

INEXISTÊNCIA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

GERVÁSIO LUTTEY

Desembargador Aposentado
Professor de Direito Civil
na Universidade Federal
de Mato Grosso

Alguns eminentes juristas – MIGUEL REALE, JOSÉ CRETTELLA JUNIOR e MARCO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – afirmam a existência no Direito brasileiro de fundação pública ou fundação de direito público. Porque tem sido atribuído a esse instituto de Direito Privado o exercício de atividades típicas de administração pública entendem que, nesse caso, a fundação é uma autarquia ou, quando nada, pode ser equiparada à empresa pública.

Os argumentos daqueles mestres são por demais conhecidos, não sendo, por isso, necessário repeti-los aqui.

2. Não encontramos no ordenamento jurídico nacional nada que nos autorize a declarar que o legislador tenha admitido outro tipo de fundação senão aquele cogitado pelo Código Civil (arts. 16 e 24 a 30).

Assinala o art. 16, I, que são pessoas jurídicas de Direito Privado, entre outras, as fundações, fixando mais adiante as regras referentes à sua criação, finalidade, direção e fiscalização.

Depois (art. 24) afirma que quem pretender instituir uma fundação deverá, por escritura pública ou testamento, fazer uma dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e, se quiser, declarando a maneira de administrá-la.

Fixemos, assim, inicial e desenganadamente que a fundação só pode ser instituída:

a) por escritura pública;

b) por testamento

e mais que não se institui nenhuma fundação por lei.

A fundação é, assim, o resultado de vontade do instituidor, corporificada mediante escritura pública ou testamento, visando atingir um fim realizável pela personificação de parte ou da totalidade dos seus bens livres e desembaraçados. Poderá, ainda, especificar o modo da administração desse patrimônio, quer escolhendo uma pessoa, um grupo de pessoas e até mesmo uma pessoa jurídica.

Esse patrimônio personificado é criação de Direito Privado de que cuida, com exclusividade, o Código Civil.

Esses conceitos claros, correntios e precisos dispensam o abono dos Doutores.

A legislação brasileira não conhece, não trata, não cuida de outros tipos de fundação que não a acima referida.

É bem verdade que o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cogitando da Reforma Administrativa, dispôs no art. 4º, § 2º, o seguinte:

“Equiparam-se às Empresas Públicas para efeitos desta lei as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participem a União, quaisquer que sejam suas finalidades.”

Logo, entretanto, o legislador arrepiou carreira e pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, ao introduzir inúmeras modificações no Decreto-Lei nº 200, revogou, expressamente, o parágrafo citado do art. 4º deste último, eliminando, destarte, aquela equiparação, isto é, passou a não admitir que as fundações fossem equiparadas às empresas públicas. E para retornar ao tradicional leito doutrinário expressou, *in verbis*, que:

“Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhe, entretanto, quando recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União,

a *supervisão ministerial*, de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

Devemos esclarecer que, em verdade, as fundações não são instituídas por lei federal. Esta limita-se a autorizar a instituir a fundação, isto é, dá ao Poder Executivo autorização para a instituição da fundação que pretender criar.

3. Falando a respeito, ROMEO DE ALMEIDA RAMOS, Consultor-Geral da República, no Parecer PR 618/68 — nº I-032, de 23 de abril de 1970, publicado no *DO* de 4 de maio de 1970, explicita:

“... retirou-se as fundações do quadro de órgãos que compreendem a Administração Federal...”

e esclarece:

“... restando tão-somente a supervisão ministerial prevista nos arts. 19 e 26 na forma que dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 900, como elo de sua vinculação aos ditames da Reforma Administrativa.”

Anteriormente, tinha o mesmo Doutor Consultor-Geral, em parecer proferido no Processo nº 5.340/69, de 28 de janeiro de 1970, afirmado que:

“É irrelevante saber se as fundações estão equiparadas às empresas públicas, para definir a aplicabilidade a seus empregados dos preceitos do Decreto-Lei nº 489. À data da consulta estavam equiparadas por força do § 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200. Esta disposição foi revogada pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 900.” (R.D.P., 12/103).

Ocorreu, assim, sem sombra de dúvida, a desequiparação, no que o legislador agiu bem, posto que nenhuma fundação pode ser parificada à empresa pública, pois a tanto vale a equiparação.

4. Instituto típico de Direito Privado nem por isso é a fundação instrumento posto somente à disposição das pessoas naturais e das pessoas jurídicas de direito privado, isto é, o privilégio de instituí-las ou criá-las, pois que sabido é que o Direito Administrativo tem absorvido institutos vários do Direito Civil, mas essa absorção não pode implicar em deformação conceitual sob pena de ocorrer aquela *revanche* do direito privado de que nos fala RIPERT.

Apesar do esforço de publicização do Direito Privado, ORLANDO GOMES (*“Direito Privado” (Novos Aspectos)* ed. de 1961, pág. 11) lembra, ao analisar em páginas lapidárias tal tendência, que o Estado, ampliando o seu campo de ação, “atrai para o seu círculo atividades e atribuições que eram próprias dos particulares, especialmente no domínio econômico”. O novo tratamento, a observação é, ainda, do insigne civilista — exigiu a substituição da técnica do Direito Privado, enquanto as novas atribuições que o Estado incorporou o obrigaram a servir-se dos instrumentos que só o direito civil e o direito comercial possuem.

Essa necessidade, no entanto, não significa que o Estado deve deformar os institutos jurídicos completos e acabados quando podem, perfeitamente, atender a crescente necessidade da Administração, fornecendo-lhe instrumen-

tos seguros para o exercício de suas tarefas, sem atropelar conceitos firmados em sólido terreno e sem destruir valores cuja preservação é útil, embora em certos setores doutrinários o gosto pelas novidades tenha levado juristas eméritos a admitir e até mesmo a aplaudir aquela deformação conceitual a que nos referimos.

Em verdade, o que se deve pleitear é um estatuto básico que discipline nitidamente as autarquias, as entidades paraestatais e todos os organismos necessários ao cumprimento das complexas tarefas estaduais.

5. Alguns juristas entendem que a fundação é um ente autárquico e, desse modo, órgão da Administração indireta.

CLENÍCIO DA SILVA DUARTE (R.D.P. 12/105 e 107), estudando as conseqüências decorrentes do fato de o Decreto-Lei nº 900 ter desequiparado as fundações, providência que mereceu seu aplauso, assinala que sendo espécies diversas são, todavia, “de um mesmo gênero”, considerando-as como órgãos de Administração indireta.

Ora, tendo o legislador dito que as fundações não se equiparam às empresas públicas (Decreto-Lei nº 900), por certo, na versão de CLENÍCIO DA SILVA DUARTE seria a fundação um ente autárquico, mas, como ensina CRETELLA JUNIOR, a administração indireta é o “conjunto dos serviços que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, art. 4º, inciso 2º) (“Dicionário de Direito Administrativo”, José Bushatsky Editor, s/d, pág. 12).

E avança: “Ressente-se essa definição de evidente falha técnica e científica porque confunde *função estatal com atividade estatal*. As funções estatais são desempenhadas ou pelo Estado, pela Administração direta (União, Estados-membros, Municípios) ou por entidades públicas, criadas por lei, unidades descentralizadas, às quais o Estado transfere ou “delega” funções estatais de ordem administrativa. (Dic. e págs. cit.)

E conclui: “As autarquias são a Administração indireta.”

Impossível, por isso, aceitar a afirmativa de que a fundação, criação típica do Direito Privado, seja órgão autárquico, embora JOÃO LYRA FILHO (“Regime de Controle das Empresas Públicas”, Ed. Pongetti, Rio, 1967, págs. 134 e segs.) assim o afirme, a propósito da Fundação Leão XIII do Estado da Guanabara, com o apoio de COTRIM NETO que considera:

“A fundação é um dos elementos capazes de se constituírem órgãos da própria ação mediata do Estado (autarquia em potência) ou até de receber a outorga do *status* autárquico, quando será uma autarquia de direitos” (“Direito Administrativo das Autarquias”, Livraria Freitas Bastos S.A., 1966, pág. 167).

Entretanto, ANDRÉ LAUBADÈRE (“Droit Administratif Spécial”, ed. P.U.F., Paris, 1958, pág. 79) nos esclarece que na França muitos serviços públicos concedidos têm sido colocados sob o regime de fundações — “instituições privadas”, fenômeno da vida administrativa francesa que o eminente admi-

nstrativista considera como a colaboração de organismos privados nos serviços públicos.

Essa criação intencional de organismos privados, para o exercício de atividades estatais, não deve causar surpresa, pois que as crescentes responsabilidades do Estado podem levá-lo a atribuir a pessoas jurídicas de direito privado funções que deviam ser por ele exercidas, mas que aquela crescente complexidade dos negócios públicos indica que serão melhor desempenhadas, com maior eficiência e produtividade, por "organismos privados", da expressão de LAUBADÉRE. Nem por isso, ou melhor, nem só por isso deve-se, desde logo, considerar que tais organismos são órgãos da Administração indireta, ou, mais precisamente, autarquias. Organismos privados como são as fundações tanto que, fatalmente, os instrumentos que a instituem devem ser registrados em livro próprio do Cartório do Oficial de Registro das Sociedades Civis não podem ser consideradas autarquias, pois que são personalidades jurídicas de direito público com características próprias e específicas com a finalidade de exercer função estatal.

Nessa ordem de considerações as fundações, ainda que instituídas pelo Poder Público, para exercer atividade própria do Estado, não perdem a sua característica de pessoas jurídicas de direito privado, como foram conceituadas pelo Código Civil.

Assim sendo, a fundação só adquire personalidade jurídica após seu registro, ao passo que a personalidade jurídica da autarquia decorre pura e simplesmente da lei.

Oportuna, por isso, a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"O fato de o Estado servir-se de institutos de direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura as instituições civis em entidades públicas, nem autarquiza esses meios de ação particular, mesmo porque, quando o Estado busca uma instituição de direito privado para a realização de atividades de interesse público, ele está desejando, precisamente, servir-se de um instrumento civil desvinculado das normas estatais, para o pronto atendimento de objetivos que não seriam alcançados pelos meios administrativos rígidos e convencionais, ou seja, pelas repartições públicas centralizadas ou descentralizadas em autarquias." ("Fundações instituídas pelo Poder Público", in *R.F.* 220/66.)

FRANCISCO CAMPOS, o primeiro jurista brasileiro a versar o assunto com mão de mestre, fixou a impossibilidade de confundir, como usualmente acontece, as pessoas jurídicas públicas, ou as entidades autárquicas, a que o Estado atribui uma parte de sua competência ou uma porção destacada da administração central ou dos serviços públicos, com as pessoas jurídicas privadas, associações ou fundações. Estas, com efeito, nascem de atos de vontade individual, que não podem comunicar às entidades por elas criadas poderes diversos ou maiores do que os reconhecidos pelo direito aos indivíduos. (cf. "Direito Administrativo", *Imprensa Nacional*, 1943, pág. 272.)

Muitos, todavia, impressionados com o fato de o Estado atribuir a esses organismos privados o exercício de funções que interessam à coletividade, como

a educação, que é responsabilidade do Poder Público, entendem-no órgão da administração indireta.

Embora FRANCISCO CAMPOS (op. cit., pág. 273) destaque, com apoio em HAURIUO, que há diferença profunda entre interesse coletivo e interesse público que reside propriamente no caráter político deste, ausente naquele, o fato é que o Estado assoberbado pelo crescente aumento de suas responsabilidades pode e deve, a todo instante, procurar exercer suas incumbências de forma que os serviços públicos sejam os melhores possíveis, usando, para tanto, toda a vasta instrumentalidade que lhe fornece o direito positivo.

Magistral, nesse sentido, é a lição de JÉZE:

“L’organisation d’un service public proprement dit est susceptible d’être modifiée à tout instant.

Cette possibilité de modification résulte de l’obligation qui incombe aux agents publics de faire fonctionner le mieux possible le service public.

Il faut pouvoir toujours apporter les changements nécessités par les transformations économiques, sociales, politiques par les nouveaux idéals politiques et sociaux.” (“Les Principes Généraux du Droit Administratif”, 3^a ed., vol. II, pág. 5).

E não se poderia entender a questão de outro modo, escravo de conceitos obsoletos, pois a idéia que se tem do Estado, modernamente, é menos do Estado político do que do Estado do bem-estar social (*Welfare state*).

A nítida compreensão disso levou COTRIM NETO (op. cit., págs. 167/168) a afirmar, considerando a realidade, isto é, a circunstância de que apesar das discepções doutrinárias, as fundações vão sendo criadas para o desempenho de serviços públicos e gestão de bens do Estado, que

“... desde que, nesses casos, o ato criador da fundação implicará em afetação de fundos ou patrimônios estatais a uma entidade personalizada à margem do Estado, fora dela, portanto, é evidente que isso exigirá legislação prévia, tal como ordinariamente se impõe na criação de autarquias.”

É claro que no direito nacional essa afetação de fundos ou patrimônios estatais à fundação não implica em transformá-la em ente público.

Em livro recente MANOEL FRANCO DE OLIVEIRA SOBRINHO, no rumo do entendimento aqui esposado, afirma que a lei cria situações, regula, em termos gerais, relações jurídicas, mas não desconhece que além do que regula há atividades outras que surgem, não em desacordo com as normas positivas, mas, em acordo com elas, considerando o passar do tempo histórico.

E pergunta:

“Qual a diferença do Estado instituidor ou do particular instituidor?

Qual o prejuízo para a Administração em seguir, ou não, as regras

da lei civil? Onde e por que devem as fundações ser públicas e não apenas *fundações*? No rigor dos princípios, a fundação chamada de pública não existe: são públicas, ou podem ser, não obstante a imprecisão conceitual, em razão dos fins e da vontade do Estado notada exclusivamente pelos interesses públicos.”

6. Instituto típico de Direito Privado não pode ser considerado ente autárquico que não é senão pessoa jurídica pública administrativa. É verdade que CRETÉLLA JÚNIOR, com o peso de sua autoridade de titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo, afirma (op. cit., pág. 37) que de acordo com o *critério estrutural* as autarquias dividem-se em duas grandes classes — *autarquias fundações* e *autarquias corporações* e que as primeiras são fundações públicas ou fundações de direito público.

Tal critério entronca-se diretamente no direito italiano da época do fascismo e já abandonado pelos juristas peninsulares.

Um jurista italiano, SANTI ROMANO (“Corso di Diritto Amministrativo”, 3ª ed., 1937, pág. 34) define a autarquia como forma específica da capacidade de direito público, peculiar aos sujeitos auxiliares do Estado, que exercem funções públicas *por um interesse próprio*, e não daqueles que exercem funções públicas *na qualidade de particulares* com ou sem interesse próprio.

Ora, FRANCISCO CAMPOS (op. e págs. cit.) já deixou definitivamente dito que no direito brasileiro a fundação é só e só do direito privado. E OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (op. cit., pág. 7) indaga:

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

Portanto, se existem regras jurídicas precisas determinando o regime, o objetivo e a finalidade da autarquia, bem como da fundação e separando-as, não se pode dizer que sejam institutos do mesmo gênero. De resto, a vontade do Estado visando a interesses coletivos e públicos pode exercer a atividade administrativa que lhe é peculiar sob um outro regime jurídico, e se escolhe a fundação como instrumento melhor para o desempenho dessa atividade nem por isso passa a ser automaticamente pública, pois que a autarquia tem regime jurídico próprio e a fundação encontra o seu regime unicamente nas normas do Código Civil.

7. Não tem faltado quem afirme que a fundação criada pelo Estado é um ente paraestatal. HELY LOPES MEIRELLES (“Direito Administrativo Brasileiro”, ed. de 1964, pág. 293), depois de afirmar que as entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas por lei, com patrimônio próprio e competência específica para o desempenho de certas funções delegadas, precisa que “o paraestatal não é o estatal, nem é o particular, é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar como o autárquico, ou alheiar-se como o particular.”

E assevera, ainda, que o étimo da palavra *paraestatal* está a indicar que se trata de ente disposto *paralelamente ao lado* do Estado, para realizar atividades *quase estatais*.

Esses conceitos não podem, todavia, merecer aceitação sem exame.

Em primeiro lugar, a fundação é ente característico de direito privado; não é o meio termo entre o público e o privado.

Depois, a paraestatalidade é criação do Direito italiano da era fascista e nele não se distinguia o ente estatal do ente paraestatal. É o que se vê em UGO FORTI ("Diritto Amministrativo", I, págs. 183 e segs.) e D'ALESSIO ("Istituzione di Diritto Amministrativo", I, pág. 372), de onde se deduz que os entes paraestatais, em verdade, exerciam atividades autárquicas.

Em terceiro lugar, no direito brasileiro, a fundação ainda que criada pelo poder público não exerce função delegada. Como disse o insuperável CLOVIS ("Teoria Geral do Direito Civil", ed. de 1908, pág. 164) a fundação é "um patrimônio transfigurado pela idéia que o põe ao serviço de um fim determinado", ou, como modestamente dissemos, "é massa de bens destinados ou afetados a um fim ou serviço determinado e investido de personalidade" ("Parte Geral do Direito Civil", ed. de 1969, pág. 74). Ora, como se vê, o instituidor, em verdade, não delega poderes, senão que, na linguagem do Código Civil, faz uma "dotação especial de bens", "especificando o fim a que se destina". Isso evidentemente não é delegação de poderes.

De outro lado, com todas as vênias devidas ao grande mestre do Direito Administrativo, não acreditamos — admitida a idéia da fundação como ente paraestatal — que essa massa de bens personificada exerça apenas funções quase estatais, posto que pode realizar qualquer atividade lícita pública ou privada sempre, todavia, em benefício da coletividade.

8. Por outro lado, a criação ou instituição de uma fundação está sujeita a regras cogentes do Código Civil e se essas regras não forem pontualmente obedecidas o ente criado não será fundação. Em se tratando de instituidor pessoa jurídica de direito público interno a lei preliminar apenas autoriza o Poder Executivo a criá-lo ou instituí-lo e, neste caso, a fundação ainda é, irremediavelmente, instituto de direito privado.

Assim, se a origem é a mesma, se o instituidor, pessoa ou Poder Público deve atender, um a um, todos os requisitos legais, as conseqüências são idênticas: a massa patrimonial afetada, com destinação certa cumprirá sua finalidade sem se tornar pública se o seu instituidor é o Poder Público.

É que o patrimônio afetado liberta-se da pessoa de seu instituidor, despersonaliza-se, em uma primeira etapa, e, porque esse patrimônio não pode deixar de se ligar a uma pessoa, a lei, por um artifício jurídico, investe-o diretamente de personalidade, passando a ser um patrimônio personalizado ou personificado. Daí por que pouco importa a pessoa do instituidor, ou a sua

condição. Nesse caso se a fundação for instituída com parte do patrimônio da pessoa jurídica de direito público interno nem por isso é uma fundação pública, desde que se leve em linha de conta que o que era público era o patrimônio antes de sua afetação. Afetado passa a ser fundação, libertando-se da vontade do instituidor.

HELY LOPES MEIRELLES ("Estudos e pareceres de Direito Público", ed. de 1971, pág. 86) deu disso síntese perfeita ao afirmar que:

"A autarquia é um serviço público personalizado; a fundação é, apenas, um patrimônio personificado e destinado a um fim."

9. É certo que podem existir algumas analogias entre o ente autárquico e a fundação quando criada para auxiliar a Administração Pública. A esse respeito magistral é a lição de TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI ("Tratado de Direito Administrativo", 2ª ed., 1949, IV/164) ao assinalar que pouco importam as analogias que existem entre uma e outra, quer quanto a importância do seu elemento patrimonial e a sua destinação especial, traço característico da fundação, quer quanto à finalidade coletiva da sua instituição, porque estas analogias se encontram na maioria das instituições jurídicas. Na realidade, o que impressiona os que comparam as fundações às entidades públicas é a finalidade coletiva, pública, de ambas, a ausência de associados e a falta de fins lucrativos. Mas em seu conteúdo, sua criação, sua administração e vida, não pode haver identidade.

O próprio eminente Professor CAIO TÁCITO, que se referiu às fundações criadas pelo Poder Público como "Fundações Públicas", ou "Fundações do Estado", não desconhece que são elas pessoas de direito privado, sujeitas aos princípios do Direito Civil. E é preciso ao afirmar que:

"Instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado." (Relatório apresentado à "Association Henri Capitant", in "RF" 204/417.)

Navegam nesse rumo GUIMARÃES MENEGALE ("Direito Administrativo", 2ª ed., 1950, 1/106) e GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Parecer in DO* de 11-7-1959, pág. 15.628).

10. De outro lado, não importa que o Poder Público outorgue a determinadas fundações uma série de favores e vantagens fiscais e administrativas para caracterizá-las como públicas. O interesse público, a política governamental ou a atividade administrativa podem aconselhar que o governo adote uma política de favorecimento às fundações destinadas a cumprir atividades específicas. Nem por isso elas se tornam públicas.

É sabido que o Poder Público pode outorgar a particulares uma série de favores visando incentivar determinadas atividades privadas, mas tal favorecimento não as descaracteriza, não as publiciza.

II

11. Exemplo típico de fundação de direito privado instituída pelo Poder Público Federal é a Universidade Federal de Mato Grosso.

Pela Lei n.º 5.647, de 10 de dezembro de 1970, foi o Poder Executivo Federal autorizado a instituir a Universidade Federal de Mato Grosso.

Útil é, para caracterizá-la como fundação privada, como aliás são todas as outras fundações criadas no Brasil, transcrever alguns dos artigos da lei mencionada:

1º — É o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, que se regerá por Estatuto aprovado por Decreto do Presidente da República.

2º — A Fundação, com sede e foro na Cidade de Cuiabá, será entidade autônoma e adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição de seu ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas, da qual serão partes integrantes o Estatuto e o Decreto que o aprovar.

3º — A fundação terá por objetivo criar e manter a Universidade Federal de Mato Grosso, instituição de ensino superior, de pesquisas e estudo nos diferentes ramos do saber e da divulgação científica, técnica e cultural.

4º — O patrimônio da Fundação será constituído:

I — pelas doações, auxílios e subvenções que lhe venham a ser feitas ou concedidas pela União, Estados, Municípios e por quaisquer entidades públicas ou particulares;

II — pela dotação consignada anualmente no Orçamento da União;

III — pela doação de bens móveis e imóveis do domínio do Estado autorizada por lei;

IV — pelos bens e direitos que, no ato constitutivo da Fundação, forem doados por outras entidades interessadas nos seus objetivos;

V — pelas rendas e juros resultantes de depósitos bancários;

VI — a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso será administrada por um Conselho Diretor constituído de 6 (seis) membros e 6 (seis) respectivos suplentes escolhidos dentre pessoas de ilibada reputação e notória competência, assim especificados: 3 (três) membros de livre escolha do Presidente da República, 1 (um) membro indicado pelo Ministério da Educação e Cultura, 1 (um) membro indicado pelo Governo do Estado de Mato Grosso, 1 (um) membro indicado pelas classes empresariais do Estado, devendo todos serem nomeados pelo Presidente da República;

VII — o Conselho Diretor terá função precípua de gerir o patrimônio da Fundação, de modo a assegurar à Universidade seu pleno desenvolvimento em consonância com os objetivos da legislação de ensino.”

Por sua vez o Estatuto da Fundação aprovado pelo Decreto nº 69.370, de 18 de outubro de 1971, ao tratar do Conselho Diretor, estabelece no art. 15, I, que a este compete

“Eleger entre seus membros o Presidente da Fundação, que será o Reitor da Universidade.”

Como se vê, a fundação referida é tão caracteristicamente de direito privado que até mesmo foram alteradas regras da Lei nº 5.540, no tocante à escolha de reitores das Universidades.

Trata-se, como se vê, de uma fundação educacional, e examinando instituição idêntica HELY LOPES MEIRELLES (op. cit., pág. 90) assinala que se trata de uma instituição educacional, sob a modalidade de fundação civil, ou seja, de pessoa jurídica de direito privado.

Discorrendo sobre o tema que lhe fora proposto, sobre uma Fundação Educacional instituída pelo Município de Santo André, diz:

“Percebe-se, claramente, que a intenção do instituidor — o Município — foi o de criar uma instituição educacional desvinculada da administração centralizada, e com plena liberdade para realizar os seus fins sem as peias burocráticas das instituições públicas convencionais.

Não se trata, assim, de um serviço público personalizado, e menos ainda de um órgão de administração centralizada ou descentralizada do Município. Trata-se de uma *instituição civil* (fundação), à qual o Município atribui o desempenho de uma atividade de interesse público — educação — e não de um serviço público estatal, mesmo porque a educação não é atividade administrativa restrita ao Poder Público, tanto assim que a Constituição Federal vigente a considera “direito de todos” e diz que “será dada no lar e na escola” (art. 166), reafirmando que o ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos poderes públicos, sendo *livre a iniciativa particular*” (art. 167).

E conclui:

“Fiel a essa orientação constitucional, o Município de Santo André cometeu o ensino superior em seu território a uma instituição civil não estatal, que é a Fundação Santo André. Essa Fundação, embora instituída por lei e mantida principalmente com recursos do erário municipal, não é entidade pública nem integra a administração local. É pessoa jurídica de personalidade privada, sujeita às normas institucionais do Código Civil (art. 16, I, e arts. 24 a 30), como a desejou o legislador municipal (Lei nº 1.840, de 1962) e ficou estabelecido no Estatuto da Fundação (art. 10), que é a sua lei interna.”

Idêntica é a situação da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso e ninguém deve ficar impressionado porque:

a) "a manutenção da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso será assegurada por recursos orçamentários da União." (art. 5º da Lei nº 5.647, de 10 de dezembro de 1970);

b) aprovada pelo Conselho Diretor, a prestação de contas da Universidade Federal de Mato Grosso será remetida ao Tribunal de Contas da União".

Fácil será dissipar as dúvidas que porventura possam surgir considerando:

1º — que "a Universidade Federal de Mato Grosso gozará de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira", nos termos do art. 3º da Lei n.º 5.540, de 28 de novembro de 1968.

2º — porque, na lição de HELY LOPES MEIRELLES (op. cit., pág. 92), a prestação de contas é dever imposto a todos quantos recebem e aplicam dinheiros públicos. Eis o lance do parecer a respeito da Fundação Educacional do Município de Santo André:

"Sua única obrigação de ordem pública é a prestação aos órgãos competentes, na forma da lei instituidora da Fundação e do Código Civil. Tal obrigação, entretanto, não desnatura a sua condição de *entidade civil*, porque a prestação de contas dos dinheiros públicos é princípio democrático que se impõe até mesmo às pessoas físicas que recebem e aplicam auxílio ou subvenção do erário. Todo aquele — cidadão ou entidade — que recebe qualquer parcela dos cofres públicos tem a obrigação de prestar contas. Mas tal obrigação não converte o particular ou o ente subvencional em *pessoa de direito público*."

Até mesmo aqueles que insistem em admitir a existência de fundações públicas no direito brasileiro não podem deixar de afirmar, como faz o insigne CAIO TACITO (*Conceito de Autarquia*, in RDP, 4/24 e seg.) que entre as instituições de Direito Administrativo foram atraídas ou recebidas concepções de direito privado, como forma de execução de serviços industriais, comerciais ou sociais que se agregam às atividades do poder público.

O que tem confundido os ilustres juristas que seguem a orientação contrária é a referência ao controle da fundação. Estado ou particular traçam essas normas de controle e nem por isso tal controle, se exercido pelo Poder Público, publiciza a fundação, pois, como disse muito bem FORSTHOFF ("Tratado de Derecho Administrativo", trad. esp., ed. de 1958, pág. 650), a fundação enquanto afetação de uma massa patrimonial pela vontade do fundador, se encontra em ambos os ramos do direito, mas, tal afirmativa não deve levar à catastrófica consequência desejada pelos opositores da corrente dominante que, afinal, não passa de uma suposição ingênua.