

OBRAS DO AUTOR

Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada, 1940, edição esgotada.

Curso de Direito Comercial (3 vols.) 1953, 1954, 1955. Apostilas de aula editadas pelo "Centro Acadêmico XI de Agosto", da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, edição esgotada.

Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual, 1956, edição esgotada.

Anteprojeto de Código de Obrigações (Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil), Exposição de Motivos e texto, 1964, Edição Imprensa Nacional.

Problemas de Direito Mercantil, 1970, Edição Max Limonad.

Questões de Direito Mercantil, 1977, Edição Saraiva S.A. — Livreros Editores.

SYLVIO MARCONDES

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

BIBLIOTECA
LILLA, HUCK E MALHEIROS
ADVOGADOS

QUESTÕES
DE
DIREITO MERCANTIL

Biblioteca LILLA, HUCK E MALHEIROS Advogados	
Nº CLASSIFICAÇÃO 347.7 M 241 1977	
Nº TOMBO 0165	DATA

edição SARAIVA

1977

VISTORIADO
Janeiro/1999
MGM

am

devedor, por haver regras jurídicas *de que lhe provém* pretensão à concordata preventiva” (Pontes de Miranda).

V — Os *pressupostos de direito material* da concordata preventiva, na redação original dos arts. 156, § 1.º, ns. I e II, e 163 do Decreto-lei n.º 7.661, se integravam na *promessa de pagamento*, em determinadas condições, *conjugada com a cessação do curso de juros*, durante o prazo de cumprimento.

VI — Alterando a redação daqueles textos substantivos, a Lei n.º 4.983, de 1966, *reformulou as condições* das promessas concordatícias, mas *nem por isso modificou neles a sua natureza de pressupostos de direito material*, exigíveis, portanto, tão-somente em *promessas iniciais posteriores à sua vigência*.

VII — Realmente, *as novas normas*, relativas ao modo de constituição das situações jurídicas, *não devem atingir* a validade dos fatos passados, *que se constituíram de acordo com as normas então em vigor* (Vicente Ráo), princípio aplicável às situações pendentes, pois “em face de uma situação jurídica *em curso de constituição* ou de extinção, as leis que governam a constituição ou a extinção de uma situação jurídica *não podem, sem retroatividade, alcançar os elementos já existentes*” (Paul Roubier).

VIII — A concordata preventiva *requerida no regime do Decreto-lei n.º 7.661* havia de ter como pressupostos certa modalidade de promessa de pagamento e a cessação do curso de juros, pressupostos que constituem *direito adquirido pelo requerente*, desde o início do processo concordatício, *dada a natureza constitutiva do despacho de deferimento*.

IX — A Lei n.º 4.983, de 1966, estabelecendo *novos pressupostos de direito material*, inclusive pelo acréscimo de curso de juros, *não pode, sem a proibida retroatividade, atingir aquele direito substantivo do devedor*.

CAPÍTULO IX

A FUNDAÇÃO NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PÚBLICO °

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Hierarquia das normas. 3. Lei federal e sujeito de direito. 4. Pessoa, personalidade, capacidade. 5. Pessoa jurídica; elementos material e formal. 6. Associação e fundação; corporação e instituição. 7. As pessoas jurídicas no Código Civil. 8. As pessoas jurídicas de direito privado. 9. A categoria da associação. 10. A fundação; origem e desenvolvimento. 11. As dificuldades da fundação no Direito francês. 12. A fundação no Direito alemão — Autorização do Estado. 13. Substituição da autorização pela fiscalização. 14. A fundação no Direito brasileiro. 15. O ato fundacional; irrevogabilidade. 16. Gratuidade e finalidade. 17. Fiscalização do Ministério Público. 18. Confronto dos sistemas jurídicos. 19. As pessoas jurídicas de direito público. 20. Os dois critérios de descentralização. As autarquias. 21. Poder estadual de outorgar personificação. 22. Poder federal de outorgar personificação. 23. A tese das *fundações públicas*. 24. Estabelecimento público e fundação. 25. As *fundações públicas* do Direito alemão. 26. A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). 27. Natureza jurídica da FAPESP. 28. A FAPESP pessoa jurídica de direito privado. a) Constituição e registro. b) Fiscalização. c) Privatividade da administração. 29. A FAPESP e o Decreto-lei complementar n.º 7, do Estado. 30. Conclusão.

° Estudo elaborado para a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), cujo desenvolvimento justifica sua inclusão no volume, embora não verse questão de direito mercantil.

1. Introdução.

1. A matéria focalizada no presente trabalho já foi objeto do exame de juristas, cujos argumentos e conclusões aqui hão de ser ponderados, com interesse e atenção, à medida do desenvolvimento do assunto, nos concisos itens a seguir expostos.

Esses estudos, embora realizados por linhas diferentes de raciocínio, ao sabor da individualidade de cada autor, revelam, todavia, sensíveis afinidades de certo grupo: ora, ao colocar o tema — como disputa, em terreno considerado movediço, entre privatistas e publicistas; ora, no modo de tratá-lo — com apego a concepções teóricas, mais afeitas a prognósticos jurídicos, do que a diagnóstico pragmático do direito expresso. Para melhor entendimento da doutrina que professam, vale assinalar algumas dessas semelhanças.

2. Miguel Reale, professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assim se manifesta: “O problema da fundação constituída por força de lei para atendimento de finalidade de caráter público, tem dado lugar, ultimamente, a algumas dúvidas e equívocos que, infelizmente, já repercutiram em decisões do Poder Judiciário. Tão forte e natural é a *tendência para resolver-se a questão* da natureza jurídica de tais entes, à luz do direito privado, que as soluções de *cunho civilista* têm encontrado guarida até mesmo entre cultores de direito constitucional e administrativo. Por tais motivos, o assunto não pode ser considerado tranqüilo, embora já tenda a prevalecer o entendimento acertado de que, uma vez assente o caráter público do “patrimônio personalizado”, deve este *reger-se por normas públicas*, inadequados que se revelam os preceitos da lei civil”¹.

José Cretella Júnior, professor de Direito Administrativo, da mesma Faculdade, entende que “o conceito de institutos jurídicos, *in genere*, compete à *teoria geral do direito* que, abstraído e generalizando, ou seja, eliminando os traços típicos que os fixam no campo público ou privado, procura chegar a uma no-

ção comum aos dois campos, sem compromisso com nenhum deles. Sendo o direito privado ramo tradicional e milenarmente trabalhado através dos séculos, é claro que *a mentalidade privatista ainda predomina* e os cultores do direito lutam a todo instante contra a rotina, não aceitando a colocação dos que pretendem transpor para o campo mais novo as teorias consagradas há séculos, *com graves prejuízos para a evolução da ciência jurídica*”².

Celso Antonio Bandeira de Mello, professor dessa disciplina na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apresenta as razões da insegurança no trato do assunto: “Determinar quando uma pessoa jurídica é de direito público ou se é de direito privado, em certos casos, é *problema sumamente tormentoso*. A dificuldade reside em que *a doutrina nacional e estrangeira*, havendo tratado farta e longamente a matéria, desde há muito, *não conseguiu, até hoje, fixar um critério preciso* que reúna o consenso da maioria dos especialistas. Notável é a *multiplicidade ainda maior de críticas* formuladas a todos os sistemas apresentados”³.

Também Themistocles Cavalcanti, professor de Direito Público da Universidade do Brasil, perfilhando conceitos expendidos por Fritz Fleiner, a propósito do direito administrativo alemão, declara que “ainda nos achamos *dominados por idéias civilistas*, das quais ainda *não nos conseguimos emancipar*, infelizmente, *para criar um sistema de direito público* cuja aplicação na esfera administrativa impõe-se diante das modernas instituições jurídicas, decorrentes da maior intervenção do Estado no plano de relações até bem pouco consideradas puramente privadas”⁴.

3. Como se vê das proposições ora grifadas na lição dos citados professores, o assunto “não pode ser considerado tranqüilo” e “constitui problema sumamente tormentoso”, pela intromissão da “tendência de cunho civilista”, ou “mentalidade priva-

1. Miguel Reale, “Natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo”, in *Revista da Faculdade de Direito*, 57/255.

2. José Cretella Júnior, “Fundações de Direito Público”, in *Revista da Faculdade de Direito*, 80/222/223.

3. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Fundações públicas”, in *Revista dos Tribunais*, 338/83.

4. Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 1.º, pág. 61.

tivista”, considerado que “nos achamos dominados por idéias civilistas, das quais ainda não nos conseguimos libertar”, e que obstaram, “até hoje, fixar um critério preciso”. E posto em foco que “o conceito dos institutos jurídicos, *in genere*, compete à teoria geral do direito”, julga-se necessário “criar um sistema de direito público cuja aplicação na esfera administrativa impõe-se diante das modernas instituições jurídicas”.

Condenam, assim, o domínio, tendência ou mentalidade civis, na solução do problema de qualificação, em públicas ou privadas, das pessoas jurídicas, especialmente as fundações, mas aspiram, por sua vez, resolvê-lo à luz de princípios gerais informativos do direito público. Justifica-se, pois, a queixa de outro publicista, Ruy Cirne Lima, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Porto Alegre: “Nessa zona de fronteira, confusa e obscura, é que devemos, não obstante, procurar a linha de separação que aparta e divide as pessoas privadas das entidades públicas”⁵.

Por tudo isso, além de confinarem a questão numa infrutífera polémica entre publicistas e civilistas, os autores citados (n.º 2 *supra*) a colocam em elevado plano de abstratas indagações, inclusive da doutrina estrangeira, afastado porém da normatividade, nua e crua, das leis vigentes no País.

Oportuna, a respeito, advertência de Pontes de Miranda, em longo parecer sobre “Velamento das fundações”. “Em matéria jurídica, só se há de explicar cada conceito se o jurista ou o leigo lhe conhece o conteúdo. *Sem isso, cai-se em ambigüidades, ou, até, em equivocidades*, que inutilizam a atividade intelectual do jurista ou do interessado. E só se podem formular proposições *que estejam no sistema jurídico*. Não pertencem ao sistema jurídico proposições *que com ele são incompatíveis*; mas também as que *seriam compatíveis e o sistema jurídico não admitiu*. Daí o enorme perigo de se atribuir a algum sistema jurídico o que o formulador ou o repetidor da proposição *gostaria que estivesse no sistema jurídico* (opinião dita *de lege ferenda*), *todavia não está no sistema jurídico*”⁶.

5. Ruy Cirne Lima, *Princípios do Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 51.

6. Pontes de Miranda, “Velamento das fundações”, parecer in *Revista dos Tribunais*, 298/61.

2. Hierarquia das normas.

4. A fim de determinar, nos quadros do sistema jurídico brasileiro, a natureza da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo — que, por amor à brevidade, também se pode designar pela sigla FAPESP — é necessário considerar, preliminarmente, a hierarquia das normas legais estabelecidas no próprio sistema, de modo a abrir caminho para correta colocação das fundações, no posto que lhes compete.

Ainda Pontes de Miranda, no mesmo mencionado parecer, resumindo ensinamento de direito constitucional, anteriormente professado sobre a “classificação das regras estatais”⁷, indica o roteiro que se procura.

“No sistema jurídico brasileiro, há cinco planos de elaboração legislativa, planos de tal hierarquia, que o ‘não pode entrar’, dito num deles, pré-exclui, radicalmente, a elaboração pelo plano a que se dirige ou aos planos a que se dirige.

a) O plano acima de todos é o plano de legislação constitucional, onde, posto de parte o ‘não pode entrar’ que resulta do direito das gentes, há o excepcional ‘não pode entrar’ do art. 217, § 6.º, da Constituição de 1946. (‘Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República’.) Esse ‘não pode entrar’ se endereça ao próprio poder constituinte federal.

Sistema de regras jurídicas sobre competência, a Constituição diz ‘não pode entrar’, em se tratando de leis, decretos ou outra fonte de direito, a respeito de todas as regras que não estejam incluídas naquelas para cuja elaboração não é competente a entidade estatal.

b) Assim, a *legislatura federal não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador estadual, ou o legislador municipal*.

c) O *legislador estadual não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal ou municipal*.

7. *Idem*, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. 1.º, n.º 182.

d) No plano da legislação estadual há dois degraus — o degrau da legislação constitucional estadual (em se tratando do Distrito Federal, o degrau da 'lei orgânica' do Distrito Federal é federal) e o degrau da legislação ordinária.

e) O legislador municipal não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal, ou o estadual. O legislador do Distrito Federal tem competência similar à do legislador estadual e à do legislador municipal. No plano da legislação municipal há só o plano da legislação municipal, porque a lei orgânica dos Municípios é legislação estadual.

Sempre que se tem de aplicar regra jurídica federal, ou de examiná-la, para se concluir sobre a sua validade ou invalidade, tem-se de indagar se a União tinha poder para fazê-lo, e tal poder somente lhe pode provir da Constituição Federal.

Sempre que se tem de aplicar regra jurídica estadual, ou de examiná-la, para se concluir sobre a sua validade ou invalidade, tem-se de indagar se o Estado-membro tinha poder para fazê-lo, e tal poder somente lhe pode provir da Constituição Federal ou da Constituição Estadual”.

5. A classificação, no sistema jurídico brasileiro, dos cinco planos de elaboração legislativa — planos de tal hierarquia, que o “não pode entrar” dito num deles, *pré-exclui, radicalmente*, a elaboração pelo plano a que se dirige, ou aos planos a que se dirige — compendiada pelo autor em 1960, em correspondência à Constituição Federal de 1946, aí se legitimava, em quanto interessa ao presente trabalho, nas seguintes regras, concernentes aos planos — da lei federal, da Constituição Estadual e da lei estadual:

“Art. 5.º Compete à União:

XV — legislar sobre:

a) *direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho*”.

“Art. 18. *Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.*”

§ 1.º Aos Estados se reservam todos os poderes que, *implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.*”

Aliás, não custa verificar que esses planos de elaboração legislativa permaneceram válidos, nos diplomas constitucionais posteriores.

Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

“Art. 8.º Compete à União:

XVII — legislar sobre:

b) *direito civil, comercial (etc.).*”

“Art. 13. Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (segue-se a enumeração).

§ 1.º Cabem aos Estados todos os poderes não conferidos por esta Constituição à União ou aos Municípios.”

Emenda Constitucional, n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

“Art. 8.º Compete à União:

XVII — legislar sobre:

b) *direito civil, comercial (etc.).*”

“Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (segue-se a enumeração).

§ 1.º Aos Estados são conferidos todos os poderes que, *explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.*”

3. **Lei federal e sujeito de direito.**

6. No quadro das competências legislativas, do sistema jurídico brasileiro, estabelecido no plano mais elevado da Constituição Federal, determina esta competir à União legislar sobre

direito privado (civil e comercial), o qual, assim situado no segundo plano, o da lei federal, paira acima dos planos inferiores da Constituição e das leis estaduais.

Cumprido, portanto, em obediência a essa hierarquia e para determinar a natureza da fundação, tomar como ponto de partida o Código Civil, que, em termos de direito objetivo, constitui o diploma genético dessa categoria jurídica.

A questão se impregna no suporte fundamental dos direitos subjetivos, o sujeito de direito, cujo conceito e formação constituem o pórtico do Código, no seu primeiro livro, "Das Pessoas". Marco inicial do percurso deste trabalho, devem estas ser consideradas nas implicações que levam à configuração, classificação e natureza das "pessoas jurídicas", inclusive e especialmente as fundações. A serviço desse intento aproveitar-se-á, em alguns passos daquele percurso, resumos da matéria desenvolvida em estudo anterior⁸.

4. Pessoa, personalidade, capacidade.

7. Pessoa e sujeito de direito são expressões reconhecidas pelos juristas como equivalentes. Observa Enneccerus que "o conceito de direito subjetivo, como poder investido pelo ordenamento jurídico que serve à satisfação de interesses humanos, pressupõe um sujeito a quem se atribui este poder, um sujeito de direito ou, o que lhe equivale em linguagem jurídica, uma pessoa"⁹. E Clóvis Beviláqua, invertendo a ordem da proposição define: "Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direito"¹⁰.

O equivalente de sujeito é, antes de tudo, a pessoa, ou seja, o ser humano¹¹. Todavia, nem por se estar afeito a considerar o homem como necessário sujeito de direito, se deve esquecer que

o reconhecimento dessa qualidade na pessoa física não corresponde a uma exigência universalmente reconhecida, em todos os tempos e junto a todos os povos¹².

A aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações, é o que constitui a *personalidade*¹³, a qual não é um direito (subjetivo), senão uma qualidade jurídica, condição prévia de todos os direitos e deveres¹⁴. O seu atributo fundamental é a *capacidade jurídica*, que se define como "idoneidade para ser sujeito de direito" e cujo conceito a generalidade dos autores equipara ao de personalidade¹⁵.

A personalidade ou capacidade jurídica é a precondição de todos os direitos; mas há uma *capacidade de agir* ou *de querer*, que supõe a capacidade jurídica, sendo uma situação diversa, pois se esta não exige, em regra, senão a existência da pessoa, aquela requer, pelo contrário, uma capacidade efetiva de vontade, que nem todas as pessoas têm.

8. No Direito brasileiro o princípio de que "todos são iguais perante a lei" foi declarado expressamente, desde a primeira Constituição republicana¹⁶. O Código Civil, nessa conformidade, reconhecendo-lhe a *personalidade*, estabeleceu, no seu art. 2.º, que "todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil". E quanto à *capacidade* nos dois conceitos já referidos, Clóvis Beviláqua incumbem-se de explicar a técnica adotada. "Neste artigo, não se trata da *capacidade de fato*, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define antes a personalidade, que equivale à capacidade de direito. Afirma que todo

8. Sylvio Marcondes, *Problemas de Direito Mercantil*, Parte Geral, págs. 41 e segs.

9. Enneccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, no *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp e Wolff, vol. 1.º, § 78, n.º 1, pág. 318.

10. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 164. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 1.º, § 15, n.º 1, pág. 212.

11. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 1.º, § 15, n.º 1, pág. 212.

12. Mario Rotondi, *Istituzioni di Diritto Privato*, n.º 84, pág. 162.

13. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 164; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, n.º 29, pág. 189.

14. Enneccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, vol. 1.º, § 76, n.º 1, pág. 318.

15. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, § 48, pág. 155; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, n.º 29, pág. 189; Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 165; Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1.º, § 35, pág. 340; Aurelio Candian, *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, n.º 30, pág. 51; Enneccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, vol. 1.º, § 76, n.º 1, pág. 318; Arrigo Dernburg, *Pandette, Parte Generale*, vol. 1.º, § 49, pág. 208; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, vol. 1.º, § 52, pág. 305.

16. Constituição Brasileira de 1891, art. 72, § 2.º.

homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão. A capacidade de fato é o exercício, a manifestação da personalidade, e o Código não tinha necessidade de considerá-la, senão para declarar que pessoas são delas privadas e em que medida. É o que faz nos arts. 4.º a 8.º¹⁷.

5. Pessoa jurídica; elementos material e formal.

9. A personalidade apresenta-se como a síntese de dois elementos: um, que lhe constitui o substrato, é o *elemento material, formado por complexo de condições e pressupostos*, entre os quais o da existência da criatura humana; o outro, o *elemento formal*, refletindo a cunhagem da ordem jurídica, *consiste no reconhecimento da personalidade ou qualidade de sujeito de direito, operado pelo direito objetivo*¹⁸. Mas, nem só o homem constitui o substrato da personalidade e Lacerda de Almeida assim ilustra o assunto: "Pessoa é o sujeito, o titular do direito, aquele de quem se afirma ser o direito, do mesmo modo que em lógica o predicado se afirma pertencer ao sujeito. E, assim como a afirmação lógica do sujeito não implica a existência dele no mundo objetivo, também a afirmação jurídica de que tais ou tais direitos competem a uma pessoa não induz a existência real e objetiva dessa pessoa". E, depois de considerar que "todo direito redundando em vantagem do homem, geralmente falando, mas não é e nem pode ser do homem indivíduo e só do indivíduo que fala o texto romano (*Hominum causa omne jus constitutum est* — D. 1, 4, 2)", acrescenta que, "por um lado, nem todo homem é necessariamente pessoa, e os romanos negavam esta qualidade aos escravos, nem por outro lado toda pessoa é necessariamente homem, pois a par das pessoas físicas existem as pessoas jurídicas"¹⁹.

"Na verdade — pondera De Francesco — variadíssimos são os interesses humanos que ao Direito cumpre atender; alguns

17. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 165.

18. Espínola, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. 10, n.º 71, pág. 290. Quanto aos elementos das pessoas jurídicas: Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 120, págs. 941/942.

19. Lacerda de Almeida, *Das Pessoas Jurídicas*, § 1.º, págs. 19/20 e nota 9.

limitados ao indivíduo, satisfazem-se com a atividade e os meios de cada um; outros, transcendem os indivíduos singulares e se estendem a grupos sociais inteiros, mais ou menos amplos, durando além da vida humana, através de gerações que se sucedem, e são os *chamados interesses coletivos ou sociais*, que exigem, para sua satisfação, a atividade e os meios de vários indivíduos em cooperação, ou *os menos de um só indivíduo, mas organizados de modo a assegurar uma ação permanente e duradoura*, independentemente da duração da vida. Para satisfação dos interesses individuais, o Direito reconhece no homem a subjetividade jurídica, que designa com o termo *pessoa*; à vista dos *interesses coletivos e sociais*, atribui essa subjetividade à *organização unitária de pessoas e meios*, ordenada para a sua satisfação, e que designa com o termo *pessoa jurídica*. Esta é, assim, um meio capaz de realizar a infinita variedade dos interesses sociais, alcançando os fins, sempre humanos, que excedam a esfera individual, para abranger coletividades de todo gênero, das mais restritas às mais vastas e complexas"²⁰.

6. Associação e fundação; corporação e instituição.

10. Corrente na doutrina a divisão das pessoas jurídicas em duas grandes classes, a das "corporações" e a das "fundações" — sustentada por Savigny²¹, o qual, "no exame das pessoas jurídicas, tal como existem na realidade, encontrava entre elas diferenças que influem sobre a sua natureza"²² — essas categorias, acolhidas pela generalidade dos escritores²³, são explicadas por Tuhr, *de modo a abranger as pessoas de direito privado e de direito público*.

20. Menotti de Francesco, verbete "Persona giuridica", in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 9.º, pág. 933.

21. Giorgi, *La Dottrina delle Persone Giuridiche o Corpi Morali*, n.º 35, pág. 85.

22. Savigny, *Traité de Droit Romain*, vol. 2.º, § 88, pág. 239.

23. Saleilles, *De la Personnalité Juridique*, pág. 1; Windscheid, *Diritto delle Pandette*, tradução italiana da edição alemã por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, vol. 1.º; 1.ª parte, § 57, págs. 233/234; Dernburg, *Pandette, Parte Generale*, vol. 1.º, § 62, págs. 180/181; Enneccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, vol. 1.º, § 97, págs. 429/430; Antonio Joaquim Ribas, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 2.º, pág. 136; Lacerda de Almeida, *Das Pessoas Jurídicas*, § 7.º, pág. 86; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, §§ 82 e 102, págs. 318 e 442; Orgaz, *Personas Individuales*, § 1.º, pág. 15.

“Quanto à estrutura, todas as pessoas jurídicas — privadas ou públicas — se distribuem em duas classes, representadas no Código Civil pelas espécies *da associação e da fundação*. O essencial da *associação* (*em certos casos denominada sociedade*) consiste em uma pluralidade de membros, que a criam para procurar um objetivo comum e cuja vontade é decisiva para sua ulterior existência e atividade; os membros podem modificar o objeto social, ou dissolver a associação, e constituem nela o elemento dominante. A *fundação* é muito diferente; o fundador fixa de início o objetivo a que deve servir seu patrimônio e nem ele próprio pode modificá-lo; as pessoas encarregadas da administração são órgãos servientes.”

“De modo ANÁLOGO, ainda que não igualmente acentuado, as pessoas jurídicas públicas distinguem-se em dois grupos. À associação corresponde a corporação; tem membros a quem compete uma influência decisiva em sua atividade. As fundações correspondem às instituições, cuja administração está a cargo de órgãos servientes, de acordo com regras rígidas”²⁴.

7. As pessoas jurídicas no Código Civil.

11. Dentro do plano deste trabalho — preocupado em afastar-se de abstrações teóricas, dispensáveis quando a matéria pode ser plasmada nas regras do direito positivo — verificou-se que o nosso sistema jurídico atribui ao Código Civil a gênese dos sujeitos de direito privado; apreciou-se o conceito de pessoa, personalidade, capacidade, e o reconhecimento das pessoas jurídicas, nos seus elementos, material e formal; apurou-se a divisão destas, em direito privado, nas categorias da *associação* e da *fundação*, as quais “correspondem”, em direito público — por “analogia” (que é relação de *semelhança*) e não por “identidade” (que é atributo

24. Andreas von Tuhr, *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Alemán*, tradução para o espanhol da edição alemã por Tito Ravá, vol. 1.º, tomo I, § 31, págs. 111/112 e nota 9. A propósito das “instituições”, anota Cunha Gonçalves: “Os escritores do Direito público franceses e alemães pretenderam introduzir, sob a designação de *instituições*, uma terceira categoria, abrangendo os estabelecimentos e serviços públicos. Mas o termo ‘instituições’ deverá antes designar uma classe geral de que são espécie as fundações ou *instituições privadas*” (*Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 119, pág. 919).

de ser *perfeitamente igual*) — respectivamente a *corporação* e a *instituição*. Cumpre ver, agora, a posição que cada uma ocupa na lei.

12. Esclarecendo, em seu art. 13, que “as pessoas jurídicas são de direito público interno, ou externo, e de direito privado”, dispõe o Código Civil:

“Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I — A União.

II — Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal.

III — Cada um dos Municípios legalmente constituídos”.

“Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado:

I — As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

II — As sociedades mercantis.”

Colimando o presente estudo a natureza da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e pertencendo às fundações, por nosso sistema jurídico, ao quadro das pessoas jurídicas de direito privado, destas há que tratar-se em primeiro lugar.

8. As pessoas jurídicas de direito privado.

13. O preceito do art. 16, ns. I e II, do Código Civil, acima transcrito, compreende as duas categorias de pessoas jurídicas: a da *associação* e a da *fundação*.

Considerados os elementos componentes da pessoa jurídica (n.º 9 *supra*), ambas as categorias têm de comum o elemento formal, isto é, “o reconhecimento da qualidade de sujeito de direito, operado pelo direito objetivo”, e consagrado no art. 18 do Código Civil, segundo o qual, com a inscrição dos seus atos constitutivos, no registro próprio, é que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado”.

Distinguem-se, porém, no elemento material, pois “o essencial da *associação* consiste em uma pluralidade de membros, que

visa a um objetivo comum e cuja vontade é decisiva para sua ulterior existência e atividade”, ao passo que “a fundação é muito diferente: o fundador fixa de início o objetivo a que deve servir seu patrimônio e nem ele próprio pode modificá-lo”. Lá, os membros são o elemento *dominante*; aqui, as pessoas encarregadas da administração são órgãos *servientes* (n.º 10 *supra*).

9. A categoria da associação.

14. Embora esteja na fundação o ponto convergente do interesse deste trabalho, não é desperdício observar o modo pelo qual o Código Civil coordenou as várias espécies da categoria das associações. Ao contrário, essa observação, esclarecendo as áreas que estas ocupam no campo das pessoas jurídicas de direito privado, deixarão livre e desembaraçado o terreno aí reservado exclusivamente, à outra categoria de sujeito de direito — a fundação.

15. Nas áreas daquela categoria, o Código reuniu, em seu art. 16, as duas espécies associativas: a das associações e a das sociedades. O elemento material tem, no substrato de ambas as espécies, composição idêntica, estabelecida pelo art. 1.363, ou seja, “pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”; todavia, nestes “fins comuns” elas se diversificam, pois as associações não têm finalidade lucrativa, enquanto na sociedade é precisamente o lucro que constitui o fim comum dos sócios.

Quanto à maneira de alcançar esse fim, isto é, o objeto da atividade social, opera o Código a subdivisão das sociedades em civis e mercantis. Estas se regem pelo estatuído nas leis comerciais (art. 16, § 2.º); aquelas, tal como as associações, pelo disposto na lei civil (art. 16, § 1.º); ressalvado o caso das sociedades civis que “revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, caso em que obedecerão aos respectivos preceitos” (art. 1.364).

16. A coordenação das espécies associativas, acima resumida, reconhecida pela generalidade da doutrina dos diversos

ordenamentos, tem inteiro apoio no Código Civil, o qual, embora lhes dê o mesmo tratamento, para a *constituição* e o *funcionamento*, distingue-as na *extinção*, ao determinar diversa destinação dos bens remanescentes: da “*associação de intuitos não econômicos*”, no art. 22; da “*sociedade de fins econômicos*”, no art. 23.

Essas as diversificações apuradas, ainda que rapidamente, nas áreas ocupadas, em direito privado, pela categoria “*associação*”, todas constituídas pela organização “*de pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns*” (referido art. 1.363).

Cumprido, agora, percorrer, mais atentamente, o terreno da outra categoria — a fundação — tal como admitida em nosso sistema jurídico, sem abstrações, concretamente.

10. A fundação; origem e desenvolvimento.

17. Em substanciosa síntese, ensina Cunha Gonçalves²⁵, que “o direito romano, durante séculos, só às associações atribuiu personalidade. As fundações imperiais eram havidas como simples patrimônios administrados pelos municípios ou pelo imperador; e, mesmo no período do cristianismo, as primeiras fundações de beneficência ou culto eram consideradas como pertencentes às *ecclesiae* ou às dioceses. Só mais tarde é que o direito canônico desenvolveu o conceito espiritual e transcendente do instituto, concebendo a Igreja, não como *universitas fidelium*, mas como entidade mística e impalpável, e, logicamente, todos os ofícios eclesiásticos dotados de patrimônio como entes distintos. Deste conceito nasceu a idéia da fundação; o *pium corpus*, o *hospitalis*, a *sancta domus* passaram a ser sujeitos de direito de natureza ideal”.

Aliás, depois de resumir a evolução ocorrida pela interferência das concepções germânicas e da elaboração dos glosadores, canonistas e *post-glosadores*, acrescenta: “assim chegou a

25. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 117, págs. 901 a 903.

doutrina das pessoas coletivas à Idade Moderna; mas, tendo essa doutrina contribuído para a excessiva acumulação e imobilização de bens em poder das ordens religiosas e outras corporações e fundações piás, seguiu-se a repressão dos *bens de mão morta*, sujeitando-se a constituição das novas pessoas coletivas a autorizações, fiscalizações e incapacidades”.

Essas observações de natureza histórica poderiam aqui parecer divagação desnecessária, não fosse a sua utilidade, como antecedentes elucidativos da matéria, especialmente na França e na Alemanha.

18. Assim é que, antes de fixar, no quadro do Direito positivo brasileiro, a estrutura da fundação, convém apontar o seu desenvolvimento no Direito francês e no Direito alemão. E isso por vários motivos: primeiro, porque a precedência cronológica dos respectivos diplomas legais exprime, em sua seqüência, a linha evolutiva da categoria, no Direito moderno; segundo, porque, apuradas, agora, as características que lhe dão esses ordenamentos, mais fácil será, depois, mostrar as diferenças essenciais com que foi acolhida no Direito pátrio; terceiro, porque essa diferenciação legislativa importa, necessariamente, em elaboração doutrinária diversificada, tornando imprestável, num país, hermenêutica jurídica consagrada em outro; quarto, porque, em consequência, se evidencia ser inaceitável no Brasil — não obstante a insistência de juristas nossos em invocar autores franceses e alemães — a pretensão de que se possa ver, na fundação do nosso Código Civil, pessoa jurídica de direito público.

II. As dificuldades da fundação no Direito francês.

19. A mencionada reação do Estado às instituições de *mão morta*, inclusive a fundação, manifesta-se vivamente no Direito francês, onde Saleilles registra os abusos que provocaram o edito repressivo de 1749, com o propósito de impedir não só a excessiva concentração de bens pelas fundações, como os vultosos legados que, em detrimento dos herdeiros, lhes eram desti-

nados²⁶. Ademais, “quando se fala de fundação, na França, é do legado *sub modo* ou da doação *sub modo* que se trata, os quais não constituem uma verdadeira fundação, no exato sentido jurídico”. Frisando que isso resulta da desconfiança contra as fundações, assinala Saleilles que, embora recebido *sub modo*, o legado pertence ao legatário, o que retira da fundação um traço constitutivo essencial, pois “o elemento capital da fundação, sua primeira condição, é que deve implicar não somente uma destinação — porque a destinação também existe na associação —, mas uma destinação que importe em constituição da propriedade”. E mais adiante, referindo-se à autonomia por excelência, à independência constitucional da propriedade, a qual não pertence idealmente senão à sua destinação e não depende de nenhuma vontade individual, conclui: “Eis a fundação no sentido técnico e especial do vocábulo: é a que consiste num patrimônio autônomo e independente, constituído para um fim estatutário, não funcionando a não ser para esse fim e pertencendo idealmente, assim, a uma entidade ideal, representativa da destinação atribuída à propriedade”²⁷.

Planiol-Ripert, que também comentam os perigos econômicos e políticos da formação de massas patrimoniais em poder de entidades de duração ilimitada, com o exemplo dos abusos verificados antes da Revolução²⁸, e que definem a fundação como “a destinação perpétua de bens ou valores para um serviço determinado pelo disponente”²⁹, encarecem a dificuldade de sua criação direta, no sistema francês. Para instituir-se por doação entre vivos, faz-se necessária a prévia criação de um estabelecimento, que obtenha a declaração de utilidade pública e, além disso, a autorização para aceitar a liberalidade, a fim de, só então, se tornar efetiva a fundação. A sua criação por testamento enfrenta a impossibilidade de legado em favor de pessoa ainda não concebida ao tempo da sucessão, pois a legatária, inexistente a esse tempo, somente depois viria a ser constituída. Daí a razão das práticas indiretas: a doação e o legado *sub modo*³⁰. Na

26. Saleilles, *De la Personnalité Juridique*, págs. 244 a 246.

27. *Idem, ibidem*, págs. 118/119 e 125/126.

28. Planiol-Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. 1.º, n.º 3.031, págs. 1.057/1.058.

29. *Idem, ibidem*, vol. 3.º, n.º 3.331, pág. 967.

30. *Idem, ibidem*, vol. 3.º, ns. 3.345 a 3.354, págs. 973/974.

França, esclarecem, *toda pessoa fictícia privada corresponde necessariamente a uma associação de pessoas; a fundação, tal como admitida na Alemanha — massa de bens destinados a um determinado serviço, investida diretamente de personalidade jurídica — “é incompatível com as nossas leis, no estado atual dos textos”*³¹.

Em resumo: na França, o que “se chama” fundação, NÃO É fundação. É, note-se bem, *estabelecimento de utilidade pública*.

12. A fundação no Direito alemão — Autorização do Estado.

20. Em breve resenha, haurida nos ensinamentos de Tuhr, pode-se apurar o feitio das fundações no Direito alemão.

“Junto à associação, o Código Civil reconhece outra espécie de pessoa jurídica, a fundação, ou seja, um patrimônio autônomo, que se destina a servir a um objetivo, desde o início e por toda a sua duração (...) Em sua qualidade de pessoa jurídica a fundação tem uma esfera jurídica nitidamente separada da de outras pessoas e um patrimônio próprio, independente de outros (...) A fundação nasce *por vontade do fundador* (negócio de fundação) e *aprovação do Estado*. É natural que o Estado se reserva o direito de controlar o nascimento dessas massas patrimoniais — a ‘mão morta’ — já que o patrimônio da fundação fica subtraído, por tempo em princípio ilimitado, à circulação jurídica e reservado para um objetivo determinado (...) Só a fundação para a qual o fundador está disposto a sacrificar parte de seu patrimônio obterá a *aprovação do Estado*”³².

Essa a posição da categoria, em relação às demais pessoas jurídicas. Quanto ao ato de sua criação, “o negócio de fundação realiza-se entre vivos ou por disposição de última vontade; entre vivos, traduz-se numa declaração unilateral escrita e, como a lei não estabelece que deva ser dirigida a uma pessoa determinada,

o negócio pertence à categoria dos não receptíveis e se aperfeiçoa com a assinatura do ato (...) A dotação da fundação por parte do fundador é uma atribuição patrimonial gratuita, pois o capital sai de seu patrimônio sem que o substitua um equivalente. A doutrina dominante, porém, não a classifica como doação. *O objeto dessa atribuição não seria o de beneficiar pessoa existente e sim de constituir uma pessoa nova ou, pelo menos, se não se conceber a dotação como requisito essencial, de criar a base de existência da pessoa que se deva constituir* (...) Da promessa do fundador, que o negócio constitutivo implica, nasce um crédito da fundação, para transferência do patrimônio prometido, em cuja execução se devem transmitir os móveis e proceder à investidura e transcrição dos imóveis”.

Finalmente, em relação a administração e aos direitos dos beneficiários, explica o mesmo autor: “*A fundação não tem outros órgãos além dos administrativos; em particular, não tem membros; os destinatários ou beneficiários, a cujo favor se destinam os frutos da fundação, não têm condição correspondente à de membros; não participam da administração, nem da nomeação ou revogação da diretoria, não influem nas eventuais modificações ou na extinção da fundação*”³³.

Esses mesmos traços essenciais da fundação, no Código Civil da Alemanha, são configurados por Enneccerus, que a conceitua como “*uma organização dotada de personalidade jurídica, não consistente em uma aliança de pessoas, para a realização de determinados fins*”. A personalidade *não reside “no patrimônio da fundação, que é objeto e não sujeito de direito, e tão-somente na própria organização, em virtude da qual se realiza um determinado fim permanente*”³⁴; esse fim, segundo Windscheid, *é de utilidade pública ou geral, como hospitais e escolas*³⁵, acrescentando Dernburg, na época moderna, os fins literários, artísticos, ou, ainda, os das fundações de família³⁶.

33. *Idem, ibidem*, vol. 1.º, tomo 2, págs. 281 a 283, 285/286, 292, 296/297.

34. Enneccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, vol. 1.º, § 110, pág. 506. De acordo, Tuhr, *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Alemán*, vol. 1.º, tomo 2, pág. 276.

35. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. 1.º, § 57, págs. 234/235.

36. Dernburg, *Pandette, Parte Generale*, § 62, págs. 180/181.

31. *Idem, ibidem*, vol. 1.º, n.º 3.030, pág. 1.056.

32. Tuhr, *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Alemán*, vol. 1.º, tomo 2, págs. 275, 278 e 280.

Em resumo: na Alemanha, embora seja admitida a investidura direta da fundação na qualidade de sujeito de direito, também se verificou a reação do Estado, não com o rigor proibitivo do Direito francês, mas que se revela na *necessidade de autorização governamental*, prévia e de *natureza constitutiva*, para criar-se fundação.

13. Substituição da autorização pela fiscalização.

21. A fundação, na sua trajetória pelo direito comparado do Direito francês para o sistema germânico, passa ao largo das dificuldades opostas à criação direta e encontra sua consagração como pessoa jurídica, nascida independente e dotada de patrimônio autônomo. Entretanto, continua ainda, neste sistema subordinada à prévia concessão governamental, dado que, *para o nascimento de uma fundação* juridicamente capaz, *é indispensável, além do negócio fundacional, a aprovação do Estado* em cujo território deva ter sua sede³⁷.

Daí, num passo adiante, chega às legislações que, admitindo-a com a estrutura do Direito alemão, *prescindem da autorização preliminar*, reservando ao Estado a função de *fiscal da constituição e de vigilância no funcionamento*. E Cunha Gonçalves, examinando o papel do Estado na formação das pessoas jurídicas, à vista da iniciativa dos particulares, elucida o caso: *“A autorização, nesta hipótese, pode ser dada, ou em forma geral, por disposição normativa para toda uma categoria de associações ou fundações que têm um dado fim, ou por ato especial a cada ente coletivo. Na concessão por disposição normativa, o Estado declara reconhecer como pessoas jurídicas todas as que, tendo determinado fim se constituírem segundo determinadas formalidades e tendo os seus estatutos um conteúdo típico. E como o Estado não intervém na formação da associação ou fundação, delega numa autoridade ou funcionário a verificação de terem sido cumpridas as formalidades legais, que*

37. Código Civil alemão, art. 80.

*são condições da personalidade, autoridade que, em caso afirmativo, aprova os mesmos estatutos”*³⁸.

14. A fundação no Direito brasileiro.

22. Foi na conformidade de conceituação semelhante — adotada em muitos países — que o Direito brasileiro acolheu, no Código Civil, a categoria das fundações, da qual Clóvis Beviláqua, em comentários ao art. 24, esboça os contornos principais: *“Fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade (...)* Para a existência da fundação, fazem-se necessários os seguintes requisitos: *a) um patrimônio composto de bens livres no momento da constituição; b) o ato constitutivo ou a dotação, que deverá constar de escritura pública ou testamento; c) a declaração, nesse ato, do fim especial a que se destina a fundação; d) estatutos, que atenderão às bases deixadas pelo instituidor; e) uma administração (...)* O ato constitutivo, sendo entre vivos, por isso que é unilateral, só se torna irrevogável depois que, *aprovados os estatutos pela autoridade competente* (art. 27), e *registrada a fundação* (art. 18), *ficar, definitivamente, constituída a pessoa jurídica (...)* As fundações destinam-se a fins de interesse geral, de religião, beneficência, instrução, ou interesses meramente particulares (...). Qualquer que seja o seu fim, *não dependem de autorização administrativa, para se constituírem”*³⁹.

15. O ato fundacional; irrevogabilidade.

23. Pontes de Miranda, de quem o tema da fundação recebeu largo trato, assim se manifesta: *“No suporte fático, de que sai a fundação, não há pluralidade de pessoas, ainda quando o ato fundacional parta de pluralidade de pessoas; pois esse ato coletivo não projeta no futuro essas pessoas (...)* A *voluntas,*

38. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 120, pág. 955.

39. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, págs. 231/232.

aí, é o que a *voluntas* deixou após si: a *voluntas* não é mais — só é a sua eficácia. Tal como a luz da estrela, que se acabou, o que se lhe vê é a luz”. Isso, quanto ao fundador, ou fundadores. Em relação às outras pessoas, as beneficiárias, “a tentativa de considerar sujeito de direito, nas fundações, os destinatários, e não as próprias fundações, é desmentida pela realidade; de regra, não têm eles qualquer direito; a fundação é que vai, na consecução do seu fim, criando-os; os destinatários não podem *pretender*, nem, tampouco, *acionar*”⁴⁰. *Desligada, pois, da pessoa do fundador*, a fundação nem por isso se liga às dos destinatários.

E aquela disjunção é total e definitiva, não só porque “há negócio de fundação sem a vontade de se criar pessoa jurídica; isto é, de se criar, *com o registro, sujeito de direito*”⁴¹, como também, porque “à diferença do que se passa no *Direito alemão*, o negócio jurídico de fundação é *irrevogável*”⁴².

16. Gratuidade e finalidade.

24. A respeito do patrimônio, continua o mesmo autor: “No *Direito brasileiro*, a dotação de bens livres é elemento necessário, ainda que insuficientes, se podem vir a ser suficientes (...). A doutrina tradicional que mais convém a texto como o do art. 24 do *Código Civil brasileiro* e art. 80 do *Código Civil suíço*, foi no sentido de ser exigido como substrato o patrimônio (...). A *atribuição* ou *dotação* que o fundador faz à fundação é gratuita. (...) Personificada a fundação, tem o fundador de adimplir a promessa que fez, de lhe transferir os direitos sobre bens imóveis e os demais direitos; se a prestação se impossibilitou por culpa do fundador, responde à fundação”⁴³.

40. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, § 102, pág. 442.

41. *Idem, ibidem*, vol. 1.º, § 104, pág. 453. Vicente Rão, Parecer, in *Revista dos Tribunais*, 121/475-476.

42. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, § 104, págs. 456/459; Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, págs. 231/232; Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 1.º, pág. 405.

43. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, §§ 104, 105, 107, págs. 454, 460 e 468.

25. O *interesse coletivo*, a que se destina o patrimônio da fundação e constitui seu fim precípua, é *reconhecido em toda parte*. Na Alemanha, “instituto para obtenção de escopos pios ou de utilidade pública”; na Itália, “bens destinados a determinado escopo de interesse não puramente individual”; na Espanha, “realização de fins que não encontraria uma solução adequada, nem com o tipo da pessoa física, nem com o dos restantes grupos de pessoas jurídicas”; em Portugal, “este fim, em regra, é de utilidade geral”⁴⁴. Em certos países, admitem-se, é verdade, fundações “inspiradas por um pensamento egoísta, como as de missas perpétuas pela alma do testador”⁴⁵; mas aí se trata de finalidade que refoge ao tema, por extraterrena.

No *Direito brasileiro*, explica Pontes de Miranda que “o fim específico é pressuposto material, necessário, da fundação, e a referência à especialidade (ou especificação) do fim é para se exigir que seja designado o mais exatamente possível; não bastaria dizer-se “fim de beneficência”, ou “fins de caridade”, ou “para aplicação de beneficência”. Acrescenta, porém, o tratadista: “Não é preciso que o fim seja de bem à humanidade. Aqui, a extensão, que se deu, à escolha do fim foi mais além do que o admitiram o *Direito romano* e o *canônico*”⁴⁶.

17. Fiscalização do Ministério Público.

26. Por mais restrito ou egocêntrico que seja o fim, a *utilidade coletiva*, efeito indeclinável de qualquer fundação, se revela, no sistema da lei, pela presença *vigilante do Ministério Público*, cujo poder de fiscalização somente aquela conveniência justifica.

Comentando o art. 26 do *Código*, segundo o qual esse órgão da autoridade do Estado “velará pelas fundações”, Clóvis Bevi-

44. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol. 1.º, § 57, pág. 234; Barassi, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 73; Puig Peña, *Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral*, pág. 354; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 120, pág. 943.

45. Planiol-Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. 3.º, n.º 3.331, pág. 987; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1.º, tomo 2, n.º 120, pág. 955.

46. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, § 104, pág. 455.

lâqua elucidada a razão do texto legal: "Não tendo o Código Civil brasileiro imposto a necessidade de aprovação pelo Estado para a aquisição da capacidade jurídica da fundação, havia mister, atendendo à importância, às vezes, extraordinária do fato, e à duração, ordinariamente indefinida desta classe de pessoas, de submetê-las à fiscalização do poder público. Essa fiscalização, aliás, é, no sistema do Código, restrita, e orientada no sentido do bem público. Consiste na aprovação dos estatutos e das suas reformas; em velar para que os bens não sejam malbaratados por administrações ruinosas, ou desviadas dos destinos a que os aplicou o instituidor; e em verificar se a fundação se pode manter; ou se o seu patrimônio deve ser incorporado no de outra, que se proponha a fins semelhantes"⁴⁷.

18. Confronto dos sistemas jurídicos.

27. A apreciação que se vem de fazer sobre a fundação, no Direito francês, no Direito alemão e, mais particularizadamente, como seria aconselhável, no Direito brasileiro, enseja agora, pela lição de seus exegetas, incisivo confronto dos três sistemas jurídicos. Confronto que, com grande utilidade para o objeto do presente estudo, evidencia nos dois primeiros, pelas interferências diretas do Estado, as conexões que, sobre o assunto, as respectivas doutrinas estabelecem com o direito público, as quais, em nosso sistema, não se justificam.

28. Realmente, considerados os elementos, material e formal, da pessoa jurídica fundação, surgem nítidas as diferenças dos sistemas.

Na França (n.º 19 *supra*), o elemento material se constitui pela soma de dois componentes: a *prévia criação* de um *estabelecimento*, mais a *doação sub modo* do instituidor; por sua vez, o elemento formal exige *dois atos especiais do Estado: a declaração da utilidade pública* do estabelecimento, mais a *autorização para aceitar a liberalidade*. Por isso, já se concluiu que,

47. Clóvis Beviláqua, *Código Comentado*, vol. 1.º, pág. 234.

no sistema francês, o que "se chama" fundação, não é fundação; é, sim, *estabelecimento de utilidade pública*.

Na Alemanha, segundo a doutrina exposta (n.º 20 *supra*), assentada no Código Civil (BGB), o elemento material é, também, *de natureza composta* pela soma de *duas* manifestações de vontade: a do fundador, no ato de dotação patrimonial, mais a do Estado, no ato *especial de autorização prévia* (art. 80 do BGB); o elemento formal, todavia, requer apenas a inscrição no registro competente (art. 21 do BGB).

No Brasil (ns. 22 a 26 *supra*), o elemento material depende de *uma única* declaração de vontade, a do fundador, regulada por *disposições normativas* (Cód. Civil, arts. 24 a 30), aplicáveis a toda a categoria, e já que "o Estado não intervém na formação da fundação, delega numa autoridade ou funcionário a *verificação de terem sido cumpridas as formalidades legais*" (n.º 21 *supra*); o elemento formal se reduz à inscrição dos atos constitutivos, "no seu registro peculiar" (Cód. Civil, art. 18).

29. De tudo resulta, portanto — ao contrário dos sistemas francês e alemão — atribuir o sistema jurídico brasileiro às fundações, livres de intromissões do arbítrio ou da vontade do Estado, a figura que lhes assinalou Orlando Gomes, de "construção da técnica jurídica altamente valiosa para a realização de fins nobres, ou, pelo menos, socialmente úteis", qualificadas "como pessoas jurídicas EXCLUSIVAMENTE de direito privado"⁴⁸.

Categórico que pareça, o advérbio empregado no citado autor apenas faz ressoar o texto expresso e taxativo do Código Civil: "*São pessoas jurídicas de direito privado: . . . as fundações*" (art. 16, n.º I).

E perlustrado assim, no campo dos sujeitos de direito privado, o terreno próprio daquela categoria em nosso sistema jurídico, pode-se passar, na busca do objetivo deste trabalho, a outro campo, o dos sujeitos de direito público.

48. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, ns. 115 e 121, págs. 186 e 192.

19. As pessoas jurídicas de direito público.

30. Por consubstanciar o suporte fundamental dos direitos subjetivos, o sujeito de direito compõe, segundo se assinalou (n.º 6 *supra*), o pórtico do Código Civil, no seu livro primeiro — “Das Pessoas” — dividido no trato das pessoas naturais e das pessoas jurídicas. Embora diploma de direito privado, não ficou o Código, porém, adstrito aos sujeitos deste e, assim, ao cogitar das pessoas jurídicas, cuidou de arrolar também as de direito público. Método com o qual, ressaltando a primordial importância dos sujeitos na ordem jurídica, deles oferece visão global, em todos os escalões, apontados em preceitos já citados.

“Art. 13. As pessoas jurídicas são de direito público, interno, ou externo, e de direito privado”.

“Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I — A União.

II — Cada um dos seus Estados e o Distrito Federal.

III — Cada um dos Municípios legalmente constituídos.”

31. Justificando esse largo abrangimento do Código, explica Pontes de Miranda: “O Código Civil, posto que não reja as pessoas jurídicas de direito público, porque nascem noutra ramo do direito que o civil e, talvez, em sistema jurídico de outro Estado, ou supra-estatal, teve de aludir a elas, inclusive às pessoas que se criaram e personificaram em sistema jurídico supra-estatal ou estrangeiro. Nota-se-lhe certa vocação à exaustividade”⁴⁹.

Não obstante tal vocação, o rol da lei deixou de ser exaustivo, pela superveniência dos fatores registrados por Tito Prates da Fonseca: “O Código Civil elaborou-se em um regime de direito público no qual apenas se cogitava da *descentralização territorial ou política*, sem encarar a *descentralização por serviços*, que havia de sobrevir. O Código, pois, tomou a *descentralização territorial* estabelecida, e apontou as pessoas jurídicas de direito público, de acordo com o sistema. Mas, o Código Civil

49. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, § 76, n.º 1.

não tem valor, em seus dispositivos, de preceito constitucional. Não é uma *super-lei*, uma carta magna. Traduz preceitos de direito público existentes”⁵⁰.

Tendo em conta ponderações dessa ordem e atualizando a enumeração do Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar das pessoas jurídicas de direito público, na órbita internacional e na órbita interna, conclui que, nesta última “são elas: a Nação brasileira, na sua expressão interna de soberania, tal como constitucionalmente organizada, sob a denominação de *União*; as unidades federadas que a compõem, dotadas da autonomia que a Constituição lhes reconhece, que se chamam *Estados*; as unidades político-administrativas, em que estes se subdividem, que são os *Municípios* legalmente constituídos; os *Territórios*, não constituídos em Estado; e os *organismos administrativos*, resultantes da *descentralização por serviço*, investidos de atribuições de natureza pública e dotados de organização, personalidade jurídica e administração própria, conhecidos como *autarquias*, nos termos do Decreto-lei n.º 6.016, de 22 de novembro de 1943”⁵¹.

20. Os dois critérios de descentralização. As autarquias.

32. Elaborado na vigência de “um regime de direito público no qual apenas se cogitava da *descentralização territorial ou política*” (Tito Prates da Fonseca), o Código Civil, ao lançar sua visão global dos sujeitos de direito, só podia arrolar pessoas jurídicas de direito público integradas no sistema. Entretanto, a *descentralização por serviços*, que, segundo o mesmo autor, “havia de sobrevir” — sobreveio; subordinando então o sistema a dois critérios de descentralização e reformulando a enumeração, assim atualizada, em direito público interno (Caio Mário da Silva Pereira) — na *descentralização territorial ou política*: a *União*, os *Estados*, os *Municípios* e os *Territórios*; na *descentralização por serviços*: as *autarquias*.

50. Tito Prates da Fonseca, *Autarquias Administrativas*, págs. 85/86.

51. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1.º, págs. 224/225.

Os dois critérios não se chocam e, ao contrário, pertinentes que são ao mesmo sistema, hão de conciliar-se, pois a descentralização por serviços é meio, pelo qual, para atingir seu próprio fim, cada pessoa jurídica, componente da descentralização política, se *desdobra administrativamente* em outro, ou outros sujeitos de direito público interno, as *autarquias*, também chamadas por isso mesmo, pessoas administrativas. O que está conforme à lição dos especialistas.

Explica Tito Prates da Fonseca que “a *autarquia* nasce da concessão de sua personalidade jurídica pelo poder público — Estado federal ou Estado federado — que destaca de si mesmo, por assim dizer, de sua substância administrativa, um departamento, ou organiza um serviço a que confere essa personalidade”⁵². Ensinamentos a que se pode acrescentar o de Themistocles Cavalcanti, articulando os conceitos de personalidade e capacidade já acima examinados, no item próprio (n.º 7 *supra*): “a personalidade jurídica de direito público dos órgãos autárquicos decorre de uma certa *capacidade*, que lhes é atribuída pela lei, para exercer atividades, *reservadas, exclusivamente*, ao Estado, que as pode exercer direta, ou indiretamente, *destacando da administração* parcelas de atividade para entregá-las a determinados órgãos”⁵³.

Contudo, para que assim seja — isto é, a fim de legitimar-se na hierarquia das normas (n.º 4 *supra*), em cada plano de elaboração legislativa, mesmo o estadual, essa criação de pessoas jurídicas de direito público, inovada e singular quando refoge ao poder federal — afigura-se indispensável, senão a permissão explícita, pelo menos a inexistência de impedimento constitucional. É o que se passa a verificar.

21. Poder estadual de outorgar personificação.

33. Tendo em vista a finalidade do presente estudo, muito se simplifica tal verificação.

52. Tito Prates da Fonseca, *Autarquias Administrativas*, págs. 72/73.

53. Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 2.º, pág. 122.

De fato, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, preconizada na Constituição Paulista de 1947, foi objeto da Lei estadual n.º 5.918, de 1960, e do Decreto n.º 40.132, de 1962. A questão ora indagada limita-se, pois, no caso concreto, à órbita estadual e versa matéria *inteiramente regulada sob a vigência da Constituição Federal de 1946*.

Ora, isto considerado e ponderando que, a respeito, os preceitos desta, conforme já se demonstrou (n.º 5 *supra*), não foram alterados pelos diplomas posteriores (art. 13 e § 1.º da Const. Federal de 1967; *idem*, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969), é de toda conveniência focalizar-se a questão à luz das suas normas, a seguir transcritas:

“Art. 18. Cada Estado se regerá pela Constituição e leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1.º Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição”.

34. Para a boa compreensão do comando constitucional, anote-se que aí se conjugam preceitos de duas ordens. O primeiro, de ordem política, contido no *caput* do artigo, estabelece o mandamento fundamental da convivência federativa, pois, se cada Estado é autônomo, a fim de reger-se “pela Constituição e leis que adotar”, tal autonomia se subordina a que sejam “observados os princípios estabelecidos” na Constituição Federal. Enquanto o segundo, de ordem técnica, explicitado no texto do parágrafo, gradua aquele mandamento, reservando aos Estados “*todos os poderes*”, menos os que lhes “sejam vedados” pela Constituição.

Com esse esclarecimento é que, no plano da elaboração legislativa estadual, cabe verificar: a) o cabimento, naqueles “*todos os poderes*” do Estado-membro, do de outorgar personalidade jurídica; mas, também, por força de consequência; b) os limites de seu exercício, sem invasão do plano federal.

35. A primeira questão — de poder o Estado criar pessoas jurídicas de direito público — apresenta-se esclarecida em con-

cisa lição de Tito Prates da Fonseca: “Nenhuma cláusula constitucional expressa nega, explícita ou implicitamente, aos Estados o direito de organizarem a própria administração, pela descentralização por serviços, vale dizer, pela outorga de personalidade jurídica a um serviço público especial, concedendo, assim, a uma pessoa, com patrimônio especial, a autonomia de gestão, e todas as suas conseqüências, tudo dentro do limite da competência administrativa do Estado. A concessão de personalidade jurídica a um serviço público de sua competência constitui exercício, pelo Estado, de poderes de direito público a ele reservados expressamente pela carta constitucional. Nesse ambiente, não é lícito às leis federais, ainda que de direito público interferir”⁵⁴.

No entanto, a segunda questão — dos limites no exercício dos poderes reservados aos Estados — envolve o confronto desses poderes, com os que “lhes sejam vedados” pela Constituição, e, assim, suscita matéria de competência, a ser resolvida, necessariamente, pelo cotejo dos planos de elaboração legislativa, próprios do sistema jurídico nacional.

Sirva de inspiração a esse propósito, outro ensinamento do próprio autor de *Autarquias Administrativas*: “Nem tudo quanto o Estado realiza na vida jurídica é de direito público. Este princípio, é, hoje, incontroverso. Quando, portanto, o Estado funda instituições que não saem fora da órbita do direito privado não torna, por isso, pessoa de direito público a instituição, cujo conteúdo não é um serviço público. Se se trata de uma instituição com fins que se concretizam em serviços públicos, e não é um estabelecimento público personalizado, só pode ser instituição de direito privado”⁵⁵.

36. Cumpre, então, voltar aos cinco planos de elaboração legislativa, assinalados por Pontes de Miranda (n.º 4 *supra*), planos de tal hierarquia, que o “não pode entrar”, dito num deles, *pré-excluí, radicalmente*, a elaboração pelo plano a que se dirige.

Aí, por isso mesmo, ficou explicado que “a legislatura federal não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é compe-

tente o legislador estadual”, o que corrobora a citada lição de Tito Prates da Fonseca, sobre a criação, pelos Estados, na descentralização por serviços, de *peçoas jurídicas de direito público*, ao concluir que “nesse ambiente, não é lícito às leis federais, ainda que de direito público, interferir” (n.º 35 *supra*).

Mas explicou-se, outrossim, que “o legislador estadual não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal”. Razão pela qual ficou assentado: “sempre que se tem de aplicar regra jurídica estadual, ou de examiná-la, para se concluir sobre a sua validade ou invalidade, tem-se de indagar se o Estado-membro tinha poder para fazê-lo, e tal poder somente lhe pode provir da Constituição Federal ou da Constituição Federal e da Constituição Estadual”.

Ora, para tal indagação e segundo também já se esclareceu (ns. 5 e 6 *supra*), no quadro das competências legislativas do sistema jurídico brasileiro, estabelecido no plano mais elevado da Constituição Federal, determina esta *competir à União legislar sobre direito privado*, cuja matéria fica, assim, confinada na competência privativa do legislador federal, tocando ao Código Civil, onde tal matéria se concentra, qualificar, definir e regular as pessoas jurídicas de direito privado.

Forçoso concluir, portanto, que, no confronto daqueles “todos os poderes”, reservados aos Estados, com os que “lhes sejam vedados” pela Constituição, não cabe ao Estado-membro, na descentralização dos próprios serviços, o poder de modificar as regras dos *sujeitos de direito privado*, inclusive a da outorga de personalidade, sejam associações, sejam fundações, pois “o legislador estadual não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal”.

37. Nem se pretenda argumentar, em contrário, com o Decreto-lei n.º 6.016, de 22 de novembro de 1943, invocado por Caio Mário da Silva Pereira para justificar o acréscimo das *autarquias* ao rol dos sujeitos de direito público (n.º 31 *supra*).

Dispondo este sobre a recíproca imunidade tributária, constitucionalmente assegurada aos Poderes Públicos, determina no art. 1.º que a mesma “compreende não só os órgãos centralizados

54. Tito Prates da Fonseca, *Autarquias Administrativas*, págs. 91/92.

55. *Idem*, *ibidem*, pág. 77.

da União, Estados e Municípios, como as suas autarquias, alcança os bens, rendas e serviços de uns e outros". E, acrescenta, no art. 2.º: "Considera-se autarquia, *para efeito deste decreto-lei*, o serviço estatal descentralizado, *com personalidade de direito público*, explícita e implicitamente reconhecida por lei".

Advirta-se, entretanto, que esse reconhecimento por lei, de personalidade de direito público, para serviço estatal descentralizado, embora estabelecido em *lei ordinária* do plano de elaboração legislativa federal, aí constitui, nitidamente, *norma de direito público*, que não pode estender aos Estados e Municípios o poder de legislar sobre qualificação ou personificação de *sujeitos de direito privado*, pois tal matéria compete, *constitucionalmente*, ainda no mesmo plano de elaboração, às *leis ordinárias* federais de *direito privado*, como o Código Civil, o Código Comercial e leis especiais que os sucederam.

22. Poder federal de outorgar personificação.

38. Embora a descentralização por serviços tenha dado origem à *autarquia*, pessoa jurídica de direito público, nada impede que a União, o Estado ou o Município descentralizem seus serviços por meio de pessoas jurídicas de direito privado. Ressalvada, apenas, a impossibilidade constitucional, *para os dois últimos, de inová-las na sua configuração legal*, matéria privativa da União.

Esta, porém, no exercício de tal competência, não se tem limitado a utilizar esse meio ou a criar, por leis ordinárias especiais, novas figuras de pessoas jurídicas, desconhecidas dos Códigos, Civil e Comercial, como a sociedade cooperativa ou a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Tem andado mais adiante e, sempre que convém à descentralização de seus serviços, modifica, por lei especial ordinária, ora a estrutura, ora a qualificação, daqueles sujeitos de direito. Os casos proliferam em ambas as categorias, a da associação e a da fundação.

39. Observe-se o tipo associativo, em dois conhecidos exemplos.

O Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, lei ordinária reguladora das sociedades anônimas, exige, para a constituição da sociedade, um número mínimo especial de sócios, nestes termos:

"Art. 38. *Nenhuma* sociedade anônima poderá *constituir-se* sem que se verifiquem, *preliminarmente*, os seguintes requisitos:

1.º A subscrição, *pelo menos por sete pessoas*, de *toda o capital social*".

Pois bem. A União, no uso de sua privativa competência, de legislar sobre pessoas jurídicas de direito privado, e tendo em vista conveniências da descentralização por serviços, determinou a *alteração da citada norma*, na Lei especial ordinária n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, que "dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo", estabelecendo:

"Art. 5.º. *Fica a União autorizada a constituir*, na forma desta lei, *uma sociedade por ações*, que se denominará *Petróleo Brasileiro S. A.* e usará a sigla ou abreviatura de *Petrobrás*".

"Art. 10. *A União* subscreverá a *totalidade do capital inicial da Sociedade...*".

Mas não é só. Por segunda vez, atendendo a conveniências semelhantes, usou da mesma prerrogativa, na Lei especial ordinária n.º 3.115, de 18 de março de 1957, que "determina a transformação das empresas ferroviárias da União em sociedade por ações" e onde o legislador federal estipulou:

"Art. 1.º. *Fica o Poder Executivo autorizado a constituir*, nos termos da presente lei, *uma sociedade por ações* sob a denominação de *Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima (R.F.F.S.A.)*, à qual serão incorporadas...".

40. Quanto à fundação, torna-se fácil arrolar pessoas jurídicas dessa categoria, *criadas pela legislação federal*, com modificações, quer na estrutura, quer na qualificação. Em verdade, no afã de procurar, em nosso sistema jurídico, "fundações de direito público", os autores que as defendem multiplicam e acumulam hipóteses. Todavia, omitindo os planos da elabora-

ção legislativa e, aí, a competência privativa da União, embora patrocinem a existência delas também na órbita estadual ou municipal, não botam reparo em que, *todos os exemplos* buscados, se encontram, só e só, na *legislação federal*.

Veja-se quase uma dezena deles, relacionados por Mario Diney Corrêa Bittencourt, a propósito de pretendida "fundação municipal", em Curitiba⁵⁶. "Nos dias atuais, proliferam as fundações de direito público:

a) Fundação Nacional do Bem-Estar Do Menor, criada pela Lei federal n.º 4.513, de 1.º de dezembro de 1964;

b) Fundação Ensino Especializado de Saúde Pública, criada pela Lei federal n.º 5.019, de 7 de junho de 1966;

c) Fundação Centro Brasileiro de TV Educativa, mandada instituir pela Lei federal n.º 5.198, de 3 de janeiro de 1967;

d) Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, cuja instituição foi autorizada pelo Decreto-lei federal n.º 161, de 13 de fevereiro de 1967;

e) Fundação Interestadual para o Desenvolvimento dos Vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá (FIRTOP), mandada instituir pelo Decreto-lei federal n.º 179, de 16 de fevereiro de 1967;

f) Fundação Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada (IPEA) cuja instituição foi autorizada pelo art. 190 do Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967;

g) Fundação Central Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho, mandada instituir pela Lei federal n.º 5.161, de 21 de outubro de 1966, embora em seus estatutos (aprovados pelo Dec. federal n.º 62.172, de 25-01-1968) conste, no art. 1.º, erroneamente (*sic*) que é uma pessoa jurídica de direito privado;

h) Fundação Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL), instituída nos termos do art. 4.º da Lei federal n.º 5.379, de 15 de dezembro de 1967, tendo seus estatutos sido

aprovados pelo Decreto federal n.º 62.454, de 22 de março de 1968".

23. A tese das "fundações públicas".

41. Nos dois precedentes itens, parecem ter ficado bem claras duas irretorquíveis conclusões. A *primeira*, sobre competência estadual, de que *não cabe aos Estados* o poder de modificar as regras dos sujeitos de direito privado, inclusive a da outorga de personalidade. A *segunda*, sobre competência federal, de que *tal poder cabe privativamente à União*, a qual o tem exercido não somente para criar novas figuras de pessoas jurídicas dessa natureza, mas, também, para modificar as existentes, quer na qualificação, quer na estrutura, seja associação, ou fundação. Conclusões cuja clareza decorre de se tratar a matéria sob a luz direta de normas expressas em nosso sistema jurídico, evitando sombras projetadas por concepções meramente teóricas.

Quando colocadas, entretanto, em plano secundário, aquelas normas se obscurecem, dando ensejo às formulações de teoria incriminadas na advertência de Pontes de Miranda (n.º 3 *supra*). "Não pertencem ao sistema jurídico proposições *que com ele são incompatíveis*; mas também *as que seriam compatíveis e o sistema jurídico não admitiu*. Daí o enorme perigo de se atribuir a algum sistema jurídico o que o formulador ou repetidor da proposição *gostaria que estivesse* no sistema jurídico (opinião dita *de lege ferenda*) *todavia não está* no sistema jurídico."

É o que, *data venia*, afigura-se ocorrer na tese das chamadas "fundações públicas", alegada para qualificar a natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, tese que aquelas duas conclusões, de ordem rigorosamente legal, permitem agora refutar.

42. Miguel Reale, em seu já citado trabalho, publicado no vol. 52 da *Revista da Faculdade de Direito* (n.º 1 *supra*), invocando comentário de Clóvis Beviláqua, de não serem privadas as fundações criadas pelo Estado para fins de instrução pública

56. Mario Diney Corrêa Bittencourt, "Fundações de Direito Público", *parecer* in *Revista de Direito Público*, 11/143-144.

— comentário que, como mais adiante se mostrará, incorreu em equívoca equiparação entre fundação e estabelecimento público (n.º 45 *infra*) — sustenta, em resumo, que razão alguma existe de abandonar-se essa tese, para fazer prevalecer, “anacrônica-mente”, a *forma extrínseca* sobre a *substância* ou a *essência* da entidade, pois uma das *características do Estado contemporâneo* é a transformação de sua primitiva estrutura, assente antes apenas em referências político-geográficas (União, Estados e Municípios) para assumir outras duas dimensões: a *grupalista* e a *autárquica*; tomada esta na “sua acepção genérica, abrangendo todas as espécies de autonomização dos serviços públicos, desde as ‘autarquias’ propriamente ditas às entidades paraestatais, às ‘fundações de direito público’, às ‘sociedades de economia mista’ e às ‘empresas públicas’, todas modalidades ou graus diversos de um único fenômeno, que é o da *potenciação dos meios de agir do Estado em nossos dias*”. Acrescentando, logo a seguir, que “ainda é vacilante e incerta a terminologia nesta complexa matéria, o que se explica pela *natureza fluida dos conceitos que vão sendo modelados* ao calor vivo da experiência, máxime no Brasil (. . .) *Em linhas gerais, poder-se-ia aceitar* o termo ‘autarquia’ em duas acepções, uma lata ou genérica, e outra estrita, correspondendo esta, *propriamente*, à estrutura autônoma de um serviço público”⁵⁷.

Não parece sustentável considerar “anacrônica” a prevalência da *forma extrínseca* sobre a “essência da entidade”, pois aquela, está estabelecida na lei, enquanto esta ainda se acha na concepção teórica do autor. Nem se afigura admissível a sugestão de que “em linhas gerais, *poder-se-ia aceitar* o termo autarquia em duas acepções”, pois, segundo o próprio autor, “ainda é vacilante e incerta a terminologia, pela natureza fluida dos conceitos”, os quais, cumpre notar, por enquanto “vão sendo modelados”. A não ser que com isso se pretenda apenas “vestir” de autarquia, na acepção lata ou genérica, as *desejadas* “fundações públicas”.

São latentes, nessas proposições do consagrado mestre da filosofia, sua visão política das “características do Estado con-

57. Miguel Reale, “Natureza Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo,” *in Revista da Faculdade de Direito*, 57/ 258-259.

temporâneo”, que o leva a cogitar da “potenciação dos meios de agir do Estado em nossos dias”, a ponto de inverter a ordem jurídica das coisas, sobrepondo concepções teóricas a textos normativos do direito vigente. Tal como se vê nesta asserção: “*Nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma fundação de natureza privada, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de caráter ‘não governamental’.* Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesses manifestamente coletivo, sem lhe emprestar, *de maneira expressa* (o grifo é do autor), a configuração jurídico-civil, *deve entender-se* que se trata de ente de direito público”⁵⁸.

Como se vê, com dispensa de maior comentário, outorga, desse modo, ao direito público, em matéria de sujeitos de direito privado, *supremacia que*, por mais desejável que fosse *estar, todavia não está* no nosso sistema jurídico.

43. Também José Cretella Júnior, em estudo publicado no vol. 60, da mesma *Revista da Faculdade de Direito*, de início citado (n.º 1 *supra*), prefere, às normas do direito objetivo, o exame teórico da matéria, a fim de “através de construção rigorosamente científica, demonstrar que o mundo jurídico, em seus dois campos, admite o instituto da fundação”, preocupando-se, por isso, em buscar “o critério para identificar um ente, em público ou privado”⁵⁹.

Nessa procura, informado nos inúmeros autores aí apontados, italianos, alemães e franceses⁶⁰ consegue “agrupar, em esquema, os principais critérios eleitos”, a saber: 1.º) finalístico; 2.º) orgânico; 3.º) da posição relativa ao Estado, ou 4.º) a outros entes; 5.º) da participação no grupo; e 6.º) do regime jurídico especial.

Para a solução da natureza das fundações, o seu trabalho, clareando o campo doutrinário, tem a inestimável virtude de eli-

58. *Idem, ibidem*, pág. 261.

59. José Cretella Júnior, “Fundações de Direito Público”, *in Revista da Faculdade de Direito*, 60/226-227.

60. *Idem, ibidem*, pág. 227, nota 11.

minar cinco das teorias apresentadas, em razão dos fundamentos que oferece, a seguir resumidos:

1.º) O critério *finalista*, ou *teleológico*, “não é conforme a verdade, porque, segundo a fórmula de A. Mestre, o Estado não tem o monopólio do bem público, e jamais proibiu que as atividades privadas conjuguem seus esforços, espontaneamente, para realizar obras de interesse público”.

2.º) O critério *orgânico*, ou de *criação pelo Estado*, “que tem a seu favor o mérito da máxima simplicidade, não pode considerar-se exato, porque não só muitos entes públicos devem sua origem a um ato de iniciativa privada, como também, por outro lado, nada impede que alguns dos entes criados pelo Estado pertençam à classe das pessoas jurídicas de direito privado”.

3.º) O critério da *posição relativa ao Estado*, que serve, aliás, de base para a estruturação de várias doutrinas, é que determinaria a natureza da pessoa jurídica, se privada, se pública; entretanto, “todas estas doutrinas consideram antes as consequências do que, propriamente, a essência da natureza pública dos entes administrativos”.

4.º) O critério da *posição relativa a outros entes*, constitui doutrina que, “embora sustentada por autorizados mestres, é bastante criticada, sobretudo por causa da existência de alguns entes, como as instituições de beneficência, que não dispõem de *potestas imperii* apesar de serem designadas como públicas pela lei”.

5.º) O critério da *participação no grupo* “é certo apenas em parte, visto que, se pode ser aceito no que diz respeito aos entes públicos maiores (Estado e Comuna), de modo algum se aplica aos entes públicos menores (autarquias, partidos políticos)”.

Resta, portanto, apenas o último critério, o do *regime jurídico especial*, único preconizado pelo autor, em que “a pessoa jurídica de direito público é caracterizada por uma situação toda especial, informada por princípios peculiares ao direito administrativo”.

A esse respeito, todavia, substituindo a intencionada “construção rigorosamente científica”, por exemplos extraídos do di-

reito público belga, do direito público italiano e também do direito nacional, onde inclui a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, considera que “não é mais possível, em nossos dias, ficar alheio a uma evidência por demais patente para ser demonstrada”. Chega, assim, à última das conclusões do seu estudo, “a *fundação de direito público* afetação por uma pessoa pública dum patrimônio ou um serviço público personalizado, criado por pessoa pública, com regime jurídico próprio, informada por princípios de direito público, é realidade aceita pela melhor doutrina internacional e pela mais autorizada doutrina brasileira”⁶¹.

O que parece muito pouco para afastar, ou enfraquecer, a natureza legal da fundação, qualificada de *sujeito de direito privado*, em nosso sistema jurídico.

44. Entre os pareceres que pretendem sustentar a natureza de direito público da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, inicialmente mencionados (n.º 1 *supra*), alinha-se o de Celso Antonio Bandeira de Mello, publicado no vol. 338 da *Revista dos Tribunais*.

No mesmo diapasão dos anteriores, não procura confrontar os planos constitucionais da elaboração legislativa com as normas que regem a competência da União e dos Estados, na criação dos sujeitos de direito. Como viga mestra de sua argumentação, opta, ao contrário, pelo confronto daquela Fundação, com teorias expendidas no direito estrangeiro, esmiuçando requisitos que a enquadrariam no direito público. E julga que o enquadramento se opera reiteradamente por todos e cada um dos critérios preconizados nas doutrinas de sua escolha, onde “haveria cerca de cinco sistemas identificadores da pessoa jurídica”⁶². Dessas teorias aqui se faz o resumo, acompanhada cada uma das breves observações que suscita.

1.ª) “Uma primeira doutrina aconselha o exame do escopo a que se propõe a pessoa moral. Se o escopo é de utilidade

61. *Idem, ibidem*, págs. 228/230, 231, 233, 234.

62. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Fundações públicas”, in *Revista dos Tribunais*, 338/66 a 68.

privada, tem-se uma pessoa jurídica de direito privado. Se o escopo é público, coletivo, tem-se uma pessoa jurídica de direito público.”

— O escopo do *interesse geral*, tratando-se de *fundação*, não é peculiar aos sujeitos de direito público, nem os distingue dos de direito privado. Conforme já se demonstrou no item dedicado à *finalidade* da fundação (n.º 25 *supra*) “o *interesse coletivo*, a que se destina o patrimônio da fundação e constitui seu fim *precípuo*, é reconhecido em toda parte”. Tal como no Direito brasileiro, é proclamado, pelos autores ali citados, na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal.

2.ª) “Uma segunda doutrina encontra a característica distintiva na obrigação que a pessoa jurídica de direito público tem de perseguir a realização de seus objetivos. Trata-se de um dever de cumprir a própria finalidade e não, como nas pessoas de direito privado, um problema de arbítrio de seus membros.”

— O cumprimento da finalidade da fundação não constitui em direito pátrio, um “problema de arbítrio” de ninguém. Ao contrário, segundo já foi esclarecido, “se revela, no sistema da lei pela presença *vigilante do Ministério Público*” (n.º 26 *supra*) o qual “*velará pelas fundações*”, e com tal diligência que, verificando impossibilidade de sua manutenção, *deverá promover-lhe a extinção* (Cód. Civil, arts. 26 e 30, e Cód. Proc. Civil, art. 654).”

3.ª) “Uma terceira doutrina sustenta que é a constituição coativa o elemento que melhor caracteriza a pessoa de direito público.”

— Incompreensível esse critério da coação. Quem coage? A lei? Mas quem coage o legislador? O constituinte? Mas quem coage o legislador constituinte?

4.ª) “Uma quarta doutrina embasa-se na posição jurídica da pessoa em face do Estado. Se é sujeita à tutela exercida pelo Estado, será pessoa jurídica de direito público; em caso contrário, será de direito privado. E a FAPESP está sujeita à tutela estatal, pois: todos os membros do Conselho Superior são escolhidos e nomeados pelo Governo do Estado; assim também o Presidente, o Vice-Presidente e os membros do Conselho Téc-

nico-Administrativo; seus próprios estatutos estão sujeitos à aprovação do Governo.”

— O que o autor denomina “tutela do Estado” não passa de manifestações que a este cabem, como *instituidor* da fundação, na conformidade do texto expresso do art. 26 do Código Civil, “especificando o fim a que a destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”. Aliás, sintetizando ensinamento desenvolvido por Gaston Jèze (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*, pág. 22), a propóstio da caracterização das pessoas jurídicas de direito público, Tito Prates da Fonseca relaciona os elementos considerados de menor significação⁶³:

“Não constituem sinais decisivos (no texto de Jèze: *il faut se garder de considérer comme décisifs les criteriums suivants*):

a) a intervenção de um ato de autoridade pública, para a fundação de um estabelecimento;

b) a aprovação por um agente público dos regulamentos de regime e serviço interno de um estabelecimento;

c) a nomeação, pelo Governo, de certos administradores;

d) a necessidade de aprovação administrativa para todos ou certos atos de administração praticados;

e) a sujeição da contabilidade do estabelecimento ao contraste fiscal público”.

5.ª) “Uma quinta doutrina funda-se no modo de constituição da pessoa, ressaltando que quando para criá-la intervém o Estado tem-se uma pessoa de direito público.”

— Em oposição a esse critério, já repellido por Jèze, no item a da relação transmitida por Tito Prates da Fonseca, repita-se lição deste, anteriormente citada (n.º 35 *supra*): “*Nem tudo quanto o Estado realiza na vida jurídica é de direito público (...)* Quando, portanto, o Estado funda instituições, que não saem fora da órbita do direito privado, não torna, por isso, pessoa de direito público a instituição, cujo conteúdo não é um serviço público. Se se trata de uma instituição com fins que se concre-

63. Tito Prates da Fonseca, *Autarquias Administrativas*, pág. 37.

tizam em serviços públicos, e não é um estabelecimento público personalizado, só pode ser instituição de direito privado”.

Em conclusão — ao que parece, após observar todas as teorias invocadas — nenhuma delas, ao contrário do que pretendia o autor, consegue caracterizar a cogitada Fundação, como sujeito de direito público.

24. Estabelecimento público e fundação.

45. A lição de Tito Prates da Fonseca, há pouco repetida — “Se se trata de uma instituição com fins que se concretizam em serviços públicos e não é um estabelecimento público personalizado, só pode ser instituição de direito privado” — sugere neste passo, a oportunidade de desmanchar-se o equívoco de equiparar fundação a estabelecimento público.

O engano se reitera em nossa literatura mais recente, por força (e que forçal) de comentário de Clóvis Beviláqua, ao art. 24 do Código Civil, onde reconhece que o *Estado pode criar fundações*, mas, para dar exemplos, refere que “entre as fundações criadas ultimamente pelo Estado, entre nós, merecem menção os estabelecimentos de instrução pública superior e secundária subordinados ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores”, concluindo: “*Esses institutos de ensino são fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou e administradas pelos respectivos diretores, de acordo com as Congregações e sob a inspiração do Conselho Superior do ensino e do Ministro dos Negócios Interiores*”⁶⁴.

Coube a Waldemar Ferreira — o primeiro, pelo que parece, a opor reparo à tese — levantar a questão, em longo e fundamentado parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados⁶⁵, a respeito da natureza jurídica das Caixas Econômicas Federais, onde afirmava que “elas são estabelecimentos públicos”. Em meio desse trabalho, referindo e transcrevendo o citado comentário de Clóvis Beviláqua, com os

64. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 1.º, pág. 232, n.º 4.

65. *Diário Oficial da União*, de 30 de setembro de 1936.

cuidados do acatamento por todos devido ao autor do Código Civil, assim se manifestava: “Colide essa conclusão, porém, com os princípios que vêm sendo aqui deduzidos e — a despeito da imensa autoridade do civilista exímio, a que tantas vezes temos solicitado o concurso de sua sabedoria — com os que orientam o instituto das fundações, no âmbito do direito civil e, por isso mesmo, dotadas da personalidade jurídica de direito privado”. E colocando os conceitos nos seus devidos lugares, acrescentava: “Que se esteja a elaborar o estatuto das fundações de direito público, fora da alçada do direito privado, admite-se, e sem maior restrição que a de não passar isso ainda de uma simples expectativa pela pressão da teoria das autarquias administrativas, linhas adiante postas no tapete”⁶⁶.

46. Aliás, em mestre do próprio direito administrativo — embora adepto da bipartição das fundações, em direito privado e público, e, talvez, por isso mesmo, com particular autoridade — encontra-se a distinção entre “estabelecimento público” e “fundação”. Explica Ruy Cirne Lima: “Estabelecimento público, a seu turno, é o serviço público, a que se reconhece personalidade jurídica. Compreende o estabelecimento público bens e pessoas, postos ao serviço de uma finalidade pública determinada. Não é, porém, uma corporação. Faltam-lhe associados ou membros. Não é tampouco uma fundação pura e simples. Para estas, meras coletividades de bens, a personificação é o meio de realizarem o fim visado pelo instituidor. Ainda sem personalidade jurídica, no entanto, já possui o serviço público a organização necessária para a realização dos seus fins. Na fundação, a personificação é uma necessidade social: é necessária para que possa a coletividade de bens, realizar a finalidade de interesse geral, a que a vontade do instituidor a vinculou. No estabelecimento público, ao contrário, a personificação é unicamente uma necessidade para o Estado, para que este, graças a adaptações regionais ou especiais, ou à só divisão do trabalho, possa, com menor esforço ou dispêndio, imprimir maior eficiência aos serviços de sua administração. Nasce, pois, a fundação de uma

66. Waldemar Ferreira, *DOU* de 30 de setembro de 1936, pág. 18.110.

necessidade social; o estabelecimento público, de uma necessidade da administração pública”⁶⁷.

47. O enleio, entre estabelecimento público e fundação, parece ter-se originado à vista da doutrina do Direito francês, conforme se pode apurar no mesmo citado parecer de Waldemar Ferreira: “No fundo — e a autoridade de Hauriou, *Droit Administratif*, pág. 358, tem sido invocada, quando ele doutrina que — no fundo, o estabelecimento de utilidade pública é uma instituição privada, cuja atividade é desinteressada. Em princípio, então, esta instituição deve ser livre; mas, por outro lado, pois que é objeto de um reconhecimento público, isto significa que o poder público, embora não a incorporando nos seus serviços, procura atraí-la para isso. Há, então uma sorte de justaposição do estabelecimento de utilidade pública à administração pública, justaposição de que resultarão para ele, ao mesmo tempo, restrições e privilégios”⁶⁸.

Evidencia-se, agora, a utilidade dos itens destinados a mostrar “As dificuldades da fundação no Direito francês” (n.º 19 *supra*) e ao “Confronto dos sistemas jurídicos” (n.º 28 *supra*). Aí se demonstrou que “na França (n.º 19 *supra*), o elemento material se constitui pela soma de dois componentes: a *prévia criação* de um estabelecimento, mais a doação *sub modo* do instituidor; por sua vez, o elemento formal exige *dois atos especiais do Estado: a declaração da utilidade pública* do estabelecimento, mais a *autorização para aceitar a liberalidade*. Por isso, já se concluiu que, no sistema francês, o que ‘se chama’ fundação, não é fundação; é, sim, *estabelecimento de utilidade pública*”.

Fácil, então, apreciar o caminho da confusão criada pela permanente interferência do Estado nas três classes de sujeitos: a fundação vai, “por semelhança”, ao estabelecimento de utilidade pública; este, por “uma sorte de justaposição”, vai ao estabelecimento público. No fim, o primeiro e o último acabam subrepticamente, tidos como equiparados.

67. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 54.

68. Waldemar Ferreira, *DOU* de 30 de setembro de 1936.

25. As fundações públicas do Direito alemão.

48. Afastado o equívoco, emergente no Direito francês, da equiparação de estabelecimento público com fundação, em cuja teia se têm deixado envolver juristas pátrios, cabe ainda desfazer outro engano, agora influenciado pelo Direito germânico, qual seja, no mecanismo da descentralização por serviços, o de pretendida analogia entre autarquia e fundação.

Tal analogia não tem, realmente, qualquer significado conclusivo, conforme assinala Tito Prates da Fonseca: “Embora alguns autores alemães, em regime jurídico diverso do nosso, procurem analogar a autarquia com a fundação, é bem de ser que essa analogia de proporção não é mais do que uma figura destinada a fixar os limites, o conceito de um instituto jurídico. Em direito público, procura-se frequentemente explicar os institutos pela sua analogia com as figuras de direito privado. E surgem os como que... O serviço público personalizado pode ter analogias com a fundação, mas não é fundação”⁶⁹.

E Themistocles Cavalcanti, apontando alguns dos como que, confirma a sua procedência germânica e explica o fenômeno: “A natureza patrimonial da quase-totalidade das entidades autárquicas aproximou-as das Fundações. Daí, a doutrina muito em voga, na Alemanha, das chamadas Fundações de Direito Público, caracterizadas pela maneira de sua constituição, pela sua base patrimonial, em oposição à corporação ou associação, constituídas por um grupo de pessoas naturais”⁷⁰.

A doutrina “muito em voga na Alemanha” tem toda razão de ser, face ao direito positivo vigente naquele país. Por isso, de preferência a perquirir variantes de seus doutrinadores, todos técnica e cientificamente presos a “regime jurídico diverso do nosso”, apresenta-se de utilidade maior considerar os próprios textos daquele sistema. Pois desse modo melhor se alcançará demonstrar quão enganoso é, no assunto, invocar-se a doutrina alemã, para interpretar Direito brasileiro.

69. Tito Prates da Fonseca, *Autarquias Administrativas*, pág. 82.

70. Themistocles Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 2.º, pág. 133.

49. De acordo com o exposto no item do "Confronto dos sistemas jurídicos" (n.º 28 *supra*), "na Alemanha, segundo a doutrina exposta (n.º 20 *supra*), assentada no Código Civil (BGB), o elemento material é, também, *de natureza composta* pela soma de duas manifestações de vontade: a do fundador, no ato da doação patrimonial, *mais a do Estado, no ato especial de autorização prévia* (art. 80 do BGB)".

Constituindo, assim, pressuposto material de qualquer fundação alemã, *essa prévia autorização*, outorgada ao Estado pelo sistema jurídico, foi ponto de partida lógico, de política do legislador, para, admitindo ainda maior interferência estatal, *conceber e regular fundações criadas por lei e administradas por autoridade pública*. Essa, ao que parece, a fonte legal da chamadas fundações de direito público, que não constituem, aliás, mera concepção teórica da doutrina germânica, mas, sim, objeto de *normas expressas do Código Civil* (BGB), adiante transcritas (versão obtida da tradução francesa de William Garcin, edição Júpiter, Paris, 1967, confrontada com a tradução castelhana de Carlos Melon Infante, edição Bosch, Barcelona, 1955).

As fundações são especificamente reguladas, *em capítulo próprio*, nos arts. 80 a 88, cuidando o art. 89, particularmente, *das pessoas jurídicas de direito público*. Contudo, essas normas estão subordinadas ao Título "Das Pessoas Jurídicas" e, assim, o Código — fiel à técnica das "remissões", muito usada pelo legislador alemão — remete para preceitos das "disposições gerais" *do capítulo das associações* (arts. 26 a 54), tudo que, sendo de tal ordem, não considera necessário repetir nos textos de caráter especial.

Com essa explicação preliminar, destinada a advertir que, como será sempre de fácil verificação, as remissões contidas nos artigos abaixo transcritos em nada lhes alteram a substância — as quais, por isso mesmo e por amor à brevidade, aqui se deixa de reproduzir — pode-se passar aos textos que interessam e *cujas partes grifadas, se forem lidas atentamente, por si só enquadram nas fundações, as chamadas de direito público*.

"Art. 80. *A criação de uma fundação com capacidade jurídica requer, além do ato de fundação, a autorização do Estado*

em cujo território a fundação deva ter sua sede. Se a fundação não tiver sede em um dos Estados federados é necessária a aprovação do Conselho Federal."

"Art. 85. Quando a constituição de uma fundação *não seja decorrente de uma lei do Império ou de uma lei territorial*, ela é determinada pelo próprio ato de fundação."

"Art. 86. As disposições do art. 26, do art. 27, alínea III, e dos arts. 28 a 31 e 42 se aplicam às fundações, por analogia. Entretanto, *as disposições do art. 27, alínea III, e do art. 28, alínea I, não são aplicáveis senão na medida em que não contrariem o fato de sua constituição e, mais particularmente, o fato de ser a fundação administrada por uma autoridade pública*. As disposições do art. 28, alínea II, e do art. 29 não são aplicáveis às fundações administradas por uma autoridade pública."

"Art. 89. *As disposições do art. 31 são aplicáveis por analogia ao Fisco, assim como às pessoas morais, fundações e estabelecimentos de direito público*.

Idêntica aplicação têm as disposições do art. 42, alínea II, na medida em que seja admissível a falência das pessoas morais, fundações e estabelecimentos de direito público."

À vista desses próprios textos, em sua literalidade, regendo fundações criadas por lei ou administradas por autoridade pública, afigura-se dispensável acrescentar-lhes comentários ou argumentos teóricos, para configurar as chamadas fundações públicas do Direito alemão, cuja doutrina somente teria proveito entre nós, se no Código Civil brasileiro houvesse preceitos semelhantes.

26. A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

50. Em desempenho da orientação desde início traçada, de estrito e rigoroso apego à lei, sem sacrificá-la por concepções abstratas de mera teoria (item 1), o presente trabalho, partindo da hierarquia das normas e firmando conceitos básicos dos sujeitos de direito (itens 2 a 7), desdobrou-se em dois campos de estudo:

o das pessoas jurídicas do direito privado (itens 8 a 18) e o das pessoas jurídicas de direito público (itens 19 a 25); ambos indispensáveis à solução do tema em exame. Elucidados, agora, os aspectos que interessam ao objeto deste, cabe, finalmente, neste passo por idêntico critério, a consideração específica e concreta da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

51. Dados os cinco planos de elaboração legislativa do sistema jurídico brasileiro, classificados por Pontes de Miranda (n.º 4 *supra*), "planos de tal hierarquia, que o não pode entrar, dito num deles, pré-excluí, radicalmente, a elaboração pelo plano a que se dirige", verifica-se que, "no plano da legislação estadual há dois degraus — o degrau da *legislação constitucional estadual* e o degrau da *legislação ordinária*". Ademais, sempre que é necessário examinar regra jurídica estadual, "tem-se de indagar se o Estado-membro tinha poder para fazê-lo, e tal poder somente lhe pode provir da Constituição Federal e da Constituição Estadual".

Dispôs a Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, em seu art. 18: "Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar"; e, no respectivo § 1.º: "Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição". Preceitos, aliás, não alterados pelos diplomas posteriores, conforme já se viu (n.º 5 *supra*).

No exercício desses poderes e editando norma do primeiro degrau — o da legislação constitucional estadual — a Assembléia Constituinte de São Paulo determinou na *Constituição do Estado, de 9 de julho de 1947*:

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

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

Posteriormente, no exercício da atribuição que lhe fora conferida por esse comando constitucional estadual, já agora editando diploma do segundo degrau — o da legislação ordinária — a Assembléia Legislativa de São Paulo decretou, e o Governador do Estado promulgou, a *Lei n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960*, segundo a qual "fica o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação prevista no art. 123 da Constituição Estadual de 1947, para amparo à pesquisa científica, com a denominação de 'Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo', de duração indeterminada, sede e foro na Capital do Estado de São Paulo (art. 1.º), estabelecendo-lhe as finalidades (arts. 2.º a 4.º), os recursos (art. 5.º), a organização (arts. 6.º a 16), além das disposições gerais (arts. 17 a 21), e dispondo no item I do art. 9.º que *competete ao Conselho Superior: I — elaborar e modificar os Estatutos que disciplinarão o funcionamento da Fundação, submetendo-os à aprovação do Governo do Estado*".

A seguir, em cumprimento à lei ordinária e no exercício da sua competência, de expedir decretos "para fiel execução das leis" (art. 34, letra c, da Const. Estadual de 1947), o Governador do Estado expediu o *Decreto n.º 40.132, de 23 de maio de 1962*, aprovando nos termos do item I do art. 9.º da Lei n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960 os referidos Estatutos, cujo art. 1.º declara: "Fica instituída a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, a que se refere a Lei n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960, de duração indeterminada, sede e foro na Capital do Estado de São Paulo, regida pelos presentes estatutos".

Submeteu-se a Fundação, portanto, à hierarquia das normas do nosso sistema jurídico:

- a) o mandamento da Constituição Federal, atributivo dos poderes do Estado-membro;
- b) exercício desse poder, na Constituição Estadual, *preconizando* a sua criação e provendo-a dos recursos, de sua privativa administração;
- c) promulgação da lei ordinária, *autorizando* o Poder Executivo a instituí-la;
- d) decreto do Governador do Estado, pelo qual *ficou instituída*.

Cumprido, então, verificar na seqüência desses planos de elaboração legislativa, a natureza jurídica que por direito lhe cabe. Verificação que, nesta altura do presente trabalho, não será difícil de fazer-se e pode ser exposta em concisas proposições, fundadas que se acham em tudo quanto ficou esclarecido nas suas páginas anteriores.

27. Natureza jurídica da FAPESP.

52. A questão não pode ser examinada à luz dos ordenamentos estrangeiros, constantemente invocados.

Do Direito francês porque, neste, o que "se chama" fundação, não é fundação; é, sim, *estabelecimento de utilidade pública*. É somente pela permanente interferência do Estado, nas três classes de sujeitos, é que a fundação vai, "por semelhança", ao estabelecimento de utilidade pública, o qual, "por justaposição", vai ao estabelecimento público, resultando em mero artifício: a pretendida equiparação entre este e aquela (ns. 19, 28 e 47 *supra*).

Nem do Direito alemão, onde, constituindo a autorização prévia do Estado pressuposto material de qualquer fundação, a política do legislador foi levada a admitir, com inteira lógica, fundações não apenas "autorizadas" pelo Estado, mas também as "criadas" por lei, ou as "administradas" por autoridade pública, configurando as chamadas fundações de direito público, as quais subsistem por normas do direito positivo germânico, mas não se justificam no Brasil, à falta de textos semelhantes no Código Civil (ns. 20, 28 e 49 *supra*).

Por isso mesmo, a tese das "fundações públicas" apresentada na doutrina de juristas pátrios, não tem como ser acolhida. Ora porque, fazendo abstrações em torno da *forma* e da *essência* das entidades, ou, mesmo, de preceitos legais expressos, outorga ao direito público, em matéria de sujeitos de direito privado, supremacia que, por mais desejável que fosse *estar, todavia não está* no nosso sistema jurídico (n.º 42 *supra*). Ora porque, agrupando em esquema os principais critérios eleitos na doutrina dos mencionados ordenamentos, acaba rejeitando todos eles, por in-

xatidões apontadas, sem chegar, porém, a anunciada "construção rigorosamente científica" (n.º 43 *supra*). Ora, porque, ao contrário, pretendendo que cada doutrina, extraída dos mesmos ordenamentos, qualificaria a FAPESP como pessoa jurídica de direito público, não alcança demonstrá-lo, entretanto, com nenhuma delas, à vista de textos da lei, ou dos princípios que a informam (n.º 44 *supra*).

53. É certo que às pessoas jurídicas de direito público — arroladas no Código Civil pelo critério da *descentralização territorial ou política* — veio juntar-se, em conseqüência da *descentralização por serviços*, a autarquia (n.º 31 *supra*), que o Poder Público — Estado federal, ou Estado federado — *destaca de si mesmo*, por assim dizer, *de sua substância administrativa*, conferindo-lhe *personalidade de direito público*, para exercer atividades a ele "reservadas *exclusivamente*" (n.º 32 *supra*).

Mas também é certo que, embora possa o Estado federado, no exercício *dessas atividades*, instituir pessoas jurídicas de *direito público* (n.º 35 *supra*), não lhe cabe, em razão do nosso sistema constitucional, o poder de criar ou modificar regras dos sujeitos *de direito privado*, inclusive a da outorga de personalidade, sejam associações, sejam fundações, pois "*o legislador estadual não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal*" (n.º 36 *supra*).

Aliás, no exercício dessa privativa competência, a União, quando convém à descentralização de seus serviços, tem inovado a legislação ordinária de direito privado, quer no campo comercial, constituindo sociedades anônimas diversificadas da lei que as rege, quer no civil, criando e regulando as exemplificadas fundações federais (ns. 38 a 40 *supra*).

54. No quadro das competências legislativas do sistema jurídico brasileiro, cabe à *União* legislar sobre *direito privado*, no qual constitui diploma fundamental o Código Civil, estatuto genético, em termos de direito objetivo, da personalidade ou capacidade dos *sujeitos de direito privado*, pessoas físicas ou jurídicas (ns. 6 a 8 *supra*).

Estas têm, de comum, o elemento formal, isto é, o reconhecimento da qualidade de sujeito de direito, outorgado no art. 18 do Código Civil, mas se dividem pelo elemento material, que lhes constitui o substrato, em duas categorias, consagradas no art. 16, ns. I e II, a da associação e a da *fundação* (ns. 9, 10 e 13 *supra*).

Taxativamente enquadrada, portanto, pelo Código Civil, na categoria de *sujeito de direito privado* e aí regulada nos arts. 24 a 30, a *fundação*, somente por obra do *legislador federal*, poderia *transubstanciar-se* em sujeito de direito público.

O legislador constituinte estadual, *ao preconizá-la*, a Assembleia Legislativa, *ao autorizá-la*, e o Governo do Estado, *ao instituí-la* não tinham — e nem certamente pretendiam tê-lo — esse poder de transubstanciação e, por conseqüência, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo só pode configurar *pessoa jurídica de direito privado*.

Aliás, haveria de ser diferente? Podendo resolver que o amparo à pesquisa científica fosse propiciado por um estabelecimento público, ou uma autarquia, a Constituição Estadual ordenou que o fosse, “*por intermédio de uma fundação*”. O que fez o legislador ordinário? Autorizou a sua instituição. O que fez o Governo do Estado? Instituiu *essa fundação*, com todos os efeitos que lhe são peculiares, na conformidade do seu diploma próprio, expresso nos arts. 16, n.º I, e 24 a 30 do Código Civil.

28. A FAPESP pessoa jurídica de direito privado.

a) *Constituição e registro.*

55. Segundo o conceito de Clóvis Beviláqua, em comentários ao art. 24 do Código Civil (n.º 22 *supra*): “Fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade”, para cuja existência fazem-se necessários os seguintes requisitos:

1) patrimônio composto de bens livres; 2) o ato constitutivo ou a dotação; 3) a declaração, nesse ato, do fim a que se destina a fundação; 4) estatutos que atendam à vontade do instituidor; 5) uma administração.

O confronto desses requisitos com os próprios textos da legislação estadual — o do art. 123, e seu parágrafo único, da Constituição, o do art. 1.º da Lei n.º 5.918, e o do art. 1.º do Decreto n.º 40.132, já acima transcritos (n.º 51 *supra*) e que seria ocioso repetir — demonstram seu atendimento, ao constituir-se a FAPESP. O de n.º 1 (dotação patrimonial) na Constituição, na Lei e no Decreto; o de n.º 2 (ato constitutivo) na Lei e no Decreto; o de n.º 3 (declaração da finalidade) na Constituição, na Lei e no Decreto; os de ns. 4 e 5 (estatutos e administração) na Lei e no Decreto.

Revestindo-se, assim, de todos os requisitos determinados para a *constituição* de sujeitos de direito da sua categoria, a FAPESP apresenta as condições adequadas a serem aprovadas e propícias à sua *personificação*, para conjugar, então, os elementos de que resultam as pessoas jurídicas de direito privado.

De fato, conforme já foi ponderado (n.º 9 *supra*), a personalidade apresenta-se como a síntese de dois elementos: um, que lhe constitui o substrato, é o *elemento material*, formado por complexo de condições e pressupostos; e outro, o *elemento formal*, refletindo a cunhagem da ordem jurídica, consiste no reconhecimento da personalidade, operado pelo direito objetivo, ou seja, no Brasil, pelo disposto no art. 18 do Código Civil: “*Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial*”.

56. Juristas adeptos da qualificação da FAPESP no direito público, se insurgem contra o seu registro, como *elemento formal*, necessário à personificação. Indagando e respondendo, escreve Miguel Reale: “Pergunta-se se é imprescindível a inscrição dos atos constitutivos da Fundação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para adquirir personalidade jurídica. Parece-me que não. As entidades oficiais resultam da lei e dos regulamentos que lhe dão vida, defluindo a publicidade ou o seu conhecimento

comum da promulgação do ato legislativo e seus consecutórios”⁷¹. No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello: “A forma de constituição das pessoas jurídicas de direito público independe obviamente de escritura pública e registro. O ato que as cria é o ato governamental, responsável por sua existência e constituição. Será lei ou decreto, conforme a hipótese. Nada mais que isto seria possível pretender”⁷².

Distinguindo, novamente, na formação das pessoas jurídicas o ato de *constituição* (elemento material) do ato de *personificação* (elemento formal), pode-se utilizar a respeito, com a devida análise, ensinamento de Pontes de Miranda⁷³: “Se a lei que cria a *sociedade, ou associação, ou fundação*, dispensa-lhe o registro, para o efeito personificativo, tudo se passa instantaneamente: à data que se marca na lei, a pessoa jurídica é, sem o período constitutivo”.

Interrompa-se, neste momento, a lição, para anotar que a *dispensa de registro*, aí mencionada, *somente poderá ter validade* se tratar-se de *lei federal*, certo como é não poder o *legislador estadual* inovar em matéria de *competência privativa da União* (associação, sociedade ou fundação). E, com essa advertência, prossiga-se: “Se a lei não lho dispensa, a lei ou contém o ato constitutivo, ou o deixa à atividade posterior de pessoas indicadas, ou a serem indicadas. *Nas duas espécies, há necessidade da personificação pelo registro*, com a prévia publicação, a que se refere o art. 129 do Decreto n.º 4.857”, (art. 121 da Lei n.º 6.015/73).

É, precisamente, a situação da FAPESP, em que a lei “nã lho dispensou”, nem podia dispensar, o registro personificativo.

b) *Fiscalização.*

57. Ao observar, no direito comparado, o processo evolutivo da fundação, no Direito francês e no Direito alemão, chega-se às legislações que *prescindem da autorização preliminar*, reser-

71. Miguel Reale, “Natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo”, in *Revista da Faculdade de Direito*, 57/265.

72. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Fundações públicas”, in *Revista dos Tribunais*, 338/70.

73. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 1.º, pág. 358.

vando ao Estado a função de *fiscal da constituição e de vigilância no funcionamento*; e como o Estado não intervém para formar-se a fundação, delega, numa autoridade ou funcionário, a *verificação de terem sido cumpridas as formalidades legais*, que são *condições da personalidade*, autoridade que, em caso afirmativo, aprova os mesmos estatutos (n.º 21 *supra*).

Essa delegação, em nosso Código Civil, acha-se estabelecida, quanto à aprovação, no art. 27, determinando o art. 26 a fiscalização, ao dispor que “velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas”. Comentando este preceito, explica Clóvis Beviláqua que a vigilância do Ministério Público consiste “em velar para que os bens não sejam malbaratados por administrações ruinosas, ou desviados dos destinos a que os aplicou o instituidor; ou se o seu patrimônio deve ser incorporado no de outra, que se proponha a fins semelhantes” (n.º 26 *supra*).

No caso da FAPESP, os recursos que alimentam suas atividades estão previstos no art. 5.º da Lei n.º 5.918, e no art. 3.º dos seus Estatutos (Dec. n.º 40.132) e são constituídos:

- 1) da parcela que lhe for atribuída pelo Estado em seus orçamentos anuais;
- 2) das rendas de seus patrimônios;
- 3) dos saldos de exercício;
- 4) de doações, legados e subvenções;
- 5) das parcelas que lhe forem contratualmente atribuídas nos lucros decorrentes da exploração de direitos sobre patentes de pesquisas feitas com seu auxílio.

Determina, ainda, o parágrafo único do preceito, que “a fundação aplicará recursos na formação de um *patrimônio rentável*”.

Não obstante essa diversidade de fontes de renda, é certo que a primeira, incomparavelmente maior do que todas as outras, provém dos recursos públicos assegurados à FAPESP, desde a Constituição Estadual de 1947, cujo art. 123, parágrafo único, determina que o Estado lhe atribuirá anualmente “como renda especial de sua privativa administração, *quantia não inferior a meio por cento do total da sua receita ordinária*”.

Destinatária, assim, de dinheiros públicos, deles deve a fundação dar contas não somente ao Ministério Público, mas, ainda, ao Tribunal de Contas do Estado, órgão competente para fiscalizar a aplicação desses recursos. De acordo com as razões expostas na lição de Hely Lopes Meirelles “essa fiscalização se realiza na dupla linha *institucional* e *governamental*, precisamente porque a fundação não perde a sua característica de *instituição privada*, mas se coloca como ente auxiliar do Poder Público e dele recebe recursos financeiros, para a consecução de seus fins estatutários. Assim sendo, tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas velará pela observância de seus Estatutos e denunciara as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as instituiu e, por outro lado, recebendo contribuições públicas para sua manutenção, deverão prestar contas de toda a gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização”. E, em nota, acrescenta: “Quanto à ‘Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo’, o Tribunal de Contas do Estado já a declarou sujeita à prestação de contas, conforme decisão no processo DC-52.208/62, publicado no *Diário Oficial* do Estado, de 5 de maio de 1962, pág. 37”⁷⁴.

c) *Privatividade da administração.*

58. De acordo com a classificação de Tuhr, acolhida pela generalidade da doutrina e já de início exposta (n.º 10 *supra*) quanto à estrutura, todas as pessoas jurídicas se distribuem em duas grandes classes, representadas no Código Civil pelas espécies da *associação* e da *fundação*.

O essencial da *associação* (em certos casos denominada *sociedade*) consiste em uma pluralidade de membros, que a criam para procurar um objetivo comum e cuja vontade é decisiva para sua ulterior existência e atividade; os membros podem modificar o objeto social, ou *dissolver* a associação, e constituem nela o elemento dominante.

74. Hely Lopes Meirelles, “Autarquias e entidades paraestatais”, in *Revista dos Tribunais*, 322/41 e nota 58.

A fundação é muito diferente; o fundador fixa de início o objetivo a que deve servir seu patrimônio e nem ele próprio pode modificá-lo; as pessoas encarregadas da administração são órgãos servientes”.

Acrescentando Pontes de Miranda, a respeito desse patrimônio e de sua administração, que, desligada da pessoa do fundador, essa disjunção é total e definitiva não só porque “não há negócio de fundação sem a vontade de se criar pessoa jurídica, isto é, de se criar, *com o registro, sujeito de direito*”, como, também, porque “à diferença do que se passa no Direito alemão, o *negócio jurídico de fundação é irrevogável*” (n.º 23 *supra*).

Não obstante a irrevogabilidade dessa disjunção, operada pelo ato fundacional, pode o seu instituidor, para criar-se a fundação, optar por uma, de duas alternativas. Ou delega àqueles a quem cometer a aplicação do patrimônio o encargo de formular, *de acordo com as bases do ato fundacional*, os estatutos da fundação e de aí estabelecer o modo de organizar o corpo administrativo e executar a administração (art. 27 do Cód. Civil), ou determina, desde logo, no ato fundacional “se quiser, a maneira de administrá-la” (art. 24 do Cód. Civil).

Manifestando essa opção, o legislador constituinte estadual escolheu a primeira alternativa, quando, no art. 123 e parágrafo único da Constituição de 1947, *estabeleceu as seguintes bases* para a fundação ali preconizada:

- a) a finalidade de propiciar o amparo à pesquisa científica;
- b) a *dotação de recursos* não inferior a meio por cento do total da receita ordinária — *como renda especial de sua privativa administração*;
- c) delegação ao legislador ordinário para organizar a fundação.

Constituída a FAPESP, com obediência a essas bases (Dec. n.º 40.132, de acordo com a Lei n.º 5.918), as mesmas subsistiram na Emenda Constitucional n.º 2, de 30 de outubro de 1969, a qual suprimiu os itens designados pelas letras *a* e *c*, *tornados desnecessários por achar-se constituída a fundação*, porém manteve o item designado pela letra *b*, tal como consta do texto expresso em seu art. 130: “O Estado manterá a Fundação de Am-

paro à Pesquisa, *atribuindo-lhe dotação mínima correspondente a meio por cento da receita de seus impostos, como renda de sua privativa administração*".

Nos dois degraus em que se divide o plano de elaboração legislativa estadual, essas bases, objeto que são de *preceito constitucional*, não podem ser desobedecidas ou alteradas pelo *legislador ordinário*. E, portanto, os recursos com que o Estado provê a FAPESP constituem "renda de sua privativa administração", e como tal, hão de permanecer.

59. Para falar-se em "administração", é indispensável cogitar do "patrimônio", sua estrutura e conceito, pois a existência deste é pressuposto necessário da realização daquela.

Na organização das pessoas jurídicas, seja associação (ou sociedade), seja fundação, a criação do respectivo patrimônio passa por duas fases distintas. Num primeiro tempo, procede-se à reunião de parcelas retiradas do patrimônio individual dos associados, sócios ou instituidores, parcelas que formam um *patrimônio separado*, cuja titularidade ainda pertence às mencionadas pessoas. No segundo momento, marcado pela personificação do novo sujeito de direito, *aquele patrimônio separado se converte em patrimônio autônomo*, submetido à titularidade *única e exclusiva* da pessoa jurídica, nascida do ato constitutivo.

O patrimônio configura uma universalidade de direito, formada pelo complexo das relações jurídicas de caráter econômico da pessoa, compreendendo, assim, todas as suas relações, ativas e passivas, e tendo por objeto a totalidade dos bens, dívidas e créditos da pessoa jurídica, interligados entre si pela unidade do patrimônio. É sobre este complexo unitário que se pratica a *administração* — exercício da capacidade de fato (ns. 7 e 8 *supra*) — da pessoa jurídica titular, revestindo-se aquela, portanto, do mesmo caráter unitário desta, seja o corpo administrativo constituído por uma ou mais pessoas, ou por um ou mais órgãos coletivos.

Considerando o caráter unitário, quer do patrimônio autônomo das pessoas jurídicas, quer da respectiva administração, torna-se evidente que em qualquer delas o patrimônio é de sua exclusiva gestão.

Em conseqüência — e para tanto basta a própria sistemática legal das pessoas jurídicas — o patrimônio da FAPESP é de sua privativa administração, independentemente de ser isso declarado, ou não, pelos citados preceitos da Constituição Estadual e da Emenda Constitucional n.º 2.

Não obstante, o legislador constituinte houve por bem, dentro da privatividade administrativa própria de qualquer pessoa jurídica, colocar em relevo a da FAPESP, quanto à renda especial que lhe destinou, cuja gestão poderia ter ficado, *mas não ficou*, submetida a qualquer encargo, condição ou limite. Com isso, deixou *constitucionalmente assentada* a completa *liberdade de iniciativa* dos administradores da FAPESP, subordinados apenas ao controle remoto do Estado, já que ao Governo *ficou reservada a sua escolha e nomeação* (art. 7.º da Lei n.º 5.918, e art. 9.º do Dec. n.º 40.132). Com esta única ressalva, há de concluir-se, que *a FAPESP compete a gestão exclusiva de todo o seu patrimônio*, inclusive a renda provida pelo Estado, *sem nenhuma interferência de qualquer dos órgãos da administração pública*.

29. A FAPESP e o Decreto-lei complementar n.º 7, do Estado.

60. Como será fácil demonstrar, não se enquadra a FAPESP, por força de conseqüência, nas normas do Decreto-lei complementar n.º 7, de 6 de novembro de 1969, editado pelo Governador do Estado, o qual "dispõe sobre entidades descentralizadas".

O referido ato enseja, desde logo, duas observações preliminares, ambas contrárias, mais uma vez, às conceituações teóricas, já examinadas, de classificação e qualificação, no direito público, das fundações criadas por lei estadual.

Primeiro porque, ao compor o quadro das entidades descentralizadas, *rejeita a generalização* do termo "autarquia", ao dispor, no seu art. 2.º, que "a descentralização se efetivará mediante a constituição de: 1) autarquias; 2) empresas públicas; 3) fundações". Ficam assim as *fundações* situadas em *categoria diversa* das *autarquias* e das *empresas públicas*. Segundo por-

que, reconhecendo taxativamente a qualificação de *suas fundações*, como *sujeito de direito privado*, determina no art. 22 que "o Estado, ao instituir fundação, elaborará seus estatutos, que conterão, ALÉM DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL, QUE LHE SÃO PRÓPRIAS, e das previstas neste Decreto-lei, preceito que subordine ao Governador a indicação de conselheiros".

Quanto ao mérito da questão, estabelece o citado Decreto-lei, em sua seção II "disposições comuns às entidades descentralizadas" e na seção IV regras específicas "das empresas e fundações".

Aquelas disposições entram em conflito evidente com a "privativa administração" da FAPESP. Assim é que no art. 3.º declara que "os regimentos, regulamentos ou estatutos das entidades descentralizadas adotarão obrigatoriamente determinadas normas: 1) quanto ao pessoal; 2) quanto à administração financeira; 3) quanto às aquisições, serviços e obras; 4) quanto às alienações de bens móveis e imóveis". No art. 4.º dispõe que "as entidades descentralizadas deverão vincular-se à Secretaria de Estado cujas atribuições se relacionem com a sua atividade principal. No art. 6.º, e no art. 7.º e seus parágrafos, atribui à *Secretaria da Fazenda o controle da legitimidade*, por meio de *auditores* a que serão obrigatoriamente submetidos todos os documentos da entidade descentralizada.

Não será necessário indicar outros preceitos restritivos da referida seção II para resultar evidente o seu antagonismo com a garantia constitucional da privativa administração da FAPESP.

Quanto às regras específicas, concernentes às fundações, basta considerar o art. 19, para revelar-se o mesmo antagonismo, com reiteração da quebra da garantia constitucional. De fato, dele resulta que as fundações deverão incorporar a seus estatutos a obrigação de submeter à aprovação prévia do Governador os planos, programas de trabalho, com os respectivos orçamentos, e a programação financeira anual de despesas de investimentos, estabelecidas de acordo com normas da Secretaria da Fazenda, além de submeter à aprovação prévia do Secretário de Estado a que estiverem vinculadas, os atos a serem aprovados pelo Go-

vernador, bem como a obrigação de fornecer a esse Secretário e à Secretaria da Fazenda os documentos que forem requisitados.

Não se pode imaginar, à vista dos apontados preceitos do Decreto-lei complementar n.º 7, onde foi par a "privativa administração" que o legislador constituinte outorgou à FAPESP.

61. Nem se pretenda que, por constituir ato complementar, o citado Decreto-lei tenha força de destruir ou restringir essa garantia.

É o que resulta de lição de Pontes de Miranda, concernente à esfera constitucional federal, inteiramente aplicável, sem qualquer restrição, à esfera constitucional estadual⁷⁵. "Nenhuma superioridade se pode atribuir à interpretação que se faça em lei complementar, ou em leis complementares, em relação à interpretação que o jurista, ou o juiz, dê às regras jurídicas constitucionais (...). A interpretação que se dê à emenda como *derrogativa ou ab-rogativa, ou coincidente ou discrepante da Constituição*, mesmo se partiu do Congresso Nacional, em lei complementar, é examinável pelo Poder Judiciário como qualquer outra interpretação (...). Por isso mesmo, se de tal interpretação, não sendo boa, resulta alguma ofensa a direito, pretensão, ação ou exceção, cabem as ações e remédios jurídicos processuais, inclusive o de mandado de segurança".

Lição da qual o autor extrai este efeito: "Se, ao redigir alguma lei complementar, o Congresso Nacional invadiu a esfera jurídica da Constituição ou de alguma das emendas constitucionais, a regra jurídica é nula, ou o elemento da regra jurídica, que ofendeu o sistema, é nulo, por ofensa à Constituição".

30. Conclusão.

62. Apoiado em toda a matéria desenvolvida anteriormente, o presente trabalho chegou às ponderações conclusivas expostas a respeito da "Natureza jurídica da FAPESP" (item 27);

⁷⁵ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. 3.º, págs. 136/137.

“A FAPESP, pessoa jurídica de direito privado”, considerando a sua constituição e registro, fiscalização e privatividade administrativa (item 28); e, finalmente, “A FAPESP e o Decreto-lei complementar n.º 7, do Estado” (item 29).

Apertando agora, aquelas ponderações, em síntese mais estreita, *com fundamento no direito expresso*, pode-se afirmar, segura e peremptoriamente, que:

1.º) A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo configura pessoa jurídica de direito privado.

2.º) Como tal constituída, deve inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

3.º) Ainda, está sujeita à fiscalização do Ministério Público.

4.º) Sob garantia constitucional, tem a privativa administração de seu patrimônio.

5.º) É imune aos preceitos restritivos do referido Decreto-lei complementar n.º 7.

ANEXO

Projeto de lei n.º 634, de 1975
(Do Poder Executivo – Mensagem n.º 160/75)
CÓDIGO CIVIL

Parte Especial

LIVRO II

DA ATIVIDADE NEGOCIAL

TÍTULO I

DO EMPRESÁRIO

CAPÍTULO I

DA CARACTERIZAÇÃO E DA INSCRIÇÃO

Art. 1.003. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 1.004. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro das Empresas da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Art. 1.005. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: