jurídico, seja qual seja o fim da promoção fundacional.

De maneira igual, com as empresas públicas, adotou a Administração o comportamento aconselhado pelo direito positivo. Recorre às empresas, respeitando a ordem jurídica, objetivando indiretamente determinada prestação de serviços. Sem, contudo, precisar violentar regras de procedimento aconselháveis à adequação do problema. Com isso, não excepcionaliza, mas integra buscando a colaboração do direito privado.

Está bastante clara a afirmação esclarecedora de URBANO VALERO AGUNDEZ: “en la actual situación de nuestro Derecho positivo, a falta de una reglamentación legal de la fundación como forma de empresa, todas las reservas seriam en ella reservas estatutarias o reservas facultativas”.<sup>24</sup>

Na vontade instituidora ou criadora não intervêm o direito positivo e nem as regras recomendadas de procedimento legal. Cabe ao fundador, ou criador, no caso o Estado, estabelecer as motivações do ato, procurando as formas mais suscetíveis de entrosamento de fim público à Administração. Na declaração da vontade afigura-se com precisão a harmonia entre a norma privada e o interesse público.

Para URBANO AGUNDEZ, “no parece haber motivo alguno para dudar de ello, toda vez que al fundador le corresponde establecer la medida en que los beneficios fundacionales, también en el caso da fundación-empresa,

24. V. *La Fundación*, cit., pág. 322.

deben ser distribuidos entre sus destinatarios o aplicados, en general, a los fines fundacionales".<sup>25</sup>

Conclui-se, portanto, que nem do ponto-de-vista econômico e nem do ponto-de-vista jurídico, hajam obstáculos à criação da fundação-empresa. As reservas aconselháveis seriam estatutárias quanto aos meios e com relação aos fins. O exame da conveniência fica na alçada administrativa. O problema da possibilidade pertence à Administração quando no exercício das suas faculdades discricionárias.

### § 13 — ADMINISTRAÇÃO E ORGANISMOS AUTÔNOMOS

Já o Direito Administrativo esgotou uma farta literatura de como na prática institucional e organizacional comportam-se os *organismos autônomos*. Surgem êles pela necessidade de várias imposições: as políticas, as sociais, as assistenciais, as econômicas, descentralizando ou desconcentrando as funções estatais.

Não existem, porém, no direito comparado, e nem nos direitos nacionais, princípios gerais reguladores da estrutura administrativa dos organismos autônomos. Princípios que passam a obrigatórios para a formação de entidades cuja finalidade correspondam à serviços públicos ou de interêsse público.

Preferível a expressão *prerrogativas da Administração* para com ela dar sentido às iniciativas que se tomam em tôdas as dimensões da atividade estatal: na verdade são *prerrogativas* de quem inclusive tutela o direito na sua aplicação material e responde pelos problemas de uma sociedade política em desenvolvimento.

Apesar da descentralização, os organismos autônomos são entidades afluentes em face da Administração. Para os países desenvolvidos, a meta outra não será que aquela favorável à desconcentração do trabalho administrativo, num Estado de direito que possibilite ampla distribuição de funções e atribuições específicas.

25. URBANO VALERO AGUNDEZ, ob. cit., pág. 322.

Nos países em desenvolvimento, a importância das novas técnicas distribuídas de procedimento é ainda maior, considerando-se que o Estado não é apenas uma organização de polícia e de negócios fiscais. Como corpo político de uma nação, o Estado é um complexo orgânico, sofrendo transformações históricas de regime e de sistema.

Deve, por isso, como unidade e pelos seus órgãos, de índoles legislativa, jurisdicional e executiva, em razão da heterogeneidade de funções que caracterizam a Administração, caminhar dando formas às diversas manifestações da sociedade política, sem o que não poderá atender o que exigem os acontecimentos sociais.

Não se trata, hoje em dia, de submeter, obviamente, a Administração à lei, ao direito e, por conseguinte, à defesa da liberdade, no dizer de JEAN RIVERO.<sup>26</sup> Como organização superior, complexa e composta, o Estado está orientado por distintos ordenamentos jurídicos que não fogem às transformações do tempo histórico.

Nos organismos autônomos encontra o Estado os meios jurídicos de expansão que correspondem à universalidade da problemática administrativa, cumprindo-se assim mediante postulados de direito comum e público, de vez que o Direito Administrativo tornou-se fruto de duas revoluções do século XIX: a política e a técnica.<sup>27</sup>

Vigora destarte, na aplicabilidade e na prática, o princípio da hierarquia normativa, sobretudo organizacional, escalonando a atuação pública estatal em termos de realidade geográfica e institucional, unificando na variedade e planificando nas mais distintas relações de autonomia e subordinação.

Em concordância, pois, com o ordenamento jurídico, os organismos se integram na Administração nos limites da competência concedida. Seja a competência de atri-

26. V. *L'État Moderne Peut'il Être Encore un État de Droit?* Liège, 1957.

27. JEAN RIVERO, *Cours de Droit Administratif Comparé*, págs. 27 e segs.

buição genérica quanto ao fim ou específica, personaliza e titula pela vontade estatal serviços administrativos institucionalizados.

#### § 14 — A MODALIDADE FUNDAÇÃO NA EMPRESA

A fisionomia de qualquer figura jurídica, principalmente as nascidas do direito positivo, define-se pela expressão técnica ou por um complexo de elementos técnicos que possibilitam atuação no ordenamento jurídico estabelecido. O fim fundacional, sendo o interesse público, não impede objetivo de natureza econômica.

A função do fim fundacional no regime jurídico das fundações, não obstante a estrutura ou o funcionamento delas, não se conflita com a idéia de empresa, desde que o patrimônio esteja destinado à efetivação de resultantes econômicas e diretamente comprometido com o que pretendeu o fundador no ato de instituição.

Está visto que o conceito atual de fundação não se confunde com o conceito tradicional, superadas que estão aquelas finalidades clássicas, em virtude da expansão do interesse público em áreas anteriormente entregues à responsabilidade da iniciativa particular, onde o Estado apenas fiscalizava e não tutelava.

Atualmente, e os exemplos são tipicamente fundacionais, as fundações não se classificam tão-somente como culturais, caritativas, beneficentes ou religiosas. Vão muito mais além, com a intervenção direta do poder público quando o Estado procura atender certos setores, criando como fundador entes que prestam serviços públicos.

Nada há demais no fenômeno. Fácilmente é explicável diante de certos problemas que exigem solução jurídica adequada. É para o poder público uma questão de necessidade promover a criação de organismos supletivos encarregados de uma finalidade e com bens e direitos que se incorporam ao patrimônio fundacional.

O relacionamento, portanto, diz respeito ao *fim*, à finalidade, ao que pretende o Estado quando se faz

fundador de uma fundação. Em princípio, qualquer classe de bens pode constituir o elemento patrimonial de uma fundação, sem com isso perder o Estado em substância aquilo que pretende como fim público ou administrativo.

Em qualquer caso onde haja a interferência criadora do poder público, a afetação dos bens a um fim predestinado resulta de uma obrigação relacional, de um direito real ou de uma vontade protegida pelo direito, vontade essa vinculada ao ato instituidor da pessoa jurídica, seja a pessoa uma fundação ou uma empresa pública.

Simplistamente analisado, tendo em conta a concreta manifestação da vontade estatal, identifica-se o *fim institucional* tanto nas fundações como nas empresas, em razão do processo que se aplica ao fato, em virtude da afetação de bens que motivaram a criação de um novo sujeito jurídico e personalizado.

É lógico que, se com a forma jurídica de empresa se pretende criar um sujeito de atuação econômica, dotado de uma organização jurídica especial para o cumprimento da dita atividade, nada impede que a pessoa seja uma fundação com personalidade peculiar e característica orientada para fins empresariais.

Para VALERO AGUNDEZ, a fundação-empresa é uma fundação: uma fundação com base na titularidade jurídica imediata sobre a empresa, em virtude de uma exigência institucional derivada da força normativa dos estatutos, da vontade do fundador e da característica atividade econômica que traz como fim.<sup>28</sup>

### § 15 — A QUESTÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Por paradoxal que seja, a questão da personalidade jurídica já não é mais uma questão de alta indagação: no comum das vezes o procedimento estatal é típico do

28. V. *La Fundación — Diversas Manifestaciones de la Fundación*, ob. cit., pág. 129.

direito público, orientando-se por princípios não de opção estatal quanto ao regime, mas de *potestade pública* que dá à Administração capacidade para soluções buscadas no direito privado.

Qual o regime jurídico das fundações, no Brasil e no direito comparado? Qual o regime jurídico das empresas públicas no Direito Administrativo, brasileiro e comparado? Ao que parece não existem distinções que possam preocupar a posição do pensamento doutrinário.

A intervenção do Estado na ordem econômica e social é o traço de união na sistemática entre as fundações e as empresas. Levada à desempenhar atividades *indiretas* de natureza diversificada, a Administração, adotando personalidade jurídica de direito privado, apenas tende para conveniências de política administrativa em face da organização estatal?<sup>29</sup>

Cabe ao Estado, na individualização, ou personificação de serviços essenciais, decidir quanto à forma e ao conteúdo da outorga ou delegação e na decisão determinar o procedimento e o fim: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações serão os veículos mais apropriados para uma efetiva atuação indireta do Poder Público.

Encontram-se, assim, harmoniosamente, dentro da esfera do Direito Administrativo, a excelência de dois regimes jurídicos: o regime jurídico público e o regime jurídico privado, ambos os regimes marcando prerrogativas e sujeições no melhor proveito do serviço público indireto.<sup>30</sup>

29. No direito positivo brasileiro ambas as entidades estão definidas no Decreto-lei n. 200, e no Decreto-lei n. 900. Explorar atividades econômicas e outras atividades configurando pessoas jurídicas que a lei prevê não é mais mistério algum para a doutrina, em razão da lei. Adotar o regime jurídico está na vontade do Estado. Trata-se aqui de descentralizar para efeito de colaboração. No fundo está o interesse público.

30. Como é óbvio, por exemplo, a empresa, recebe o nome de *pública*, quando é criada e mantida pelo Estado (ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 662).

O regime jurídico privado das empresas públicas, como a personalização jurídica das fundações, decorre da própria natureza das pessoas privadas que são: a presença do Estado, pela Administração, no caso das empresas, objetiva fins públicos, isto é, *status* legal de onde ressaltam-se caracteres típicos e constitutivos específicos.<sup>31</sup>

Em resumo: quer as empresas públicas, quer as fundações, atendendo à peculiar personalidade jurídica, constituem-se através de patrimônio estatal, personalizado sob a forma de pessoa de direito privado, criadas por lei para gerir interesses públicos afetados a fins econômicos, sociais, assistenciais ou educacionais, sempre um serviço público.

Vale, portanto, o *fim* de interesse ou de serviço público. *Fim* que fica submetido a regime jurídico que melhor convier ao Estado dentro da ordem jurídica estabelecida. *Fim* personalizado juridicamente dentro de esquema privatístico que não desmerece a Administração nas suas prerrogativas públicas e de atuação na ordem pública geral.

## § 16 — METODOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO

Tornou-se convincente que o mais importante para o Estado moderno é o *processo* e não a forma jurídica somente: as técnicas administrativas podem e devem variar sem violentação da ordem jurídica, ficando a Administração com a responsabilidade de encontrar a melhor solução para os seus problemas específicos.

Uma organização ou uma entidade descentralizada é muito mais do que uma simples pessoa jurídica: precisam os entes da Administração indireta atender as necessidades humanas em harmonia com as metas

31. V. NICOLA BALOG, *A Organização Administrativa das Empresas Públicas*, RDA, vol. 88/41; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, págs. 424/5; NATALIA GAIL, *As Empresas Estatais na França, Itália e Polónia*, RDA, vol. 70/43; ERNST FORSTHOFF, ob. cit., pág. 662.

administrativas, num comportamento afeito às instituições que evoluem em razão da dinâmica social que impõe mudanças de estrutura.

Bom programa administrativo não pode ser cristalizado, senão quando orientado segundo as necessidades específicas imediatas do Estado. Qualquer estrutura rígida acabará totalmente inadequada às manifestações volitivas estatais imperativas, de vez que a Administração não está alheia aos impulsos resultantes do desenvolvimento social e econômico.

Exatamente para atender às necessidades públicas é que a Administração se torna flexível: aperfeiçoar, portanto, os métodos, tornando-os capazes de atender o desenvolvimento, outra coisa não é que colocar o Estado à altura dos problemas que exigem aparelhamento administrativo próprio.

Já num anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal brasileiro, com respeito aos serviços estatais dependentes da Administração direta, antecipava-se com inteligência no § 1.º do seu art. 7.º: “equiparam-se à empresa pública, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas com recursos exclusivos da União, quaisquer que sejam as suas finalidades.”<sup>32</sup>

Não há como não saber que as atividades econômicas diferem intrinsecamente e com real complexidade. Quanto à eficácia da Administração depende, em grande parte, das leis e instituições que se integram no quadro do regime jurídico, e que determinam a existência de pessoas e de entidades administrativas capazes, pelos novos métodos, de dar sentido ao desenvolvimento.

Equiparar, portanto, as empresas públicas às fundações, objetivando a dinâmica do desenvolvimento administrativo, chama-se ajustar conhecimentos técnicos às imposições do processo tecnológico, ampliando, assim, a capacidade estatal, em termos de governo integrado na reformulação de processos que desconcentrem pela divisão o trabalho da Administração.

32. HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, *Fundações*, pág. 73.

Não resta dúvida que, em administração, os objetivos, “a política de ação e os procedimentos são sempre relacionados de modo dinâmico e tendem a se tornar focalizados no momento de ação e decisão administrativas: desde que as entidades são um todo e suas partes inter-relacionadas, a administração tem de ser encarada como um processo global”.<sup>33</sup>

Dois corolários são exatos na lição de MARCELLO CAETANO:

1.º) A personalidade é um produto do ordenamento jurídico, concessão exclusiva do Estado. Nunca os homens, com os seus contratos e as suas organizações voluntárias, poderão fazer nascer uma pessoa coletiva, sendo sempre necessária a intervenção do Estado, através dos seus órgãos e autoridades. O reconhecimento é o fator constitutivo da personalidade jurídica.

2.º) Sendo a atribuição da personalidade apenas a concessão de capacidade jurídica, pode esta ser mais ou menos ampla, limitar-se ao direito privado ou estender-se também à esfera do direito público. Mais: quem determina tal capacidade é sempre a ordem jurídica, árbitro de conferi-la em geral ou sob forma limitada, fragmentária ou parcial.<sup>34</sup>

## § 17 — SUBSTRATO CERTO NA ORDEM JURÍDICA

Ninguém mais contesta o Estado na sua plena capacidade interventora ou de intervenção no domínio econômico e social. A Administração deve ficar com liberdade para decidir. Nas fundações e nas empresas, ou mesmo na fundação-empresa, depende o patrimônio afetado de quem reconhece a pessoa jurídica e das regras comuns recomendadas pela experiência.

Não se trata, em razão do poder discricionário, de saber ou discutir qual a solução preferível. O reconhe-

33. HARLEIGH B. TRECKER, *Novas Perspectivas de Administração*, pág. 35.

34. CAETANO, fundamentado em FERRARA, *Das Fundações*, págs. 53/4.

cimento específico é taxativo e normativo desde quando a lei confere ao ato instituidor o efeito formal da outorga da personalidade. O ato de instituição é, pois, assim, a manifestação unilateral da vontade estatal em face do interesse público.

É pacífico que o ato de instituição tem caráter próprio e específico, constituindo uma categoria jurídica peculiar de negócio jurídico unilateral. Na verdade, não há dificuldade alguma, em conceber-se o Estado na sua qualidade de poder público provendo uma necessidade pública, mas com o ânimo de cumprir obrigações que lhe são essenciais e imperativas.

Nada mais simples do que aceitar a personalidade como uma *qualidade jurídica* com substrato certo na ordem jurídica: não há, portanto, restrição, no sentido de que as fundações, como as empresas públicas, procurem fins lucrativos, impostos à sua atividade no ato de instituição.

No entendimento moderno, sem qualquer base material de sustentação econômica, irrealizáveis são as fundações e as empresas públicas. É assim que, entre nós, o Estado tem criado várias fundações e empresas doando-lhes bens com destinação e fins previamente determinados.

Ultrapassada está a idéia de que as fundações só possam ter fins de utilidade particular. Superadas estão as teorias que só admitem fins de utilidade particular para as empresas estatais. Aqui, no caso em debate, a propriedade coletiva, ou pública, é eminentemente institucional, ou seja, voltada para a realização de certos fins públicos.

O sujeito do direito à propriedade coletiva, ou pública, é o Estado, sob a forma de uma pessoa jurídica constituída com fins de interesse público afetos à Administração. Manifesta a vontade do Estado não há como não admiti-la na sua expressão de força na ordem institucional. Vale, portanto, o ato de instituição, o significado do ato criador.

Aqui fica bastante claro: a função que o Estado exercita através das fundações e das empresas públicas,

escolhendo os meios de procedimento mais adequados, é uma função de intervenção. Intervenção pela qual a Administração se faz presente na extensão das suas prerrogativas e propósitos, ou como prestadora de serviços tanto sociais como econômicos.

### § 18 — INTERVENÇÃO E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Seria o caso de admitir a Administração agindo conforme impõe o princípio da especialidade. Intervindo em relações jurídicas de direito privado, embora mantendo as suas prerrogativas essenciais. Definindo de acôrdo com a lei a sua própria conduta e dispondo dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação.<sup>35</sup>

CAIO TÁCITO, informando que a tônica dos regimes políticos passou da *abstenção* para a *intervenção*, estabelece algumas premissas:

a) as Constituições se enriquecem com novos direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os seus direitos individuais e políticos;

b) o centro de gravidade da ordem jurídica se desloca, progressivamente, do individual para o social;

c) a intervenção do Estado no domínio econômico, que é uma constante do direito público contemporâneo, se define ora sob forma programática, ora como norma legislativa, ora ainda, como uma atividade administrativa;

d) o Estado é, atualmente, um *prestador de serviços*, tanto sociais como econômicos;

e) a atividade empresarial do Estado pode chegar, sob inspirações variadas, ao *monopólio estatal*;

35. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, págs. 34/5.

f) característica, também, de intervencionismo, é o *planejamento econômico*, tanto do setor público como do privado;

g) a propriedade, a família, o trabalho, a empresa passam a obedecer a novos pressupostos de interesse coletivo;

h) a liberdade e sobrevivência do indivíduo, a proteção contra os riscos sociais, a garantia da propriedade, da atividade profissional, do comércio e da indústria se colocam a um tempo sob a proteção e a disciplina do Estado, numa escala que vai da ampliação do poder de polícia às formas mais amplas de socialização da economia.<sup>36</sup>

Esse clima *reformista* do direito moderno não leva, como espera CAIO TÁCITO, à instabilidade das instituições jurídicas tradicionais, mas tão-somente à procura de novas leis e códigos melhor adequados à atuação estatal no que diz respeito com o equilíbrio indispensável à consecução da *segurança* social e econômica.<sup>37</sup>

Tanto nas empresas personificadas, como nas fundações com personalidade jurídica privada, ambas as pessoas jurídicas com capital público, os matizes não se diferenciam na evolução histórica, nem na sua expressão mais moderna ou de clima reformista, quanto à atividade do *fim* e de *forma* no que diz com a Administração indireta.<sup>38</sup>

36. V. o *Desafio do Ensino de Direito, Carta Mensal*, do Conselho Nacional do Comércio, abril de 1971, págs. 59/66.

37. CAIO TÁCITO, *trab. cit.*, loc. cit., pág. 61.

38. Destacam-se, na apreciação do fenômeno jurídico, face à capacidade interventora do Estado, alguns trabalhos de invulgar mérito prático e doutrinário, como: AURÉLIO GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, vol. III, Saragosa, 1967; ALFONSO PEREZ MORENO, *La Forma Jurídica de las Empresas Públicas*, Sevilha, 1969; F. GARRIDO FALLA, *La Descentralización Administrativa*, Costa Rica, 1967; ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1959; GARCIA TREVILJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madri, 1967; A. BUTTGENBACH *Théorie Générale de Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelas, 1952; URBANO VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como Forma de Empresa*, Valladolid, 1969.

Convém, porém, ressaltar que não mais existe, hoje, aquela tendência à *nacionalização* dos serviços públicos que impressionou o espírito jurídico depois da última guerra, na década de 1950, provocando de VEDEL uma atitude radical em favor da politização e em oposição à fase liberal já ultrapassada na sua fisionomia histórica.<sup>39</sup>

VEDEL largou àquele tempo a expressão que se fez famosa de que o Estado expropriou ou estava expropriando do capitalismo ou dos capitalistas não só suas empresas, como senão também suas experiências e suas fórmulas jurídicas com a intervenção e adoção de formas societárias mercantis constituídas de capital público.<sup>40</sup>

Mas o assombro com a expressão famosa não durou muito, pois o fenômeno *nacionalizador* haveria de dar lugar ao fenômeno do *planejamento*, com a proliferação de entes de gestão econômica e social, capazes, pela via da descentralização administrativa, de atender certos propósitos dentro da estrutura organizacional pública.

A evolução do pensamento jurídico se baseou na necessidade do desenvolvimento econômico, o que é *político*, com a aceitação da presença indispensável do Estado na atividade econômica através de um processo *racionalizador* que, ante a variedade de pessoas casuísticamente criadas, obrigou a Administração a optar por um regime racional e próprio, de cunho eminentemente planejado e de caráter institucional.

Quanto à experiência, generalizou-se em todos os países ocidentais de maior desenvolvimento, impondo a necessidade de uma reordenação jurídica assentada nos elementos surgidos da técnica planificada aplicada à organização administrativa, adequadamente sujeita essa técnica às condições de forma, conteúdo e regime jurídico.

39. V. *La Technique des Nationalisations*, Paris, 1946.

40. GEORGES VEDEL, ob. cit., *Droit Social*, pág. 93.

## § 19 — A SIGNIFICAÇÃO DA FORMA JURÍDICA

O caráter econômico, técnico ou de processo, está no presente vinculando muito mais o Direito Administrativo à Ciência da Administração: importa considerar, na descentralização como regime, dois fenômenos que exigem dimensionamento ajustado em planos que se equivalem na ordem decrescente hierárquica e funcional.

No primeiro dos fenômenos está a *organização*, mediante a qual a realidade estatal se projeta na realidade política de si mesma, isto é, ordenando formalmente a atividade administrativa instrumental nas diferentes esferas de comportamento público, harmonizando o sistema jurídico com o sistema político.<sup>41</sup>

No segundo dos fenômenos estão as *estruturas* através e mediante as quais a Administração efetiva a sua atividade de gestão, alargando o quanto possível a sua capacidade funcional, gerando órgãos, pessoas ou entes que, pela definição de competência e de objetivos, respondem à obrigatória ação estatal em diferentes esferas.

Daí por que órgãos, pessoas ou entes exigem *forma jurídica* cuja significação está no sentido da coordenação à organização administrativa, ou seja, à organização do Estado, *forma jurídica* que não se articula senão dentro do regime e da ordem jurídica instituída em

41. Não cabe aqui, necessariamente, o exame do Estado na sua formação política. Numa visão mais ampla, não há como não atender, pelas suas implicações de regime e de ordem política, o Estado como *corpo político*. Basta dizer que o sistema jurídico é condição da organização estatal ou do Estado politicamente organizado. Sendo êle, o Estado, *federal*, apresenta-se em caráter de maior complexidade. É, sempre, por essência, composto, como soma de valores políticos que se integram num mesmo único poder, no caso brasileiro, a União Federal. Por sua vez, a União não se realiza sem a participação das unidades federadas. Nos Estados *unitários* já a organização política não exige maiores dimensões. Nêle, no Estado unitário, não prevalecem pressupostos que imponham a divisão do poder político, e, por consequência, a Administração não sofre divisões ou repartições na estrutura.

razão do que oferece o Direito vigente nas suas manifestações.<sup>42</sup>

Compreende-se, portanto, o surgimento das fundações e empresas públicas como participantes da ordem jurídica estatal, sob formas clássicas mas adequadas às exigências do serviço público, criadas dentro do âmbito do *ius publicum* com o objetivo de alcance político e não só patrimonial, instituídas em diferentes níveis e graus com personalidade jurídica, natureza própria e forma jurídica peculiar aos entes autônomos privados.

Ainda aqui, merece lembrança, a lição de PEREZ MORENO, que se torna válida desde quando visualiza o problema em termos genéricos, para afirmar:

“a) la Administración tiene un hambre de nuevas formas que solo el Derecho común ha sabido y podido suministrarlo;

“b) junto a la decantada politización del Derecho común cabia colocar la privatización del Derecho público, no en cuanto a su substancia específica, y que la Administración, aun cuando actuando bajo régimen privatístico, no pierde jamás su carácter de *publicas potestas*, sino en cuanto a la forma jurídica a que se someten las nuevas tareas administrativas.”<sup>43</sup>

Sem dúvida, não há como contrariar a Administração, ou o poder administrativo, ou o Estado, não admitindo a plena compatibilidade entre a organização do ente segundo a estrutura jurídica mais adequada a seus fins, tendo em conta o caráter instrumental e de processo que interesse à Administração no uso das suas prerrogativas.

Sabe hoje a doutrina, que o chamado regime privatístico não é estranho à Administração quando expressa a sua vontade pública ou política. Nas pessoas jurídicas *fundacionais* efetivamente o poder público procura a descentralização funcional ou a descentrali-

42. “En todo caso los problemas a resolver serán el Derecho aplicable a estos entes autónomos, como se relacionan con la Administración, y el valor de la atribución de personalidad jurídica en las relaciones con terceros” (PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 66).

43. V. *La Forma Jurídica*, cit., pág. 76.

zação por serviços. Nas empresas, ou através delas, o que o Estado procura, é dinamizar um objetivo econômico no plano onde possam preponderar elementos jurídicos combinados de regime jurídico e que melhor disciplinem a forma jurídica.

Certamente, a doutrina, por imposição de certas posições doutrinárias, não se mostra unânime quanto à forma das fundações e das empresas públicas. O processo, porém, deve caber ao Estado, dentro do princípio da unidade administrativa. A obrigação do respeito à legalidade não impede a escolha do regime mais adequado. Tendo em mira fatores condicionantes que dão configuração a tipos de pessoas, tanto pode o Estado adotar a forma pública, ou a privada, se esta lhe parecer a mais conveniente.

Acresce, sobretudo, reconhecer que a característica dos entes fundacionais com forma jurídica de empresa pública está na personalidade jurídico-pública, mas com submissão da sua atividade ao direito privado, especialmente quando o Estado, no ato criador, define o tipo da pessoa na relação jurídica e diante dos objetivos a alcançar. Assim afirma o Estado, como instituidor e organizador, a sua capacidade de Direito Administrativo. Capacidade que não ampara as fundações simplesmente privadas.

Preponderam três elementos fundamentais no sentido da caracterização da *forma jurídica*:

- a) o elemento vontade fundadora do Estado;
- b) o elemento *patrimonial* para consecução de um fim;
- c) o elemento organização para cumprimento desse fim com a fixação de meios pessoais e materiais necessários.

A modalidade do ente fundacional, com forma de empresa pública, supõe reconhecimento de finalidades que pela atividade pretendem a gestão de serviços públicos econômicos. A *forma jurídica*, por conseqüência, responde a uma necessidade, ou a necessidades que se manifestam na esfera própria de responsabilidade da

Administração. A colaboração de pessoas privadas na gestão administrativa pública tornou-se num fato natural e numa solução normal do nosso tempo, dado o sentido organizador do Direito Administrativo.<sup>44</sup>

## § 20 — CONCLUSÃO

Enquadram-se, teórica e praticamente, as conclusões que espontaneamente aparecem dos fatos que envolvem a *condição administrativa*, nos seguintes *itens*, cuja importância indica a capacidade generalizadora do Estado, no tocante aos serviços públicos que envolvem a plena responsabilidade da Administração:

a) somente pela descentralização funcional e de serviços pode a Administração arcar com as exigências de ordem administrativa, social, econômica e assistencial que fazem *fim* para o Estado dentro das suas prerrogativas políticas;

b) essa *descentralização* caracteriza-se, no sentido dinâmico, pela transferência de funções ou competências da Administração às demais pessoas jurídicas públicas ou privadas e para atender condições territoriais e institucionais;

c) o nexo causal e jurídico entre os entes funcionalmente descentralizados e o Estado impõe a *tutela* face à natureza da relação, dependência hierárquica, a forma personificada e a forma jurídica adotada;

d) a posição do Estado é a mesma quanto às fundações e às empresas públicas, desde o momento em que as enquadra na organização estatal por constituição coativa;

e) tanto as fundações como as empresas organizadas em forma de serviço público no sentido geral são fenômenos típicos de descentralização administrativa, assumindo a personalidade melhor condizente com o fim esperado;

44. Em parte é essa a orientação de PEREZ MORENO quando ressalta a importância das relações de cooperação sobre as relações de estrita subordinação (ob. cit., pág. 266).

f) considerando a relação de hierarquia e a relação de tutela o regime jurídico será sempre aquele que o Estado proferir para todos os entes inferiores que participam ou passam a participar da Administração indireta;

g) na realidade nada há que impeça o Estado de criar fundações com forma de empresa, destacando no ente autônomo personificado o regime conveniente, e isso em razão da natureza da atividade que pretende exercitar;

h) mostra-se a vontade estatal através do *substratum* personificado que dá vida ao ato de criação, em cada caso, para tudo quanto disser respeito à forma concreta, à estrutura jurídica peculiar e organizacional administrativa.

Adotamos aqui, sem reservas, a tese de VALERO AGUNDEZ: "el fundador puede establecer en el negocio fundacional las normas, conforme a las cuales deben estructurarse y atuar los órganos de la fundación."<sup>45</sup>

Como fato, as empresas fundacionais privadas, em nada se conflitam substancialmente com a natureza histórica da instituição. A ação do Estado, pela vontade, é a mesma. A necessidade de controle também igual na fundação-empresa.

Quanto ao controle no funcionamento da empresa fundacional será o problema apenas *estatutário*, pois, em princípio, resultante da intervenção de órgãos públicos ou da Administração, a função de poder outorgada pelo fundador, limita-se às regras ou disposições que garantem o cumprimento da vontade nascida do ato de instituição.

Paralela às tradicionais formas de empresa, a nova forma de fundação, com peculiaridades econômicas no setor privado ou público, dificuldade maior não oferece no tocante ao conceito, possibilidade e regime jurídico. Ressalte-se, fundamentalmente, como essencial, a vanta-

45. V. *La Fundación*, ob. cit., pág. 314.

de do fundador, em tórno da idéia central, que o levou à criação do ente.

Como nas fundações, pessoas criadas de direito positivo, no *fim* está precisamente o seu *objetivo*. A figura típica, histórica, clássica das fundações já não basta na atualidade. As exigências do interesse público de tal maneira aumentaram que estão a exigir do Estado ação mais eficiente e disciplinadora. Ação instrumental que se ampare nos elementos coadjuvantes que lhe oferece o direito privado.

No sistema do Código Civil, apesar dos preceitos unitários aplicáveis, não se diz ao certo o que seja o interesse ou a necessidade públicos. Em consequência, o interesse público, ou a necessidade, converte-se em algo tipificado nos dias atuais para o Direito moderno na sua expansão socializadora.

Mas há uma verdade, em que a doutrina é bastante segura: todos os ordenamentos jurídicos que admitem a figura da fundação outorgam sua proteção à vontade do fundador, para garantir não só o cumprimento das suas finalidades, mas para reconhecer na vontade do fundador a norma suprema da fundação.<sup>46</sup>

Fora de tal verdade, não existe outro caminho para a Administração, em consonância com a ordem jurídica institucional. Está certo que o fim objetivado pelas fundações venha claramente marcado pela condição de inalterabilidade. Mas a inalterabilidade dêsse fim não é nunca absoluta. Seria gravemente prejudicial para a fundação se assim o fôsse. As circunstâncias que mudam podem obrigar necessariamente a novas adaptações, sem quebra da fidelidade à vontade do fundador ao constituir a fundação.<sup>47</sup>

Não há, portanto, um critério rigorosamente exato, quanto à evolução do *fim* e o caráter permanente das fundações. Não havendo um critério exato, permite-se às fundações, em razão do ordenamento jurídico, que assumam em qualquer tempo ou momento da criação,

46. VALERO AGUNDEZ, ob. cit., pág. 28.

47. URBANO VALERO AGUNDEZ, ob. cit., págs. 31/33.

finalidade que melhor diga com a pretensão do Estado sempre sensível a fatos essenciais novos que buscam racional entendimento e formulação.<sup>48</sup>

Justificando-se a *fundação-empresa*, no Estado moderno, pressionado por tantas exigências, vale sobretudo o princípio tradicional que reconhece a vontade do instituidor como a lei que rege a fundação. Para tipificar a fundação, com forma de empresa, basta a presença do fim da atividade empresarial, conforme as diretrizes impostas pelo fundador no ato de criação. A adequação à atividade econômica ordenada estatutariamente reflete elementos definidos com titularidade jurídica imediata.

48. *Carácter de las normas del Derecho de la fundación*, AGUNDEZ, ob. cit., págs. 64/5.

## Capítulo VII

# Regime administrativo e serviço público

Tôda problemática estatal é de *regime jurídico*. Em matéria de serviço público interessam muito mais as *novas formas* que a procura de nova conceituação. O que o Estado moderno pretende preservar é o seu interêsse, sem quebra da posição do administrado. Não quer, como não exige, regalias que não estejam consagradas nos textos legais.<sup>1</sup>

Já dissemos com precisão informativa: “no campo da atividade administrativa, ante o desenvolvimento do Estado, reconhecendo novas estruturas jurídicas, não bastam os métodos tradicionais clássicos recomendados pelo Direito Administrativo”.<sup>2</sup>

Por outro lado, “o regime administrativo não passa de uma forma jurídica de se conceber normas que se afinem com as concepções éticas, econômicas, sociais e políticas que prevalecem num determinado Estado, conforme o sistema de govêrno adotado e às instituições que vigem”.<sup>3</sup>

E assim aparece, entre o Direito Administrativo e o *regime administrativo*, a Administração como *poder* e também como *função*, a Administração como aquela poder essencialmente jurídico, limitado pela lei, e a Administração como aquela função que significa atividade plena.

Simplesmente, o poder político e o poder administrativo vinculados, na prática procuram a desvinculação para atender um processo racionalizante de *divisão do trabalho*, no que diz respeito com o fim, a preparação e a execução.

1. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. III, *Instituciones Fundamentales, Servicios Públicos — Función Pública*, Buenos Aires, 1951; ENRICO PRESUTTI, *Istituzione di Diritto Amministrativo*, Roma, 1917-1920; E. N. GLADDEN, *An Introduction to Public Administration*, Londres, 1961; GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, Paris, 1964; RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madri, 1970; MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963-68.

2. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, pág. 273.

3. V. OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *ob. cit.*, pág. 336.

Quanto ao *fim* é e será sempre o de *serviço público*. Na preparação reside a busca dos meios legais adequados. Ao passo que, na execução, dela o Estado participa, escolhendo as formas convenientes, ou as formas mais consentâneas aconselhadas pelo regime jurídico.

Para melhor clareza, entre regime jurídico e ordem jurídica, é desnecessária qualquer distinção, eis que ordem e regime são verdades impostas por uma condição de natureza constitucional, orgânica, dentro de sistema político de concepção não abstrata porque sedimentada na evolução institucional.

No entanto, seja qual fôr o *regime*, ou seja qual puder a *ordem*, a noção de serviço público não se transfigura, variando possivelmente as formas de execução e os modelos pertinentes, nunca, porém, o valor sob os quais êles se impõem pela substância, na correlação administrativa e na subordinação de hierarquia jurisdicional.

Usando de uma expressão do gôsto de GARCIA OVIEDO, aplicável por certo às autarquias, às sociedades de economia mista e agora às empresas públicas e fundações, o serviço público é puramente circunstancial, histórico,<sup>4</sup> não obstante seu caráter permanente no tocante à satisfação de necessidades gerais ou coletivas.

Como Estado de cultura, o Estado moderno, com muito mais razão para o futuro, há de estar obrigado a atender exigências que afetam diferente áreas da vida humana, usando para isso das inalienáveis prerrogativas jurídicas da Administração.

### § 1.º — SERVIÇO ADMINISTRATIVO E SERVIÇO PÚBLICO

Considere-se, portanto, face a tudo quanto ficou exposto, em tese e na prática, neste trabalho, e considere-se observando de plano a real atividade estatal, que o serviço público se exterioriza em manifestações que levam aos seguintes condicionamentos:

4. V. *Teoría del Servicio Público*, pág. 30.

a) o fim do serviço público está na urgência de prover a satisfação de uma necessidade pública;

b) a ação administrativa, correspondendo à ordem pública, sensibiliza-se através de inúmeros fins;

c) o serviço público implica na ação de uma pessoa pública que intervém ditando regras de conduta administrativa;

d) o regime jurídico de um serviço público será aquele que o Estado prevenir e o Direito permitir.

Cabe aqui, no sentido de evitar-se confusão de conceitos doutrinários, não assemelhar, pelas diferenças de conteúdo que apresentam, o serviço *administrativo* e o serviço *público*.

Na lição de PRESUTTI, os serviços administrativos constituem uma categoria, ao passo que o serviço público é o gênero, aparecendo o administrativo como a espécie. Ou melhor dizendo: todo serviço administrativo é um serviço público, mas nem todo serviço público é serviço administrativo.<sup>5</sup>

Serve a distinção, para mais exatamente qualificar, tanto as autarquias como as sociedades de economia mista, tanto as emprêsas públicas como as fundações. Sem com isto, face à estrutura estatal, desintegrar-se a ordem jurídica institucional ou procurar-se pelo óbvio tornar a espécie em gênero e o gênero em espécie, descaracterizando pessoas cujo fim é o estabelecido pela vontade pública do Estado.

De igual maneira, visualizando-se o Estado tal como ele se ativa administrativamente, os serviços administrativos de pronto surgem pela imagem como serviços *internos* ou de administração direta. São os serviços essenciais, não autonomizados, dependentes orgânicamente, subordinados pela unidade de um organismo vinculado.

## § 2.º — ANTIGOS E NOVOS CRITÉRIOS

Não é bastante, atualmente, no estudo da atividade estatal, ou da atividade administrativa do Estado, aten-

5. PRESUTTI, ob. cit., vol. I, págs. 202 e segs.

dendo às possibilidades de uma legal intervenção, admitir-se que essa intervenção tenha o mesmo cunho clássico dos serviços autorizados ou concedidos, pois na verdade os instrumentos existentes permitem à Administração maior campo de influência na figuração jurídica da idéia de serviço público.

Na organização dos seus serviços, o Estado *moderno* já superou os antigos critérios de autorização e de concessão, passando para uma nova fase desenvolvimentista e rigorosa, indiscutivelmente mais dinâmica e prolífera, permitindo-se com maior largueza aproveitar dos recursos próprios ao processo de direito privado.

A melhor e mais simples classificação, não escaparia dêste quadro que, em síntese, reflete a atividade planificada estatal:

ESTADO	{	serviços administrativos
		serviços públicos

Os serviços administrativos já estão aqui definidos na sua expressão de natureza jurídica geral e não peculiar. Não seriam propriamente aquêles serviços que não estivessem entrosados dentro da enumeração das pessoas jurídicas de direito público.

Os serviços públicos, por sua vez, marcados pelo fim, ou pela finalidade, condição que lhes dá titulação específica, seriam aquêles outros todos que o Estado cria com o seu poder de criar, de se fazer representar quando premido por certas necessidades públicas, no flagrante abaixo bastante exato no complexo jurídico:

SERVIÇOS PÚBLICOS	{	os autorizados
		os concedidos
		as fundações
		as empresas
		a fundação-empresa

Vai parecer aos mais conservadores que a tese não encontra guarida na tradição. Pouco importa, na verdade, em virtude do que a atividade estatal hoje extorverte em perspectivas de maior alcance e em matéria de satisfação das chamadas necessidades coletivas.

Ninguém há de perguntar com que objeto se organizam os serviços administrativos? Mas aos analistas cabe indagar com que objeto ou fim se organizam os serviços públicos?

A resposta, concludente, será uma só. Os *administrativos* pertencem ao Estado politicamente organizado. Os *públicos* ao Estado na sua atividade externa de prover o atendimento contínuo de certas obrigações de natureza econômica, social ou educacional.

Esgotaram-se, os administrativistas, em definir dois tipos de administração, a *direta* e a *indireta*. Nada há, porém, de novo nesta pragmática. A solução, pouco adequada ao fato jurídico, é por demais simplista. No bom entender, toda a administração é *direta*, desde que estão presentes elementos normativos, reguladores e de controle.

Dizer-se que certas *pessoas* efetivam administração *indireta* ou pertencem à administração indireta do Estado, é uma posição demasiadamente generalizante, indefinida no que pretende definir, incaracterística no que espera caracterizar, desdobrando-se a ordem administrativa em duas ordens que na realidade jurídica inexistem.

Com as *fundações* está a evidência. Com as *empresas públicas* a mais autêntica manifestação de condicionamento do serviço à relação pública. Com a *fundação-empresa*, uma figura recentíssima, ainda não provada é certo, o exemplo de como o Estado pode desenvolver em vários planos a interdependência jurídica e a tutela dos serviços que lhe cabe proteger.

### § 3.º — AS RELAÇÕES DE SUBORDINAÇÃO

Mas nada impede que a Administração se faça presente *indiretamente*. O que vale, diante do fenômeno, são precisamente as relações de subordinação impostas pela tutela jurídica, e por menos que em nossos dias se observe o nascimento de novas técnicas.<sup>6</sup>

6. RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pág. 147. V. também SILVIO LESSONA, *Introduzione al Diritto Amministrativo*, Bolonha, 1960.

No entanto, nada possuem de complexas essas relações. Valem, sobretudo, pelo que pretendeu o legislador ou pelo que diz a lei. Contrôles, tutela, fiscalização, não são vagas expressões genéricas. Pertencem, não à hierarquia administrativa, mas ao processo descentralizador. Dentro do esquema centralização e descentralização está toda a realidade do procedimento político-administrativo estatal.

As fundações, como lembrança, objetivem que fim objetivarem, devem estar sempre sujeitas à fiscalização e tutela do Estado.

Essa tutela, como afirmamos, na opinião de MARCELO CAETANO, é justificada por duas razões principais:

a) em primeiro lugar, porque se geram patrimônios coletivos de que são beneficiárias pessoas indeterminadas, tendo o interesse público de ser feito valer pela entidade representativa deste, que é o Estado;

b) em segundo lugar, porque é à autoridade pública que incumbe velar pela observância do fim assinado à aplicação dos bens pela vontade do instituidor.<sup>7</sup>

A tutela, pelo que se conclui, está na subordinação legal, ou na relação de subordinação. Vale, em consequência, para as fundações, instituídas pelo Estado ou por particulares.

Paralelamente, inclusive no tocante às empresas públicas, essa relação de subordinação prevalece desde quando integra o ente criado com um fim próprio nos objetivos de um serviço que é *público* e não mais propriamente estatal na sua conformação jurídica.

Analisando os diversos poderes de tutela, como tão bem o faz CAETANO, consolidam êles as relações de subordinação, e agrupados estão pelo jurista português em três grupos:

- a) poderes de fiscalização dos atos jurídicos;
- b) poderes de orientação e fiscalização da gestão;
- c) poderes relativos aos órgãos e seus titulares.<sup>8</sup>

7. V. *Das Fundações*, pág. 109. Busque-se para clareza do equacionamento administrativo: RAFAEL BIELSA, *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*, Buenos Aires, 1954.

8. MARCELO CAETANO, ob. cit., págs. 114/15.

Não há assim, para as figuras ditas novas, qualquer novidade. A tutela do Estado, como atualmente se efetiva, sôbre as fundações, ou sôbre as emprêsas públicas, tem raízes fundas no Direito, e não é de agora que se exercem podêres de orientação e disciplinamento.

Só que, pela relação de subordinação, a intervenção aqui, não se faz sòmente episódica, ou em casos excepcionais, porque é permanente, continuada e efetiva no processo estatutário.

#### § 4.º — INSTITUIÇÕES QUE SE PUBLICIZARAM

Agora que vicejam com roupagens diferentes as emprêsas públicas, em pé de igualdade com as fundações de fins públicos, necessário se torna colocar um ponto final no equívoco das denominadas *fundações públicas* que inexistem no direito positivo brasileiro e comparado.

O equívoco que medrou, ainda persiste em alguns autores de responsabilidade.<sup>9</sup> Sem qualquer implicação de natureza jurídica ou de natureza fática. Equívoco que se tornou em mágica doutrinária.

A imprecisão na doutrina, e que choca conjuntamente a tradição e o Direito, não justifica a certeza de algumas respostas para algumas perguntas:

a) por que o Estado não cria uma autarquia, ao invés de uma fundação ou emprêsa, para atingir certos fins públicos?

b) por que o Estado não reparte ou não integra em departamentos seus certos objetivos públicos?

c) por que o Estado não comete a órgãos seus, a obrigação do exercício de certos fins de serviço público?

d) por que o Estado, ao organizar serviços, dá preferência às formas fundacionais ou empresariais?

Está claro que o que busca o Estado, quando forma emprêsas ou institui fundações, é afastar êsses novos entes da sua esfera de atividade comum administrativa, não só em benefício da rápida executoriedade de certos

9. HOMERO SENNA e CLOVIS ZOBARAN MONTEIRO, *Fundações, no Direito, na Administração*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1970.

serviços, como possivelmente para a possibilidade de um atendimento mais racional e rápido de variáveis obrigações que lhe são inerentes.

Quanto a isso, não resta dúvida, o processo de direito privado é o mais próprio, o mais aconselhável. Cumpre o Estado os seus fins com maior elasticidade. Tutela, fiscaliza e subordina. Diz o que quer e a que vem. Sem os prejuízos de esclerosar a Administração.

Demais a mais, a tese das fundações, sejam de fins públicos ou particulares, como a tese das empresas públicas, não são sequer polêmicas e nem controvertidas. Assentam ambas na realidade do direito positivo. Sem prejuízo para o direito público e sem desrespeito pela posição da Administração.

Entendidas, as fundações e as empresas públicas pelo Direito Administrativo, nada há na herança que não possa ser juridicamente respeitável, pois tudo quanto pertence a êsse nobre ramo do Direito originou-se do direito privado na evolução de instituições que inegavelmente se publicizaram.

### § 5.º — A EXPERIÊNCIA DA HISTÓRIA

Quando, em suscinta exposição, PEREZ MORENO, alegando a insuficiência da iniciativa privada, defende a conveniência do Estado também fundar empresas, não está trazendo novidade que a história já não tenha contado através de experiências seculares.<sup>10</sup>

É de lembrar, outra vez, como lembra com oportunidade o administrativista espanhol, as formas de organização que deram conteúdo às companhias holandesas das Índias Orientais (em 1602) e das Índias Ocidentais (em 1621), partindo da iniciativa privada para o fim público.

Evidente que, “las tres características principales con que se ha definido el mercantilismo — industrialismo, proteccionismo y nacionalismo estan al servicio de la afirmación del poder tanto en el exterior como en el interior”.<sup>11</sup>

10. V. *La Forma Jurídica de las Empresas Públicas*, pág. 51.

11. PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 17.

LAUFENBURGER traça, em poucas palavras, a semelhança do *mercantilismo* com o pensamento do nosso tempo, para afirmar que na época contemporânea as idéias históricas se converteram em instrumentos preponderantes à reconstrução econômica do pós-guerra.<sup>12</sup>

Expressiva é a experiência inglêsa do antanho. As soluções estatizadoras de Portugal no passado. A posição da França tornando o Estado empresário. Na Espanha, as marcas que ficaram na empresa privada politizada. Na Espanha, as numerosas companhias vinculadas a fins públicos, mas com motivações e formas estatutárias privadas.<sup>13</sup>

Logo, o Estado comerciante não é dos nossos dias. O fim de lucro somava-se ao interesse público. Não há contradição, portanto, nem polêmica válida, ao aceitar-se no passado e no presente:

- a) empresas públicas, com formas privadas;
- b) fundações de fins públicos, ou mesmo fundações públicas, com formas privadas.

São os tipos juridicamente mais adequados. E mediante os quais a Administração atua normativamente sem violentar a ordem institucional. Fazendo gestões econômicas, culturais ou assistenciais. Sem alterar sequer a natureza do regime jurídico. Não se podendo encontrar, ainda que com a melhor boa vontade, soluções melhores que as trazidas por herança através da formal evolução das instituições privadas.

## § 6.º — AS CONCESSÕES

A projeção do pensamento de BIELSA, desde o que escreveu por volta de 1935, basta como advertência: “debemos considerar el sistema de concesión como una forma transitoria de prestación de servicios públicos, que implica funciones propias del Estado (provincia o comuna); es, también, por su propia naturaleza, una forma anti económica e inconveniente, pues pone em

12. V. *Intervención del Estado en la Vida Económica*, pág. 16.

13. PEREZ MORENO, ob. cit., pág. 24.

presencia y en conflicto intereses irreductibles: por una parte, el interés público referido al servicio que beneficia a la colectividad, la qual quiere generalidad, regularidad, y sobre todo, el menor precio posible; por la otra el interés del concesionario, que quiere obtener el mayor beneficio".<sup>14</sup>

Mal ou bem, com as atuais fundações, quando motivado por fins econômicos ou sociais, êsse conflito de interêsse adquire menor expressão. Com as empresas públicas os interêsses irreduzíveis se reduzem a um sòmente, o interêsse maior, público, do Estado.

Estão marcadas, assim, num mesmo regime jurídico, as conveniências da Administração para o êxito possível dos serviços públicos que lhe são mais afins. Não se liberalizam as concessões de serviços públicos. E o instituto vem perdendo gradualmente em substância doutrinária. Enquanto as fundações, dentro de certas exigências, ganham terreno no tocante às práticas estatais. Enquanto as empresas públicas substituem as concessionárias como solução para inúmeros serviços de natureza coletiva.

Resta saber que o jurista argentino, magnífico pelo entendimento da problemática administrativa, já previa com anos de antecipação os novos caminhos do Direito Administrativo. Acreditava no Estado empresário. Não tratou, porém, das fundações, e nem podia. E não chegou a ver, a empresa pública, após o Seminário da Rangum.<sup>15</sup>

## § 7.º — PESSOAS ADMINISTRATIVAS

Dissertando em particular sôbre as fundações, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, compõe um quadro doutri-

14. V. *El Problema de la Descentralización Administrativa*, Buenos Aires, 1935; RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, Rosário, 1937; BIELSA, *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Santa Fé, 1964. De bom entendimento a consulta: LUIZ COSTA DA CUNHA VALENTE, *A Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1939.

15. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil*, La Plata, 1971.

nário bastante afeito à realidade do direito positivo.<sup>16</sup> Não tanto, porém, convencido no seu pensamento, apega-se às fórmulas clássicas marcadas na tradição institucional. Analisando as “fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público no Brasil”, apenas consolida uma posição privatista já não convincente.<sup>17</sup>

No Direito contemporâneo, influenciado precisamente pela ciência política e pelos novos critérios de entendimento do Estado, as fundações como as emprêsas públicas encontram lugar de incontestável relêvo. São os novos meios adequados de execução dos serviços públicos. Os atualizados instrumentos de trabalho administrativo em planos onde a Administração não encontra possibilidades de efetiva atuação de gestão.

Numa compreensão mais larga da problemática jurídica, tendo em conta a posição do Estado e a atividade da Administração, nada melhor que a generalização do conceito que hoje recai sôbre as *peessoas administrativas*, mas sem a preocupação das controvérsias doutrinárias.

O esquema abaixo, sem dúvida, espelha a realidade de como o Estado pode agir no vasto círculo de suas obrigações:

PESSOAS ADMINISTRATIVAS	}	autarquias sociedades mistas corporações públicas fundações emprêsas públicas
-------------------------	---	---

Tão características são as fundações, tão peculiares aparecem as emprêsas públicas, que ambas, podendo ser enquadradas como *peessoas administrativas*, não se podem confundir mais com os *estabelecimentos públicos*, como pretendeu na sua época OTTO MAYER.<sup>18</sup>

Num conceito relativo, mas generalizante, as pessoas administrativas melhor condizem com a realidade jurídica que os denominados estabelecimentos públicos. Não

16. V. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil*, Rio de Janeiro, 1970.

17. ANDRÉA FERREIRA, ob. cit., pág. 32.

18. V. *Derecho Administrativo Alemán*, vol. IV, pág. 263.

há denominação mais imprópria, menos gramatical, que o vocábulo *estabelecimento* para sugerir uma estrutura orgânica representativa resultante da utilidade pública ou social.

BUTTGENBACH, por exemplo, mais confunde que elucida. Para assinalar a natureza fundacional dos estabelecimentos públicos procura o substrato da personalidade, substrato êsse que não se afeiçoa ao modelo próprio às fundações, imprimindo ao seu pensamento uma orientação que não serve ao direito comparado.<sup>19</sup>

Muito mais lógico, no estrutural orgânico do Estado, a figura da *fundação-empresa* ou da *empresa-fundação*. Essas figuras não descaracterizam, são perfeitamente identificáveis, não buscam definições senão aquelas sedimentadas pelo regime jurídico. Caminhando para a simplificação dos conceitos o Direito Administrativo começa a repudiar as abstrações, as formas repetidas e mágicas de pura especulação doutrinária.

### § 8.º — DISCIPLINA MATERIALIZADA

O Direito Administrativo é, nos dias que correm, uma disciplina jurídica e científica *materializada*, estruturada, definida nos seus relacionamentos, com substratos estruturais básicos, ligada pela Administração aos instrumentos da técnica, evoluindo num sentido de racionalização e comunicação, informando as operações na ordem interna e externa do Estado, aparecendo como dinâmica social e mecânica funcional.<sup>20</sup>

Envolve o Direito Administrativo moderno problemas que dizem respeito com a teoria da organização, impondo para os serviços públicos essenciais a *unidade*, a *continuidade*, a *flexibilidade* e a *precisão*. Não opera

19. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Manuel de Droit Administratif*, págs. 32 e segs.

20. L. LOPES RODO, *La Administración Pública y las Transformaciones Socio-Económicas*, Madri, 1963; OTTO NASS, *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*, Madri, 1964; PEDRO DELFINO, *Administración y Desarrollo*, La Plata, 1970; *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, 1967; PEDRO DELFINO, *Introducción a la Teoría de la Administración*, Buenos Aires, 1967.

mais com elementos jurídicos equívocos. Reclama objetividade e positividade. Na sua temática, ou nos seus propósitos, harmoniza Administração e contexto social. É multiplicidade funcional na unidade orgânica. Composto-se de um corpo que integra valores de natureza social.<sup>21</sup>

Considerando as fundações e as emprêsas públicas como *sistemas* para a prática e a execução de serviços públicos, na análise dos sistemas a adequação se faz naturalmente através dos fins, dos meios, do funcionamento, da direção, do material humano, da responsabilidade e da dinâmica, sobretudo atendendo as implicações do regime jurídico.

Tornado positivo, o Direito Administrativo, tornou-se *comunicação* no complexo da ciência jurídica. É o *elo* entre as diferentes especializações, pois a comunicação é um fenômeno que se origina quando a organização passa a funcionar instrumentalmente.

O objetivo de um *ente administrativo*, como pessoa jurídica de direito privado ou público, extroverte-se de um dispositivo orgânico que corresponde ao regime jurídico, não se podendo esquecer que os regimes jurídicos encontram comportamento organizado na figura do Estado personalizado politicamente.

Estrutura, objeto, direção e fim, são os elementos constitutivos fundamentais. O Direito Administrativo moderno não é mais o *dever ser*. Mas o *ser* na expressão do Estado e da Administração. No conteúdo de qualquer análise administrativa, está o Estado.

### § 9.º — PONTOS COMUNS NO DIREITO COMPARADO

Reafirmo com segurança de pensamento: as oscilações na conceituação de Estado não influem na determinação dos *fenômenos administrativos*, pois as

21. SALVATORE CIMMINO, *La Organización Administrativa y su Contexto Social*, Madri, 1965; GABRIEL ARDANT, *Technique de l'État*, Paris, 1954; ALBERTO VENÂNCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio de Janeiro, 1968; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Administración y Sociedad*, Madri, 1964; AGUSTIN A. GORDILLO, *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966.

estruturas se equivalem, mudadas as condições geopolíticas, para existirem permanecendo como Administração, órgãos e funções.<sup>22</sup>

Há, no tocante aos serviços públicos, em razão das estruturas que se equivalem, uma técnica de Estado como diz GABRIEL ARDANT, não obstante a especialização excessiva de certos serviços.<sup>23</sup> Mas, a especialização é recomendável como acontece com as fundações. E mais aconselhável no caso das empresas públicas criadas pelo Poder Público.

Pontos comuns, não conflitantes, harmonizam-se no Direito comparado. Pontos que não contradizem os princípios gerais que devem reger as pessoas administrativas. Pontos em que o caráter público não se contrapõe ao regime privado. E pontos, pela importância, que são estes:

- a) criação ou constituição legal, especial;
- b) submissão a um regime jurídico estabelecido pelo Poder Público;
- c) controle pela tutela financeira e administrativa;
- d) condicionamento jurisdicional.

Crises, no entanto, não se pode negar, em muitas ocasiões atingiram o funcionamento dos serviços públicos. Crises, porém, que surgiram mais propriamente através de falhas no mecanismo estatal com reflexos na dinâmica administrativa, e isso por várias motivações de natureza política, social ou econômica, ou de desajuste nas bases institucionais.

Em relação ao Direito francês, JEAN-LOUIS DE CORAIL exagera tentando provar que a *crise* incidiu sobre a *noção jurídica de serviço público*,<sup>24</sup> esquecendo a contribuição valiosa de inúmeros tratadistas que

22. V. OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Introdução*, ob. cit., pág. 179.

23. V. *Technique de l'État*, pág. 126.

24. V. *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954.

colocaram melhor o problema no plano da realidade institucional.<sup>25</sup>

Simplesmente, sem controvérsias flagrantes, o *serviço público* não é um conceito duvidoso. Tem história e conteúdo de expressão jurídica. Em crise conceitual, ou de noção, nunca esteve e jamais estará. Mas, compreenda-se que entre serviço público e as pessoas que o representam e executam há uma grande distância. O serviço público é um *fato*. A sua execução, por este ou aquêlo meio de processo adequado, uma *representação*.

Invocando apoio no Direito comparado, a conclusão é uma só: a noção de serviço público uniu a doutrina, harmonizou o pensamento jurídico, aproximou escolas e integrou numa única teoria tôdas as teorias, mesmo sob a influência de sistemas diversificados.<sup>26</sup>

Eis por que as fundações podem, personificadas como devem ser, realizar um certo e determinado serviço público. Eis o motivo das emprêsas públicas, no mesmo plano administrativo das fundações, poderem receber o serviço público para planificação e execução.

## § 10 — O ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A intervenção do Estado no domínio econômico não é uma imposição de poder político, mas uma necessidade

25. Em tese, entre os autores franceses, no assunto, pelo modo como o trataram, merecem, para esclarecimento, citação aqui: ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935; MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1950; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1957; RAYMOND MALESIEUX, *Manuel de Droit Administratif*, Paris, 1954; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, Paris, 1962; LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1947; GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Paris, 1925-1926; entre outros que estudaram com menor grandeza os aspectos mais variados do serviço público.

26. Anote-se para consulta: RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1947; ARNALDO DE VALLE, *I Servizi Pubblici — Primo Trattato*, Milano, 1930; F. TREVoux, *Du Service Public de Droit Public ou Service Publique Economique*, Paris, 1938; FERNANDO GARRIDO FALLA, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madri, 1962; JEAN RIVERO, *Cours de Droit*

imponderável reconhecida pelas mais importantes Cartas constitucionais vigentes no século.<sup>27</sup>

No direito público econômico, tão lucidamente explicado por ALBERTO VENÂNCIO FILHO, com apoio numa realidade de substrato social, estão os lineamentos da profunda atividade que a Administração exerce no tocante à economia.<sup>28</sup>

O que vale hoje para o Estado bem definido nas suas obrigações de atendimento social reside nos *modos de gestão* dos serviços públicos, chamados de *orgânicos* por BUTTGENBACH.<sup>29</sup> Serviços que não são supletivos porque são essenciais. E que facilitam o trabalho da Administração através da descentralização institucional ou da desconcentração administrativa.

Aqui aparece a importância das fundações no que elas passaram a valer para o Estado naquilo que respeita à finalização da atividade administrativa. Aparece outro tanto a importância das empresas públicas onde o Estado possua presença de responsabilidade para o equilíbrio de desenvolvimento econômico.

Entre a vida econômica e a vida política não há separação possível. Ao Estado cabe, na direção dos negócios públicos, considerar a economia como *perpétua*, sempre contínua, não conhecendo princípio nem fim.<sup>30</sup> E os serviços públicos, na maioria econômicos e uns poucos de relação econômica, exigem apenas *modo legal adequado de execução*.

*Administratif Comparé*, Paris, 1956-1957; M. S. GIANNINI, *Lezione di Diritto Amministrativo*, Milão, 1950; GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1955; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, Paris, 1952; que tão bem apreciaram a noção de serviço público no espaço e no tempo.

27. Consultem-se algumas Constituições do pós-guerra: França, Itália, Polônia, Iugoslávia, Alemanha Federal, Japão e Bulgária. No sentido genérico, de princípios e fins, foram analisados por CARLOS OLLERO (v. *El Derecho Constitucional de la Postguerra*, Barcelona, 1949), logo depois que se ativaram, nas estruturas políticas, as grandes mudanças básicas.

28. V. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, *Direito Público Econômico*, pág. 62.

29. V. *Modes de Gestion, Théorie Générale du Service Public Organique*, págs. 31 e segs.

30. GUSTAVO CASSEL, *Pensamientos Fundamentales en la Economía*, págs. 30-31.

Em termos genéricos, no afirmar de GIUSEPPINO TREVES, a administração: “intervine nel campo dell’economia indirettamente, dirigendo, controllando o incoraggiando l’attività economica privata, o direttamente, esercitando un’attività economica essa medesima”.<sup>31</sup>

E, assim, o Direito Administrativo, intervindo pelas suas normas e princípios: “estende il suo raggio d’azione, venendo a regolare sfere di attività privata...”.<sup>32</sup>

Fundações e emprêsas públicas, portanto, pela evidência da realidade econômica e com implicações no regime jurídico, são fatos novos no Direito Administrativo. Passaram a ser *personas administrativas*. Pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, e cujos fins públicos oferecem uma técnica de posição diferente na tipificação.

### § 11 — SATURAMENTO NAS OBRIGAÇÕES PÚBLICAS

A política seguida, com os novos meios mais adequados, adaptando as fundações e as emprêsas públicas ao regime público sem descaracterizá-las na forma e no processo, tem um sentido eminentemente prático, racional, ou de intercooperação econômica.

Argumentando com THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, em reparo do que escreveu em torno de um ensaio de JEAN MEYNAUD, as fundações e as emprêsas públicas estão crescendo “como uma exigência elementar de aliviar os órgãos governamentais, saturados de obrigações que, normalmente, não poderiam satisfazer dentro dos quadros e processos criados pela Administração Pública”.<sup>33</sup>

31. V. *Le Imprese Pubbliche*, págs. 6-8. Na França, bem dizendo, ainda não há uniformidade com respeito às emprêsas públicas. Mas há a *despolitização* delas, no dizer de GEORGES VEDEL (v. RAP, n. 12, Buenos Aires, 1964). A co-participação do empresário privado, também acontece às vezes.

32. GIUSEPPINO TREVES, ob. cit., pág. 6.

33. V. *Aspectos Atuais da Empresa Pública na França*, prefácio de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, pág. 14.

Certo, não obstante a limitação visual da realidade estatal. Não é de agora, e nem do momento, que o Estado procura na área interna, como procuram os organismos internacionais na área externa, tornar positivos alguns pressupostos que se transformaram em gravíssimos problemas de estrutura e de infra-estrutura.

JAN TIBERGEN, já na década de 50, explicou com êxito o que está na essência das relações econômicas internacionais, valendo a análise nas relações internas e nacionais, tendo em conta a integração do sistema econômico mundial, e em consequência, a necessidade de integração dos sistemas imperantes nas diferentes nações.<sup>34</sup>

Não se fala em integração como *soma* de órgãos nas relações econômicas. Mas como harmonização dos modos e dos meios através de um sistema único de atividade administrativa, onde o Estado, pelo seu regime jurídico possa regular fatores variados de desenvolvimento dentro de técnicas que melhor possibilitem o atendimento dos serviços públicos.

Nada melhor, portanto, que a fundação, que a iniciativa pública empresarial, que a fundação-empresa. Correspondem êsses entes, desde quando criados, aos objetivos mais imediatos da política, quer no que diz com a responsabilidade da Administração, quer no que respeita a tipos de atividade que o Poder Público deve acautelar.

Limitações de crítica e de doutrina não interessam ao analista jurídico. É preciso *ver* o Estado como *ele é*. Na sua formação, regime e estrutura constitucional, ou sensibilidade de vida orgânica. Não é somente, portanto, o problema econômico e administrativo que preocupa, mas, em maior profundidade, também o *político*.

O serviço público, por sua vez, permanece constante nos aspectos atuais mais diversificados. Aparece para ser regulado, protegido, programado, organizado, disciplinado e hierarquizado nos setores públicos de maior

34. V. *La Cooperación Económica Internacional*, pág. 4.

ou menor influência econômica. Não admitem, quando aparecem, que o Poder Público dêles não se aperceba, pois o clima social que envolve o Estado impõe a adoção de esquemas que se fazem imperativos, *determinativos*.

O aspecto econômico é tão importante quanto o aspecto cultural e assistencial. Não é só o aspecto econômico que obriga o Estado a tomar posição definida de responsabilidade pública.

Diante dos textos constitucionais que refletem o pensamento político na orientação ou na verdade jurídica, a ninguém se permite tergiversar sobre o que seja *monopólio de direito* ou sobre o que deva ser *propriedade da nação*.

O papel econômico das empresas públicas, o fim cultural das fundações criadas pelo Poder Público, as fundações-empresas nas suas peculiaridades de atuação em setores onde o Estado está presente, em realidade assumem dimensionamento político, ou de natureza política.

Energia, transportes, crédito, seguros, operações de segurança nacional, comunicações em geral, transações comerciais públicas, universidades, escolas, serviços de proteção das artes ou das ciências, colocam o Estado em obrigação com o desenvolvimento regional e global, em responsabilidade para a adoção de instrumentos mais capazes de corresponder às necessidades da ordem social e econômica.

## § 12 — O ESTADO ADMINISTRATIVO

Na Rússia soviética, inscrevem-se na sua Constituição algumas diretivas que não precisam de interpretação. São diretivas que atingem a nação inteira e o grupamento das repúblicas socialistas:

- a) o comércio exterior como monopólio estatal;
- b) o estabelecimento de planos de economia nacional;
- c) a direção dos transportes e dos meios de comunicação;

- d) o contrôle do sistema monetário e de crédito;
- e) organização dos seguros do Estado;
- f) conclusão e concessão de empréstimos;
- g) estabelecimento de princípios básicos em matéria de educação pública e saúde.<sup>35</sup>

É o Estado moderno, contemporâneo, em funcionamento. Funcionando de maneira quase igual aos Estados Unidos da América. Procurando, como outras tantas nações organizadas, racionalizar a atividade administrativa, também política, também social. Possibilitando um programa geral de contrôle político do desenvolvimento. Tornando o Estado proprietário de uma grande parte dos instrumentos de produção. Sobre tudo, dando ao Estado condições de intervir nos setores coletivos de maior interesse público.<sup>36</sup>

A tendência, por força de diretivas claras e coerentes, é necessariamente para a *racionalização* dos novos métodos de atendimento dos serviços públicos. Sem desmerecimento, porém, do poder hierárquico. A orientação fundacional, nos setores cultural e assistencial, é a melhor condizente com qualquer plano de renovação social. A orientação empresarial, no setor da ação própria governamental, a mais afeiçoada ao amparo de qualquer plano de atividade econômica.

Compete ao Direito Administrativo, entretanto, estabelecer normativamente algumas regras de conveniência prática para:

- a) planificar ou padronizar os diferentes tipos de fundação;
- b) especificar pelos fins diversos tipos de empresas públicas;
- c) classificar as fundações e as empresas públicas com base na estrutura jurídica setorial;

35. *Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, Moscou, 1965. Como fonte também: LENINE, *L'Organisation de l'Administration Sovietique*, Paris, 1969.

36. FRITZ MORSTEIN MARX, *El Estado Administrativo*, Madri, 1968. Para ANTONIO PINILLA, o princípio *teleológico*, está na base e no fundamento de toda organização e vida administrativa (v. *Administración, Ciencia de la Acción Directriz*, Lima, 1969).

- d) dar a natureza jurídica da personalidade;
- e) impor a denominação mais conveniente e adequada;
- f) estabelecer os limites do contrôle ou da tutela;
- g) identificar o patrimônio;
- h) definir a natureza da receita;
- i) aprovar na extensão o limite da delegação;
- j) jurisdicionar administrativamente os entes fundacionais e empresariais.

Êsse é um trabalho legislativo de conteúdo e essência institucional. E que será feito *a posteriori* em razão das experiências que se estão consolidando na doutrina jurídica.

Anote-se que há um interêsse teórico e prático que resulta das funções do Estado quando exercitadas politicamente através de processos que testam e desafiam o regime jurídico. Mas o problema atual da *racionalização*, da planificação ou da padronização, não é sòmente brasileiro. Está a exigir, do Direito Administrativo comparado, o enfoque de duas posições que dizem com o Estado nacional, a da jurisdição e da hierarquia.

Cada uma dessas posições, reveste-se de singular importância, mas fogem à essencialidade dos problemas que aqui temáticamente se afloram. A jurisdição como *fato* não dispensa o estudo da organização política e constitucional. A hierarquia como *fenômeno de ordem* não escapa do conhecimento de como o Estado está organizado e de como a Administração se projeta em competências, em funções tènicamente dissociáveis, ou então, em funções que correspondem a múltiplos objetos.

### § 13 — IDENTIFICAÇÃO DOS ENTES DESCENTRALIZADOS

Pela *racionalização*, as fundações e as emprêsas públicas, no Estado politicamente organizado, estão procurando adaptar-se a uma mais própria organização científica do trabalho administrativo, tão bem definido

nos ensaios especializados de CHEVALIER<sup>37</sup> e GAUDRIAULT.<sup>38</sup>

Não bastam os ordenamentos constitucionais, os princípios normativos que as Cartas sugerem quando dizem o que pretendem. É preciso algo mais no sentido da estruturação e da organização administrativa. E precisamente no Brasil, onde o Código Civil ainda não se formalizou em face do progresso do Direito Administrativo, não acompanhando o complexo existente de um número enorme de funções estatais delegadas às pessoas jurídicas descentralizadas.

Esse *algo mais* reside na necessária identificação das entidades ou entes descentralizados e o Estado, com a finalidade de não só definir-se a personalidade jurídica em termos concretos, e também, levantar-se alguns elementos essenciais que digam com o patrimônio, a autodeterminação, a jurisdição ou a competência legal.

Apontamos, de passagem, um exemplo bastante sintomático: o exemplo da recente transformação do Banco Nacional de Habitação (BNH) em empresa pública, depois de ser uma *autarquia* por força do art. 189, n. III, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Isto revela a indecisão do pensamento brasileiro, pois o BNH, pelos seus singulares objetivos operacionais, enquadrar-se-ia melhor como *fundação*, tendo em vista precipuamente a missão de orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro de Habitação, mas sem a preocupação de lucro financeiro ou de lucros infringentes da poupança popular.<sup>39</sup>

Na verdade, voltando aos *entes* que motivam o nosso estudo de síntese analítica, irrelevantes são, em princípio, as características *externas*, que não consubstanciam na exatidão os objetivos empresariais funda-

37. V. *Organisation du Travail*, tomo I, pág. 58.

38. RAYMOND GAUDRIAULT, *L'Organisation des Travaux Administratifs*, pág. 167.

39. Mensagem recente, encaminhada ao Congresso Nacional (Brasil), n. 86/71, transformando o Banco Nacional de Habitação (BNH) em empresa pública.

cionais, de vez que êsses objetivos não só exigem formalidades exteriores, mas sobretudo uma estrutura de meios adequados aos fins.

É por demais simplista afirmar-se, quanto às emprêsas públicas, que adotam elas a forma das emprêsas comerciais comuns, que a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais, e que a personalidade jurídica seja de direito privado, o que também é válido para as fundações instituídas pelo Poder Público.

Como não é bastante, com referência a essas entidades descentralizadas no plano institucional, atribuir-se autonomia técnica e administrativa, liberdade em matéria de despesas, flexibilidade e rapidez de ação e regime de pessoal idêntico ao das emprêsas privadas.

O fulcro a considerar, sem dúvida, está no *mecanismo do contrôle* das emprêsas públicas e das fundações, principalmente no tocante às emprêsas públicas onde êsse contrôle tutelador assume, pela natureza econômica da *pessoa*, aspectos indisfarçáveis de subordinação administrativa e financeira, hierárquica e jurisdicional.

Na França, êsse mecanismo de contrôle assume pelo óbvio extensidade programada, embora críticas tenham havido, e algumas delas justificáveis em razão dos prejuízos que decorrem dos entraves que se opõem à flexibilidade e rapidez da ação empresarial.<sup>40</sup> Entre as divergências de cunho doutrinário, abrir mãos de uma tutela eficiente, de um contrôle efetivo, não é a melhor solução de responsabilidade ante a problemática da criação de órgãos que se descentralizam, mas que não se soberanizam nem se autonomizam plenamente enquanto integrarem, pelo fim de serviço público, o corpo do Estado na unidade da Administração.

De mais a mais, racionalizar juridicamente outra coisa não é que tornar os entes administrativos comensuráveis, simplificados e aperfeiçoados tècnicamente, mas sem quebra de laços que os ligam às formas comuns aconselhadas pelo Direito em regime jurídico que é o do Estado.

40. JEAN MEYNAUD, ob. cit., págs. 36 e segs.

Na terminologia administrativa, *racionalizar* o trabalho, ao mesmo tempo que é desburocratização com aumento de rendimento e redução de custo operacional, também é unidade de formalização jurídica, tutela, fiscalização, sujeição a regras gerais que possibilitem à Administração atender ao que o Estado politicamente pretende.

### § 14 — O CONTRÔLE DO ESTADO

Por outro lado, se os organismos privados, no entender de ANDRÉ DEMICHEL, assentam na liberdade, os organismos públicos mesmo privados não independem do controle ou da tutela.<sup>41</sup>

DEMICHEL pondera: “Le pouvoir de tutelle ne se présume jamais.”<sup>42</sup> Portanto, não é uma presunção. Ainda que o controle de tutela e o controle hierárquico sejam distintos. Nas fundações, estão implícitos na lei civil e no condicionamento estatutário. Nas empresas públicas, na especificidade que justifica a vida jurídica do próprio ente.

Ou melhor dizendo, com DEMICHEL: “entre les deux guerres, ce sont des raisons politiques, économiques et sociales qui justifient l'établissement et le développement du contrôle de l'État”.<sup>43</sup>

Bem compreendendo o controle-tutela, é ainda ANDRÉ DEMICHEL, com exatidão e clareza de pensamento, depois de estudar as crises que afetaram a noção de serviço público, quem explica:

a) “le contrôle de l'État est une element de la notion de service public”;

b) “le contrôle de l'État est la conséquence de l'existence du service public”;

41. V. *Le Contrôle de l'État sur les Organismes Privés, Essai d'une Théorie Générale*, Paris, 1960. Para consulta: J. M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, Paris, 1969.

42. ANDRÉ DEMICHEL, ob. cit., pág. 415.

43. DEMICHEL, ob. cit., pág. 28.

c) “le contrôle de l’État est la manifestation de l’existence du service public”.<sup>44</sup>

Elemento, consequência ou manifestação, o controle, a tutela, a fiscalização, fazem a responsabilidade estatal. Responsabilidade que nada tem com a *civil* ou com a teoria civilista. Mas, com a *execução* do serviço, pois a Administração aqui exerce *poder jurídico direto*. Poder administrativo na extensão. Poder político imposto ou permitido.

### § 15 — SEMELHANÇAS E DIFERENCIAÇÕES

No mundo inteiro, em quase tôdas as nações, por excelência nos Estados não socialistas, mas interessados na socialização de setores econômicos, coexistem no plano das atividades de ordem social e econômica, *duas formas* de gestão diferentes, ou diferenciadas.

Na França, informa GEORGES LESCUYER, essas duas formas empresariais, são na realidade: “les intreprises capitalistes, dont le mobile théorique est la recherche du profit, et les entreprises nationalisées qui doivent en principe fonctionner dans l’intérêt général”.<sup>45</sup>

Nada mais pacífico na prática administrativa, e que a doutrina aceita sem poder tergiversar. No entanto, ressalte-se, atualmente, a impropriedade da expressão *nacionalizadas*, resultante de uma época de comoção, porém, nada representando hoje para o Direito Administrativo.

Na verdade, ainda que válida a lição dos juristas observadores, o quadro quanto às emprêsas, é êste:

a) organizações particulares empresariais econômicas (de indústria ou de comércio) distantes da esfera de ação estatal;

b) organizações públicas empresariais econômicas (de indústria ou de comércio) criadas pelo Poder Público.

44. ANDRÉ DEMICHEL, ob. cit., págs. 673/76.

45. V. *Le Contrôle de l’État sur les Entreprises Nationalisées*, pág. 1.

Um denominador comum permanece entre as organizações particulares e públicas: a personalidade de direito privado, tornando-as inconfundíveis e assemelhadas nas características fundamentais.

Não obstante assemelhadas as diferenças se afirmam na diferenciação das finalidades e objetivos, da integração dessas últimas no mecanismo estatal, no controle e tutela do Poder Público.

Com as fundações também acontece o mesmo fenômeno. Apresentam-se as fundações na realidade formal do Direito, como:

a) organismos particulares instituídos para fins de utilidade pública e com alienação de bens de regime da propriedade individual;<sup>46</sup>

b) organismos de direito privado instituídos pelo Poder Público com a finalidade da execução de serviços de natureza pública.<sup>47</sup>

Um denominador comum, como nas empresas públicas, prepondera para umas e outras fundações: o processo privado e a personalização jurídica de direito privado.

Assemelhadas, também, na forma e pelo ato de instituição, a *diferenciação* está na imposição da tutela administrativa, na capacidade jurídica e no ato de reconhecimento.

Para o Estado e o Direito Administrativo, substancialmente, convém diante do serviço público e da sua normatização:

a) que se descentralizem, ou desconcentrem, os encargos da Administração;

b) que a diferenciação atenda à natureza peculiar dos fins nos diferentes serviços descentralizados.

## § 16 — O CONTRÔLE DE DIREITO PÚBLICO

O controle, pela tutela, pela fiscalização, é antes de tudo o legal e o estatutário. Quem o determina, em razão das conveniências do serviço público, é o Estado

46. MARCELO CAETANO, ob. cit., *Das Fundações*, Lisboa, 1961.

47. SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA, ob. cit., pág. 52.

quando criador ou instituidor de empresas públicas ou de fundações.

Esse controle, indispensável em virtude do *fim público*, além da subordinação hierárquica e jurisdicional, possui dois relevantes aspectos cuja essencialidade é indiscutível:

- a) o aspecto *financeiro*, das contas administrativas, da receita e da despesa, e das inversões programadas;
- b) o aspecto *técnico*, decorrente da execução do serviço, da sua executoriedade normativa e processo adequado.

Apesar da necessária maleabilidade na mecânica funcional das empresas públicas e das fundações, não há como fugir, mesmo no regime de autonomia, de um controle fiscalizador rígido ou formal, pois o que está em jogo é o interesse público existindo através de um serviço descentralizado.

JEAN MEYNAUD, adotando o critério histórico, lembra alguns tipos de controle que podem ainda ser admitidos conforme a natureza da fundação ou da empresa, ou em razão do serviço público:

- a) o controle que reside na aprovação prévia de certas decisões;
- b) o controle das atividades diárias;
- c) o controle através de comissões de verificação de contas;
- d) o controle parlamentar.<sup>48</sup>

Estendemos, de nossa parte, os informes de MEYNAUD às fundações instituídas pelo Poder Público, pois as posições se equivalem na ordem administrativa e face à organização do Estado. Estão certas fundações e as empresas públicas num mesmo plano dentro da organização estatal, descentralizando serviços e funções, iguais surgindo na formulação jurídica, as duas figuras vivendo em consequência da racionalização da atividade administrativa.

48. JEAN MEYNAUD, ob. cit., págs. 34 e segs.

### § 17 — SEPARAÇÃO DOS ENTES PELOS OBJETIVOS

Em relação às suas estruturas, condicionadas às suas origens, qual a possível diferença específica entre as empresas públicas e as fundações criadas pelo Poder Público? Não possuem ambas uma semelhante base patrimonial e uma igual identidade funcional? Não existe fundação, em princípio, sem patrimônio. Nem empresas públicas sem patrimônio. Internamente, formuladas como estão, constituem uma categoria de pessoas administrativas apenas separadas naturalmente pelos objetivos finalistas.

Não será viável, conveniente, num avanço racionalizador de meios, a figura da fundação-empresa ou da empresa-fundação, harmonizando numa só estrutura razões de natureza pública, motivos de causa material, atividades que se afinizam, regimes jurídicos que são os mesmos, tudo isso num denominador unificante que dará ao Estado outra figura jurídica?<sup>49</sup>

Para as empresas públicas, existentes na órbita do Estado, é sempre útil no ato da sua institucionalização ou criação:

- a) definir a personalidade jurídica;
- b) determinar a personalidade financeira.

Para as fundações, instituídas pelo Poder Público:

- a) marcar a legal personalidade jurídica;
- b) caracterizar o fim essencial.

Vale tanto para as fundações, como para as empresas públicas, a lição de ANDRÉ DEMICHEL:

- a) “la personnalité juridique signifie que la personne administrative est apte à être sujet de droits et d’obligations”;

49. URBANO VALERO AGUNDEZ, *La Fundación como Forma de Empresa*, Valladolid, 1959.

b) “la personnalisation financière est un élément essentiel de la personnalité morale”.<sup>50</sup>

Atendendo à positividade do aspecto técnico e do aspecto financeiro, exigem êles para a pessoa jurídica:

- a) autonomia patrimonial;
- b) autonomia administrativa e financeira.

Assevere-se, no entanto, que a autonomia Patrimonial está condicionada à autonomia administrativa e financeira, mas exigindo respeito pela categoria de bens que são bens públicos, sujeitos a regime jurídico especial e singular, asseguratório da “pertencialidade pública”.<sup>51</sup>

## § 18 — PENETRAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

As fundações, as emprêsas públicas, pessoas administrativas personalizadas em regime jurídico específico, descentralizando responsabilidade estatal, desconcentrando funções de administração, racionalizando em níveis variados o serviço público, encontram amparo de origem institucional, porque:

- a) são pessoas que nascem de uma manifestação de Poder Público;
- b) são pessoas que integram a organização administrativa;
- c) são pessoas orgânicas de direção e de intervenção econômica;
- d) são pessoas orgânicas de satisfação de exigências assistenciais e culturais;
- e) são pessoas capazes juridicamente de conciliar a atividade administrativa com o interesse social.

Com elas as fundações, as emprêsas públicas, a penetração do direito público no direito privado ou vice-

50. ANDRÉ DEMICHEL, ob. cit., págs. 610-11.

51. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1960.

versa é um fato reconhecido pelo melhor pensamento jurídico e pela doutrina. Quanto à extensão do direito público está consumada em formas que se ampliam pela conveniência, pela necessidade de dirigismo, pelo comportamento político do Estado na sua manifestação do poder político e capaz administrativamente.

Até certo ponto, as empresas públicas, correspondem a um processo de ação do Estado, uma forma de atuação no domínio econômico.<sup>52</sup> Criadas, com frequência, pela iniciativa do Poder Público. Como as fundações também desde que avaliadas na sua expressão peculiar de entidades cujo fim material e funcional provém de um ato de vontade estatal, ato que soberano não admite outro substrato que não o legal.

As regras jurídicas aqui são as regras administrativas. Os atos se podem considerar como *atos-fatos* quando criativos ou instituidores. *Atos-fatos* geradores de direitos, impondo às *pessoas* relação jurídica ou constituindo na sua origem, para o Estado, a obrigação de não só criar, mas de modificar ou extinguir essa relação.

Portanto, o *ato-fato* de direito público que dá existência às empresas públicas ou às fundações, é sem dúvida, ato vinculado ao direito privado, e não um *ato-fato* discricionário.

## § 19 — AS CARACTERÍSTICAS FORMAIS

Em parte estamos concordes com a opinião de COTRIM NETO: “de que o ato criador de fundação de direito público tem características formais imprescindíveis”.<sup>53</sup> Não, porém, que a entidade personalizada, esteja à margem do Estado, fora dêle, o que seria desvincular o Estado da sua responsabilidade e do seu poder de fiscalização e tutela.

52. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 348. V. ANTONIO LANCIS Y SANCHEZ, *Derecho Administrativo — La Actividad Administrativa y sus Manifestaciones*, Havana, 1952.

53. V. *Direito Administrativo da Autarquia*, pág. 168.

A lei civil, em tempo algum, e aí estão as emprêsas públicas, contrasta com o interêsse público. O prévio ordenamento legal-legislativo é o que melhor se coaduna com os entes fundacionais ou empresariais públicos, de vez que o Estado, como Poder Público, a si reserva o contrôle administrativo sôbre os organismos privados, sejam êles quais sejam.<sup>54</sup>

As chamadas características *formais* são aquelas reconhecidas pelo direito privado civil. Os vários sistemas, os métodos adotados, evidentemente, descentralizam mas não descoordenam. Há uma condição que é a legal-estatutária. Anote-se que, a delegação de funções estatais, no Direito comparado, às entidades sociais ou econômicas são realmente funções administrativas singulares.

Quanto ao Direito Administrativo, que se amplia, racionaliza e moderniza, deve ser na já bastante antiga lição de JUAN P. RAMOS: "*un derecho de realidades, no un derecho de abstracciones jurídicas*".<sup>55</sup>

Pois deve existir, como está existindo, "*en el mundo de las relaciones concretas entre un ato o un servicio que alguien ejecuta o concede, que alguien realiza y que a muchos quiere beneficiar, y no en un mundo de relaciones teóricas entre una regla de derecho y su aplicación posible a un caso de tipo general*".<sup>56</sup>

Não possui hoje qualquer validez o que dizia HAURIU por volta de 1933.<sup>57</sup> Afirmava, então, o ilustre jurista francês, que todos os Estados "modernos" assumiam funções administrativas, mas que não possuíam regime administrativo.<sup>58</sup>

54. V. ANDRÉ DEMICHEL, *Le Contrôle sur les Organismes d'Intérêt General*, Título II, ob. cit., pág. 125.

55. V. *Ensayo Jurídico y Social Sobre la Concesión de Servicios Públicos*, Introducción, págs. 1-16.

56. JUAN P. RAMOS, ob. cit., págs. 1-16.

57. V. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, pág. 1, Paris, 1933.

58. Precisamente o contrário está provando o Estado moderno. Consulte-se depois dos já citados, para convencimento, alguns autores mais atuais, como: GIUSEPPE CATALDI, *Lineamenti*

## § 20 — CONCLUSÃO

Não há Estado que se possa dizer politicamente organizado não tendo modernizado os seus instrumentos de atuação concreta administrativa, ou caminhado no sentido da modernização das suas técnicas administrativas.

Não basta o Direito Administrativo em si, a relação jurídica que se estrutura em razão de uma finalidade de *serviço público*. Não é bastante a relação de administração como relação de direito subjetivo público.

O Direito Administrativo *moderno* está exigindo muito mais. Não assenta apenas nos pressupostos abstratos de uma disciplina jurídica autônoma, limitada pelo princípio da utilidade ou da necessidade pública. Não se lastreia somente naquilo que o tradicionalismo chama de segurança do Estado, manutenção da ordem pública ou satisfação da vontade coletiva.

Não importa hoje que o Direito Administrativo, atingida que foi sua maioria científica, de quando em quando ainda busque inspiração nas suas fontes originárias.

*Generali di Scienza dell'Amministrazione*, Milão, 1969; ANTONIO PINILLA, *Administración, Ciencia de la Acción Directriz*, Lima, 1969; FRITZ MÖRSTEIN MARX, *El Estado Administrativo*, com introdução de TREVILJANO FOS, Madri, 1968; J. F. GARNER, *Administrative Law*, Londres, 1970; BRISEÑO SIERRA, *Proceso Administrativo en Iberoamérica*, México, 1968; ANDRÉ GRISEL, *Droit Administratif Suisse*, Paris, 1970. Impossível, porém, em razão dos objetivos pretendidos, tentar aqui provar, ou não provar, a existência de *regime administrativo*. Positivamente, na ordem constitucional, senão na ordem política, o *regime administrativo*, é um fato. Não se discute por que existe. Cada vez mais disciplinado por imposições de normas caracterizantes do *direito-jurídico*. As diferenciações pouco importam. Nada dizem. Mas chegam para afirmar, em grau positivo, material, que o *regime administrativo* interliga-se fundamentalmente aos fenômenos sociais, políticos, econômicos e de organização do Estado. Exterioriza-se em formas que o próprio direito político ou econômico não pode desconhecer. E, por assim dizer, o *regime administrativo*, além de institucional, *natural* na sua expressão histórica.

Importa, porém, e muito, que abandone a sua formação originária, sem com isso desamparar-se das contribuições recebidas de outros ramos do direito positivo. Contribuições que estão incorporadas ao seu patrimônio e à unidade de suas normas e leis.

Tanto a realidade social, como os regimes políticos, apresentam mudanças assustadoras e radicais.

Essas grandes *mudanças* impõem revisão com respeito aos atuais procedimentos administrativos, dando início a uma nova fase onde as tarefas públicas assumem propósitos e programas não alheios à economia, à ciência política e à fenomenologia estatal, num complexo inter-relacionamento de situações que buscam racional equacionamento.

Novas necessidades surgem e o maior número dessas necessidades demanda organismos novos com que enfrentá-las.

À medida que aumenta o ritmo da existência política, social e comunitária, maiores serão as exigências da descentralização por serviços. De mais eficiente e prática organização. De mais hábil profissionalização. De mais ampla tecnicização. De mais eficiente controle no tocante à divisão dos negócios públicos, dos negócios administrativos.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUNDES, Urbano Valero — *La Fundación como Forma de Empresa*, Valladolid, 1969.
- ALESSI, Renato — *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milão, 1951.  
— *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1953.
- ALTAMIRA, Pedro Guillermo — *La Responsabilidad del Estado, Poder Público, en las Distintas Manifestaciones de su Actividad*, Córdoba, 1941.
- ARDANT, Gabriel — *Technique de l'État*, Paris, 1953.
- ATALIBA, Geraldo — *Normas Gerais de Direito Financeiro e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, 1965.
- AUBY, J. M. e DUCOS-ADER, R. — *Grands Services Publics en Entreprises Nationales*, Paris, 1969.
- BALEEIRO, Aliomar — *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro, 1958.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio — *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, 1967.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de — *Compêndio de Direito Administrativo*, São Paulo, 1969.
- BARROS MONTEIRO, Washington de — *Curso de Direito Civil*, São Paulo, 1970.
- BASAVILBASO, Benjamin Vilegas — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951.
- BERTHÉLEMY, H. — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1926.
- BEVILÁQUA, Clóvis — *Código Civil Comentado*, vol. I, Rio de Janeiro, 1958.
- BIELSA, Rafael — *Ciencia de la Administración*, Rosário, 1937.  
— *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1939.  
— *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1932.  
— *Los Conceptos Jurídicos y su Terminología*, Buenos Aires, 1954.  
— *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1923.  
— *Sobre lo Contencioso Administrativo*, Santa Fé, 1964.

- BONET RAMÓN, Francisco — *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1948.
- BONNARD, Roger — *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1935.
- BORBA, Guillermo A. — *Manual de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1958.
- BRISEÑO, Sierra — *Proceso Administrativo en Iberoamérica*, México, 1968.
- BULLRICH, Rodolfo — *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942.
- BUTTGENBACH, André — *Manuel de Droit Administratif*, Bruxelles, 1959.  
— *Théorie Generale de Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952.
- CAETANO, Marcelo — *Das Fundações*, Lisboa, 1961.  
— *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, 1967.  
— *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, 1965.
- CARIAS, Brewer — *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas, 1967.
- CARNEIRO, Erimá — *Autarquias*, Rio de Janeiro, 1937.
- CARVALHO SANTOS, J. M. — *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro, 1952/1960.
- CASSEL, Gustave — *Pensamientos Fundamentales en la Economía*, México, 1944.
- CATALDI, Giuseppe — *Lineamenti Generali di Scienza dell'Amministrazione*, Milão, 1969.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão — *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1944.
- CHEVALIER — *Organisation du Travail*, tomo I, pág. 58.
- CIMMINO, Salvadore — *La Organización Administrativa y su Contexto Social*, Madri, 1965.
- CIRNE LIMA, Ruy — *Princípios de Direito Administrativo*, Pôrto Alegre, 1939.  
— *Sinopse de Direito Administrativo*, Pôrto Alegre, 1965.
- CONFALONIERI, Antonio — *Il Finanziamento delle Imprese Pubbliche*, Milão, 1963.
- CORAL, Jean-Louis de — *La Crise de la Notion Juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954.
- COTRIM NETO, Alberto B. — *Direito Administrativo da Autarquia*, Rio de Janeiro, 1960.
- COVIELLO, Nicola — *Manuale di Diritto Civile*, Milão, 1924.

- CRETELLA JÚNIOR, José — *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1969.  
— *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro — São Paulo, 1966/1970.
- CUNHA VALENTE, Luís Costa da — *A Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1939.
- DELFINO, Pedro — *Administración y Desarrollo*, La Plata, 1970.  
— *Introducción a la Teoría de la Administración*, Buenos Aires, 1967.
- DELGADO, Luís — *Autarquias: Função Social e Aspectos Jurídicos*, Recife, 1940.
- DEMICHEL, André — *Le Contrôle de l'État sur les Organismes Privés*, Paris, 1960.
- DEODATO, Alberto — *Manual de Ciência das Finanças*, São Paulo, 1967.
- DESPAX, M. — *L'Entreprise et le Droit*, Paris, 1957.
- DIEZ, Manuel María — *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1968.
- DONATI, Donato — *Principii Generali di Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione*, Pádua, 1932.
- EISENMANN, E. — *Centralisation et Descentralisation*, Paris, 1948.
- ENTRENA CUESTA, Rafael — *Curso de Derecho Administrativo*, Madri, 1970.
- FALLA, Fernando Garrido — *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, Madri, 1950.  
— *La Descentralización Administrativa*, Madri, 1952.  
— *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madri, 1962.
- FERRARA, V. F. — *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madri, 1929.
- FERREIRA, Sérgio Andréa — *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil*, Rio de Janeiro, 1970.
- FLEINER, Fritz — *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1935.  
— *Les Principes Généraux du Droit Administratif Alemand*, Paris, 1940.
- FONSECA, Tito Prates da — *Autarquias Administrativas*, São Paulo, 1939.  
— *Lições de Direito Administrativo*, São Paulo, 1939.
- FORSTHOFF, Ernest — *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1958.
- FRANCHINI, J. — *La Delegazione Amministrativa*, Milão, 1950.

- GARCIA, OVIEDO — *Teoría del Servicio Público*, Madri, 1923.
- GARNER, J. F. — *Administrative Law*, Londres, 1970.
- GAUDRIAULT, Raymond — *L'Organisation des Travaux Administratifs*, Paris, 1949.
- GIANNINI, M. S. — *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, 1955.
- GIORGI, Giorgio — *Dottrina delle Persone Giuridiche*, Florença, 1889.
- GLADDEN, E. N. — *An Introduction to Public Administration*, Londres, 1961.
- GORDILLO, Augustin A. — *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, 1967.  
— *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966.
- GRISEL, André — *Droit Administratif*, Paris, 1970.
- GUELLI, Vincenzo — *O Regime Político*, Lisboa, 1950.
- GUIMARÃES MENEGALE — *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, 1939.
- HAURIUO, M. — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, 1919.  
— *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1925.
- JÈZE, Gaston — *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949.
- JONES, Eduardo D. — *Organización y Administración de Empresas Industriales*, Barcelona, 1942.
- KALACHEK, Néelson Peck — *Tecnologia e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1969.
- KELSEN, Hans — *Teoría General del Estado*, México, 1950.  
— *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, sem data.
- LACERDA, Paulo de — *Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1934.
- LANCIS Y SANCHEZ, Antonio — *Derecho Administrativo*, Havana, 1952.
- LANDIS, James M. — *El Poder Administrativo*, Buenos Aires, 1951.
- LAUBADÈRE, André de — *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1957.
- LAUFENBURGER, Henry — *La Intervención del Estado en la Vida Económica*, México, 1949.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis — *Administración y Sociedad*, Madri, 1964.
- LENINE — *L'Organisation de l'Administration Sovietique*, Paris, 1969.

- LESCUYER, Georges — *Le Contrôle de l'État sur les Entreprises Nationalisées*, pág. 1.
- LESSONA, Silvio — *Introduzione al Diritto Amministrativo*, Bolonha, 1960.
- LOPES MEIRELLES, Hely — *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1966.
- LOPES RODÓ, L. — *La Administración Pública y las Transformaciones Socio-económicas*, Madri, 1963.
- MALESIEUX, Raymond — *Manuel de Droit Administratif*, Paris, 1954.
- MORSTEIN MARX, Fritz — *El Estado Administrativo*, Madri, 1968.
- MAYER, Otto — *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1949.
- MESCHINI, Pietro — *Sulla Natura Giuridica degli Enti Pubblici*, Milão, 1958.
- MIELE, Giovanni — *Principii di Diritto Amministrativo*, Pádua, 1953.
- NASS, Otto — *Reforma Administrativa y Ciencia de la Administración*, Madri, 1964.
- NOGUEIRA DE SÁ, A. — *Do Contrôle Administrativo sôbre as Autarquias*, Rio de Janeiro, 1952.
- OLLERO, Carlos — *El Derecho Constitucional de la Postguerra*, Barcelona, 1949.
- PAOLILLO, Alfredo — *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*, Montevideo, 1956.
- PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel — *En Torno al Concepto del Derecho Civil*, Salamanca, 1959.
- PEREIRA, André Gonçalves — *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, sem data.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva — *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1970.
- PEREZ MORENO, Alfonso — *La Forma Jurídica de las Empresas Públicas*, Sevilha, 1970.
- PINILLA, Antonio — *Administración, Ciencia de la Acción Directriz*, Lima, 1969.
- PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1969.
- PRESUTTI, Enrico — *Istituzione di Diritto Amministrativo Italiano*, Roma, 1920.

- RAMOS, Juan P. — *Ensayo Jurídico y Social sobre la Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1937.
- RANELLETTI, Oreste — *Ordinamento Amministrativo dello Stato Italiano*, Pádua, 1937.
- RÃO, Vicente — *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, 1960.
- RAYMOND, Jean — *Aspectos Atuais da Empresa Pública na França*, Rio de Janeiro, 1957.
- RIVERO, Jean — *Cours de Droit Administratif Comparé*, Paris, 1960.  
— *Droit Administratif*, Paris, 1960.  
— *L'État Moderne Peut'il Être encore un État de Droit?*, Liège, 1957.
- ROLLAND, Louis — *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1955.
- ROMANELLI, Vincenzo Maria — *Il Negozio di Fondazione*, Nápoles, 1935.
- SANDULLI, Aldo M. — *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1954.
- SANTI ROMANO — *Decentramento Amministrativo*, Milão, 1950.
- SARRIA, Eustorgio — *Derecho Administrativo*, Bogotá, 1957.
- SARRIA, Felix — *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1950.
- SAVATIER, René — *Du Droit Civil au Droit Public*, Paris, 1950.
- SAYAGUÉS LASO — *Criterio de Distinción entre las Personas Jurídicas Públicas y Privadas*, Montevideo, 1945.  
— *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953/1959.
- SCHWARTZ, Bernard — *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, 1966.
- SENNA, Homero e ZOBARAN MONTEIRO, C. — *Fundações, no Direito, na Administração*, Rio de Janeiro, 1970.
- SHERWOOD, Frank — *Empresas Públicas*, Rio de Janeiro, 1964.
- SILVA CIMMA, Enrique — *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, 1961/1962.
- STRENGER, Irineu — *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, 1969.
- TEVIJANO, García — *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madri, 1957.
- TIBERGEN, Jean — *La Cooperación Económica Internacional*, pág. 4.
- TRECKER, Harleigh B. — *Novas Perspectivas de Administração*, Rio de Janeiro, 1968.
- TREVES, Giuseppino — *Le imprese Pubbliche*, Turim, 1950.
- TREVOUX, F. — *De Service Public de Droit Public ou Service Publique Economique*, Paris, 1938.

- USEROS, Martinez — *La Organización y sus Principios Institucionales*, Múrcia, 1960.
- VALLES, Arnaldo de — *I Servizi Pubblici, Primo Trattato*, Milão, 1930.
- VAMPRÉ, Spencer — *Manual de Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920.
- VEDEL, Georges — *Droit Administratif*, Paris, 1964.  
— *La Technique des Nationalisations*, Paris, 1946.
- VELARDO, Valina — *Transferencia de Funciones Administrativas*, Madri, 1964.
- VENANCIO FILHO, Alberto — *A Intervenção do Estado no Domínio Económico*, Rio de Janeiro, 1968.
- VITTA, Cino — *Diritto Amministrativo*, vol. I, Turim, 1937.
- WALINE, Marcel — *Droit Administratif*, Paris, 1950.
- ZWALEN, Henri — *Sociétés Commerciales avec Participation de l'État*, Paris, 1940.

*Do mesmo autor:*

**INTRODUÇÃO AO  
DIREITO PROCESSUAL  
ADMINISTRATIVO**

**393 págs. — brochura — 1971**

Um precioso estudo sobre o processo e a codificação administrativa no Brasil, o contencioso e a Justiça administrativa, a posição da Administração e do administrado nas suas relações litigiosas. Dificilmente será possível estudar esses assuntos, doravante, sem recorrer a este trabalho, da maior seriedade e importância. Acompanha-o valiosa indicação de bibliografia de consulta sobre os temas versados.

Uma edição da

**RT** EDITORA  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78  
01501 — São Paulo, SP

## FUNDAÇÕES E EMPRESAS PÚBLICAS

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

*Criada há pouco mais de meio século, para libertar dos controles normais as atividades estatais de natureza econômica, a empresa pública veio a ser introduzida no Direito brasileiro só a partir da Constituição de 1934. Mas foi com a Constituição de 1967 que a União ampliou sua competência, chamando a si a responsabilidade de exploração da atividade econômica através das empresas públicas.*

*Instituto relativamente novo, portanto, estava merecendo um estudo, a um tempo doutrinário e com objetivos práticos, como o feito nesta obra pioneira, que o autor inicia pelo exame das fundações e seu regime jurídico no Direito Administrativo brasileiro, para em seguida passar ao regime jurídico das empresas públicas, sua organização e fins.*

*Trata-se, portanto, de uma obra que é destinada, certamente, a contribuir para a divulgação das questões suscitadas, do maior interesse e atualidade, num momento em que as empresas públicas vão surgindo no País em ritmo crescente, sendo especialmente examinadas a Empresa Brasileira de Telecomunicações, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Caixa Econômica Federal, exemplos típicos dessa modalidade de intervenção estatal no campo econômico.*