

AS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL *

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

TÍTULO I

AS PESSOAS JURÍDICAS

1. *Personalidade, capacidade de direito ou jurídica* é a aptidão para ter direitos e obrigações (1). É qualidade jurídica que constitui pressuposto de todos os direitos e deveres jurídicos.

Pessoas são os séres dotados de *capacidade de direito*. *Juridicamente* capazes são os *homens* e certas *organizações* que servem a fins determinados (2).

Os primeiros são as *pessoas físicas* ou *naturais* (3).

Há, porém, interesses humanos não meramente individuais, transcendendo sua consecução as forças e a duração da vida de um homem isolado. Daí, a necessidade de *uniões* e *instituições*, isto é, de *organizações* criadas pelos homens para a realização de tais fins (4).

As *pessoas jurídicas* (5) são os sujeitos de direito (6) que não os homens.

No dizer de FRANCESCO FERRARA (7), são as associações ou instituições formadas para a consecução de um fim, e reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direito.

* Tese apresentada no concurso para a livre-docência de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, em 1970.

(1) Cp. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral de Direito Civil*, págs. 61/2.

(2) Cp. LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho Civil*, 1.º vol., pág. 325.

(3) O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2.º, estatui que "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil", entendido como *homem* o ser vivo nascido de mulher. Daí, dizer o art. 4.º que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

(4) LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho Civil*, 1.º vol., págs. 434/5.

(5) A expressão *pessoa jurídica* é, sob certo aspecto, imprópria, porquanto toda *pessoa é jurídica*, na medida em que a personalidade constitui uma categoria jurídica, produto exclusivo do Direito. Vinda do começo do século XIX (A. HEISE, 1807), é aceita por SAVIGNY, é a dominante. A expressão *pessoas coletivas* exclui, a rigor, as *fundações*. O uso de *pessoas fictícias* denota adesão à teoria de SAVIGNY. Empregam-se, ainda, *pessoas civis*, *pessoas morais*.

(6) Acentua PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 317) que a expressão *sujeito de direito* é forma elíptica. O *sujeito* o é de "direitos, pretensões, ações e exceções, deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções"; "pessoa (personalidade) = possibilidade de ser sujeito em relação jurídica, ativo e passivo".

(7) *Teoria delle Persone Giuridiche*, pág. 386.

No século XIX, degladiaram-se as correntes formadas sobre a personalidade jurídica, na luta entre a *negação* desta personalidade, sua natureza *fictícia* ou *real* (8).

A personalidade, como categoria jurídica, é sempre uma atribuição estatal, produto do ordenamento jurídico. A outorga de tal qualidade tem de ser feita, porém, a um substrato, a um centro de interesses passíveis de proteção jurídica.

A *pessoa natural* e a *pessoa moral* são produtos da ordem jurídica (9).

A personalidade é uma forma, um sêlo jurídico que se sobrepõe, no caso das pessoas jurídicas, aos fenômenos de associação e de organização social.

Ocorre com as *pessoas* o mesmo que acontece com os *atos*. Uma coisa é a realidade natural, social, ou ideal; outra, a realidade jurídica. A primeira só se converte na segunda, quando o Direito a reconhece, fazendo surgir os *atos jurídicos* e os *sujeitos de direito*.

PONTES DE MIRANDA (10) acentua: "As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito, é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por êsses, bilateral, plurilateral (sociedades, associações), ou unilateralmente (fundações). Em tôdas há o suporte fático, e não há qualquer ficção em se ver pessoas nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos, caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas... A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo*: traz, para as criar, algo do mundo fático... A pessoa jurídica é tão oriunda de fático quanto a pessoa física" (11).

(8) Para uma noção geral das diversas teorias sobre a natureza das pessoas jurídicas, v., p. ex., FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, págs. 131 a 387; LUIS RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, págs. 263 e segs.; BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. II, páginas 9 e segs.

(9) OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 250. Diz FERRARA (*Teoria*, pág. 387): "Le persone giuridiche sono una realtà, non una finzione. Ma il concetto di realtà è relativo e variabile nei diversi campi della conoscenza. Quando per reale s'intenda di tutto ciò che è percepibile ai sensi, certo le persone giuridiche non sono reali, ma non sono reali neanche i concetti delle scienze astratte, ed in particolare non è reale il nostro mondo giuridico. Ma ove il concetto di reale si allarghi a tutto ciò che per il nostro pensiero esiste, in antitesi a ciò che è immaginario e finto, allora nessun dubbio che le persone giuridiche siano una realtà. Esse sono reali nello stesso senso e modo, como sono reali le altre forme giuridiche, como è reale una obbligazione, l'eredità, un contratto. Realtà ideale giuridica, non realtà corporale sensibile".

(10) *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, págs. 280/2.

(11) Ao tratar das diferentes teorias sobre a personalidade jurídica, diz RECASENS SICHES (*Tratado General de Filosofia del Derecho*, pág. 263): "Lo importante es anotar que en todas ellas, de una u otra manera, late la idea de que la personalidad jurídica aplicada a los entes sociales es una *construcción*".

1.1. Na constituição de uma pessoa jurídica, identificam-se, portanto, duas fases necessárias: a *formação do substrato* e a *aquisição da personalidade* (11-A). Com a integração deste segundo momento, é que nasce a pessoa moral, mas há sempre uma base fáctica cuja formação se pressupõe (11-B).

A *personalização* é o segundo momento no procedimento criativo da pessoa jurídica, o qual é por aquela completado, sendo certo que a atribuição da personalidade é uma outorga do Direito, de carácter sempre *constitutivo* (11-C).

A *personificação* ou *atribuição da capacidade jurídica* pode obedecer a diferentes sistemas (11-D).

Um primeiro critério é o do *reconhecimento por disposição normativa*, segundo o qual se dá o chamado *reconhecimento da personalidade*, em carácter

del Derecho. No es que nieguen que más allá del derecho tengan los entes colectivos una realidad, sino que subrayan que aquello que funciona como sujeto de las relaciones jurídicas no es esa realidad, sino una construcción elaborada por el Derecho... Las doctrinas de FERRARA y de KELSEN han aportado un decisivo progreso en este tema. FERRARA ha visto claramente que la personalidad jurídica (con independencia de su substrato real, que siempre tiene), tanto por lo que se refiere al individuo como al ente colectivo, no es una realidad ni un hecho, sino que es una categoría jurídica, es un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier substrato, y que no implica necesariamente una especial corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. La personalidad es la *forma jurídica; de unificación de relaciones*... Pero esos mismos pensamientos se hallan en un grado de mayor madurez y mejor logrados en la doctrina de KELSEN". Diz BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, vol. II, loc. cit.) que a teoria normativa de KELSEN é "a culminância superlativa da teoria puramente jurídica da pessoa coletiva". Como diz SICHES (*ob. cit.*, pág. 264), na *teoria pura do direito*, um dos temas mais corretamente desenvolvidos é o da personalidade, com base no conceito fundamental de *imputação normativa*, em sua espécie de *imputação pessoal normativa*. A *pessoa jurídica individual* é a expressão unitária e sintética dos direitos e deveres do homem. A *pessoa jurídica coletiva* é um complexo de normas jurídicas que regulam a conduta recíproca de um conjunto de homens dirigida a um fim comum. A pessoa coletiva é uma parte do ordenamento jurídico concebida como um sistema unitário de deveres e direitos referidos a um centro comum de imputação, que é o sujeito ideal. A personalidade de uma coletividade ou de uma fundação é só a expressão de um termo ideal de imputação da conduta de um ou vários sujeitos. SICHES (*ob. cit.*, pág. 269), com base nas teorias de FERRARA e KELSEN, tira conclusões próprias.

(11-A) Cp. FERRARA, *Teoria*, pág. 778; *Le Persone*, págs. 172 e segs.

(11-B) EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. X, pág. 290) aludem a *elementos da pessoa jurídica: material* (o substrato) e *formal* (a marca da ordem jurídica). Citando NICOLA COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*, vol. 1.º, 1910, pág. 138), indicam que a personalidade não é senão o efeito do reconhecimento, operado pelo direito, da existência de algumas condições naturais, pelas quais se apresenta um ser como capaz de ter interesses dignos de tutela. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, págs. 181/2, aludindo ao art. 18º do Código Civil Brasileiro, diz: "O artigo refere-se à *existência legal*, presumindo uma outra existência que não a determinada pela lei".

(11-C) Cp. FERRARA, *Le Persone*, pág. 51.

(11-D) Cp. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. II, pág. 41; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 1.º vol., págs. 237/8; CLÓVIS, *Código Civil*, vol. 1, págs. 18/9.

normativo, *ex lege*, de forma geral, automática, preenchidos certos pressupostos pelo substrato. Há, por vèzes, necessidade de ato administrativo especial, de caráter declaratório, para simples verificação do preenchimento das condições legais. Êste momento marca, em alguns casos, o início da personalidade, com a publicação e inscrição dos atos constitutivos: é o que FERRARA chama de *procedimento através de registro* (11-E).

No extremo oposto, situa-se o *sistema da concessão, do reconhecimento específico*, mercê da outorga da personalidade por ato estatal especial — lei ou ato administrativo concreto —, que aprecia a criação da pessoa jurídica, sob os aspectos da *legalidade* e da *conveniência* ou *oportunidade*.

Há um sistema intermediário, pelo qual a aquisição da personalidade pelo substrato se dá com o *registro* do ato constitutivo dêste, *registro*, porém, *necessário* e *constitutivo* da personalidade. Ê, em princípio, o sistema brasileiro (11-F).

O *registro* é limitadamente *discricionário* quanto à *apreciação dos motivos*, consoante o que preceitua o art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.085, de 25-3-46. Ê, pois, no seu todo, ato mais *vinculado*, controlável pelo Poder Judiciário, conforme o estatuído no art. 3.º do citado diploma legal (11-G).

O direito brasileiro exige, em certos casos, prévia autorização estatal para a constituição de pessoas jurídicas (11-H).

2. As pessoas jurídicas classificam-se segundo diferentes critérios. Sendo autônomas as classificações, toda pessoa moral se enquadra em uma das espécies de cada categoria.

Assim sendo, cada pessoa jurídica será uma *corporação* ou uma *fundação*; *pública* ou *privada*; e *nacional* ou *estrangeira* (12).

Fixemos as duas primeiras categorias, que nos interessam diretamente.

2.1. A distinção entre *corporações* e *fundações* tem por base a estrutura, a substância da pessoa jurídica, baseando-se no que têm de fundamental, de mais íntimo em sua essencialidade. A divisão leva em conta o suporte fático, o substrato, o embasamento real que o Direito vai personificar, outorgando-lhe a situação de polo subjetivado de direitos e obrigações.

(11-E) *Teoria*, págs. 812/3.

(11-F) Art. 18 do Código Civil; art. 127, do Dec. n.º 4.857, de 9-11-39; art. 115, do Decreto-lei n.º 1.000, de 21-10-69. Cp. SADY CARDOSO DE GUSMÃO, verbete *Fundação*, no *Repertório Enciclopédico*, vol. 23, pág. 223; PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, Tomo I, pág. 466; FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, páginas 181/2; MILCÍADES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, págs. 254/5. O art. 153 da *Nova Consolidação das Leis Civis*, de CARLOS DE CARVALHO (Rio, 1915), estabelecia: "As pessoas jurídicas de direito privado adquirem personalidade jurídica ou por disposição expressa de lei ou pelo preenchimento de condições nela estabelecidas com ou sem intervenção do poder público".

(11-G) Os arts. 3.º e 4.º do Decreto n.º 9.085, de 1946, disciplinam a suscitação de dúvida pelo oficial de registro, perante o juiz competente, nos casos de sobrestamento do registro.

(11-H) Arts. 18 e 20, § 1.º, do C. Civil; art. 127, parágrafo único do Decreto n.º 4.857, de 1939; art. 115, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 1.000, de 1969.

(12) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 708/9.

2.1.1. Na *corporação*, o substrato é um conjunto de pessoas considerado em sua unidade: é a reunião pessoal, humana (13). *Corporação* é o conjunto de pessoas que tem personalidade distinta da de seus membros (14).

Na *corporação*, êstes *membros*, *sócios* ou *associados*, elemento dominante, visam a fim comum, para cuja consecução contribuem com sua atividade e com recursos na formação do patrimônio corporativo.

Têcnicamente, a *corporação* é o gênero de que são espécies a *sociedade* e a *associação* (15).

Ensina FERRARA (16): "L'associazione si distingue dalla società. Un carattere essenziale che le separa é questo: la società risulta da un numero di persone determinate, l'associazione invece, *riposa sul cambio dei membri*, e continua identica, nonostante ch'essi variino. Nella società si ha collezanza immobile tra certe persone, e solo eccezionalmente può qualcuno dei soci esser substituito in caso di morte dal suo erede; nell'associazione l'accesso é aperto: c'é un via vai continuo dei soci, una fluttuazione perenne degli elementi che la compongono" (17).

(13) V. CLÓVIS BEVILÁQUA, citado em *Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V, págs. 27/8.

(14) JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *Curso de Direito Romano*, Tomo I, pág. 312.

(15) Cp. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. I, pág. 107; parecer de TORRES NETTO, do Instituto dos Advogados, citado na pág. 30 do *Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V; CRETILLA JÚNIOR, *Regime Jurídico das Corporações Públicas no Brasil*, in *Rev. Dir. Adm.*, 98, página 9; MILCIÁDES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, pág. 321.

(16) *Le Persone Giuridiche*, pág. 64.

(17) PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, págs. 318 e segs.) diz: "A associação diferencia-se em princípio, da sociedade em que essa é de número determinado de membros, ao passo que aquela pode ter número indeterminado, com ou sem mudança normal dêles. A sociedade anônima é sociedade; a associação dos empregados do comércio ou dos empregados públicos é associação. Mas o que diferencia de *regra*, não diferencia *essencialmente*. Não se pode dizer que a associação se distinga da sociedade, porque, nessa, a união de pessoas determinadas é essencial e a substituição excepcional: há as sociedades por ações em que se elimina êsse sinal... Nem as distinguiria o fim econômico ou não-econômico. A sociedade de regra não *corporifica*; a associação é essencialmente corporativa... na sociedade, há sócios, não *as-sociados*. A reunião de pessoas é associação quando de tal maneira se organizou que os seus membros se apresentam como todo único e uno e os *cobre*..." CLÓVIS (*Código Civil*, vol. V, pág. 89) distingue entre *sociedades comerciais* e *sociedades civis*, e, quanto a estas, entre as de *fins econômicos* e as de *fins não-econômicos*: estas, segundo êle, "também se denominam associações e corporações. O Código Civil, porém, não as distingue senão no momento e nas conseqüências da sua extinção. A tôdas dá o nome genérico de sociedade, e submete a uma disciplina geral". As sociedades civis de fins não-econômicos são as de beneficência, de recreio, as religiosas, literárias, científicas, artísticas. No art. 16, o Código Civil alude a *sociedades civis*, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, e a *associações* de utilidade pública e a *sociedades comerciais*. O art. 19, I, emprega *associação* em sentido genérico, por oposição a *fundação*. Na epígrafe da Seção III, do Capítulo II, do Título I, do Livro I, diz "das sociedades ou associações civis". No art. 22, alude a "associação de intuitos não-econômicos" e, no art. 23, a "sociedades de fins econômicos". Nos arts. 13 e segs., cuida do contrato de sociedade.

2.1.2. Na *fundação*, é no patrimônio destinado a um fim, mercê de uma organização, que está o substrato personificado.

É ela a organização de elementos materiais a serviço de um fim prefixado: um complexo de bens que, mediante uma organização, tem um escopo a atingir (18).

Pessoas que surgem em torno dêste complexo de elementos não são componentes da estrutura personalizada. De um lado, encontra-se o *instituidor* da fundação; de outro seus *beneficiários*; os *administradores* da fundação situam-se em posição totalmente diversa dos *membros* de uma *corporação*, pois que sua função é *servir*.

Na *fundação*, o *fim* é estabelecido pelo instituidor, que faz, outrossim, a dotação do *patrimônio*, enquanto, na *corporação*, o *escopo* é comum aos *sócios* ou *associados*, e o *patrimônio*, constituído pela contribuição de todos êles.

Na *fundação*, inexistem *membros* e, conseqüentemente, uma *assembléia*. Há, ao invés, uma *direção*, individual ou colegiada, que *representa* e *administra* a entidade, segundo o *ato de instituição* e os *estatutos*. Existem, em geral, *órgãos de fiscalização* e *contrôle*.

Podemos dizer que, em ambas as categorias, há *pessoas, patrimônio e fim*, mas em relacionamentos diversos.

2.1.3. Várias são as teorias que, através dos tempos, têm buscado fixar a diferença entre *corporações* e *fundações* (19).

Tradicionalmente, tem-se pôsto a tônica do substrato personificado, no primeiro caso, na *totalidade dos membros (universitas personarum)* (20), e, no segundo, no *conjunto de bens (universitas bonorum)* (20). Daí, o conceito de ser a *fundação* "massa de bens personalizada para certo objetivo" (20-A).

Outros acentuam, respectivamente, o *complexo ideal dos membros* e o *escopo*. ENNECERUS (21) sustenta comprovar-se, facilmente, a *teoria da personificação do fim*. Afirma: "La parte más importante de esta organización es la vinculación del patrimonio para ese fin, pero con esto no se agota la esencia de la fundación, pudiendo incluso faltar temporalmente, y, en absoluto, el patrimonio. Por esto no es completamente acertada la teoría dominante cuando define la fundación como un *patrimonio* con personalidad jurídica autónoma para un fin determinado".

(18) Na clássica lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, "fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção a fim, que lhe dá unidade (*Código Civil*, pág. 192); é "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado" (*Teoria*, pág. 118). Em trecho reproduzido por FERREIRA COELHO, in *Código Civil*, vol. V, págs. 27/8, diz que "as fundações têm por substrato um complexo de bens, ou um estabelecimento que recebe sua vida do destino que lhe é assegurado".

(19) V. FERRARA, *Teoria*, págs. 382 e segs., e 714 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, págs. 7 e 8.

(20) São expressões não romanas (JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *Curso*, pág. 312).

(20-A) V. nota 18 acima.

(21) *Derecho Civil*, 1.º vol., pág. 521.

SILVIO LESSONA (22) acentua que, tal como a *societade* não se confunde com os *sócios*, nas *fundações* “i beni da cui sorge la persona giuridica non sono da confondersi colla persona giuridica stessa poichè non i beni sono il soggetto, del diritto, ma soggetto del diritto è invece l’Ente che nasce della destinazione dei beni al raggiungimento di un determinato fine”.

Alguns frisam a *vontade* que dá origem à pessoa jurídica: na *corporação*, há uma *vontade coletiva* nascida de si mesma (*vontade imanente*); no que concerne à *fundação*, existe uma *vontade externa* (*vontade transcendente*).

Mais recentemente, tem-se sublinhado, na *corporação*, sua natureza de *organismo* de *peçoas*, e, na *fundação*, sua condição de *organização*.

MARCELLO CAETANO (23) aponta-a como único “substrato personificável” da *fundação*. Daí, defini-la como a “organização destinada a perseguir um fim duradouro ao qual esteja afetado um patrimônio”. Mais abaixo, acrescenta: “E por isso, mesmo quando o instituidor não prescreva desde logo a organização da obra, é preciso que a sua intenção se manifeste no sentido de *que a venha ter*, entendendo-se que delega, nesse caso, nas autoridades competentes, a regulamentação necessária (Cód. Adm., art. 446). É esta idéia de indispensabilidade de organização própria que FERRARA exprime ao sintetizar a noção de *fundação* na fórmula: *è una organizzazione per uno scopo* (*Le Persone Giuridiche*, cit., pág. 103)”.
 É certo que as várias teorias acentuam, tão somente, aspectos do todo: cada uma tem uma parcela da verdade, mas não, tôda a verdade.

FERRARA (24) diz, com propriedade, que a personalização é da instituição em tôda a sua complexidade: “è personificata l’opera, lo *stablimento ideale*, l’*istituzione*”.

2.1.4. Autores há que admitem uma terceira espécie de pessoas jurídicas: *as instituições*.

Estas caracterizar-se-iam, por terem como elemento essencial um fim determinado, independentemente de uma reunião de pessoas ou de um conjunto de bens (25).

Em geral, é combatida tal orientação, identificando-se as *instituições* com as *fundações*. Existe quem prefira reservar o primeiro termo para as *fundações de direito público* (26).

(22) *Introduzione al Diritto Amministrativo e sue Strutture Fondamentali*, pág. 32.

(23) *Ob. cit.*, pág. 26.

(24) *Teoria*, págs. 382 e segs.

(25) RUGGIERO, *Instituições*, vol. I, pág. 471; LEOPOLDO BRAGA, *Instituições de Educação e de Assistência Social*, *Rev. Dir. Procd. Geral*, GB, n.º 21, páginas 1 e segs.

(26) Cp. RUGGIERO, loc. cit.: “não acho que tenha utilidade dogmática este *tertium genus*: as congregações que, ao surgir, não tenham bens, são pessoas jurídicas na expectativa de um patrimônio, o que basta para as fazer entrar nos tipos tradicionais”. CROME (*System des bürg. Rechts*, apud FERRARA, *Teoria*, páginas 723/4) taxava de errônea a ereção dos *institutos* como terceiro tipo de pessoas jurídicas. Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, págs. 368/9). FERRARA (ob. cit., págs. 725 e segs.) mostra que, historicamente, o primeiro conceito que surgiu foi o canônico de

2.1.5. Há, como assinala RUGGIERO (26-A), tendência de alguns doutrinadores no sentido da unidade do conceito de pessoa jurídica, dentro de uma construção dogmática que abranja *corporações* e *fundações*, o que traz, porém, graves problemas para a doutrina das pessoas jurídicas.

Outrossim, há os que identificam *corporações institucionais* e *instituições corporativas*, como veremos mais adiante (26-B).

2.1.6. O problema da dicotomia *corporação-fundação* veio apresentar aspecto interessante, com o surgimento das chamadas *sociedades unipessoais*, mais exatamente de *pessoas jurídicas* cujo *capital* pertence a uma só *pessoa*, que pode ser também *jurídica*.

Neste caso, não há a reunião de pessoas, e, por outro lado, a vontade que anima o ente é de difícil caracterização: se *externa* ou *imane*nte.

A unipessoalidade é, em geral, uma situação transitória *inicial*, como ocorre nas *empresas públicas* (que nos fornecem os mais notáveis exemplos, na matéria), em que se admite que outras pessoas venham a se tornar sócias (26-C), ou *incidental*, como pode acontecer, nas sociedades anônimas (26-D).

2.1.7. Segundo FERRARA (27), historicamente, as *corporações* precederam às *fundações*: daí, ter-se reduzido a teoria da pessoa jurídica, durante muitos séculos, à doutrina das primeiras.

istituto, a abranger todos os estabelecimentos eclesiásticos e laicos, inclusive as fundações. Modernamente, diz FERRARA (*op. cit.*, págs. 726/8), "l'antitesi tra istituzione o fondazione si delinea così: le istituzioni appartengono al diritto pubblico, le fondazioni al diritto privato; le fondazioni non sono che le *istituzioni private*... Accanto alle corporazioni esistono le istituzioni, e queste o appartengono al diritto pubblico ó al privato (le seconde si dicono altrimenti *fondazioni*). Donde risulta che istituzioni pubbliche e fondazioni pubbliche sono sinonimi". Pela sinonímia entre *fundações* e *instituições*, cp. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Princípios*, vol. I, pág. 105. FERREIRA COELHO (*Código Civil*, vol. V, pág. 156) observa que, no Direito Anterior ao Código Civil, discutia-se a personalidade das *fundações*, fazendo-se distinções entre *estabelecimentos*, *institutos* e *fundações*. Mais adiante (pág. 293), diz: "Também se designa a fundação pelo nome de *instituto* ou *estabelecimento*, vocábulos que na prática jurídica têm a mesma significação para distinguir de sociedade, associação e corporações que são agregados de pessoas naturais, a quem pertencem os bens da agremiação". LUDWIG ENNECCERUS (*Derecho Civil*, 1.º vol., págs. 442/4) ensina que, em correlção com a distinção do direito privado, entre *associações* e *fundações*, as pessoas jurídicas de direito público podem ser divididas em *corporações* e *institutos* (*fundações*). GUIDO ZANOBINI (*Corso*, vol. 1.º, págs. 114/5), após assinalar que, segundo alguns doutrinadores, *instituição* e *fundação* são termos sinônimos, acrescenta: "secondo altri, per istituzione s'intendrebbe, invece, qualunque persona giuridica nella quale le persone fisiche sono escluse dal formare la volontà dell'ente e quindi questa volontà deriva da soggetti estranei, quali il fondatore oppure la pubblica autorità. In tal modo, sarebbero istituzioni, altre tutte le fondazioni, anche quelle associazioni, i cui ordinamenti non sono determinati dalla libera volontà dei componenti, ma da altra volontà esterna. Così intesa, la distinzione fra corporazioni e istituzioni no si basa, come quella fra corporazioni e fondazioni, sulla diversa struttura della persona giuridica, ma sul diverso modo di formazione della sua volontà".

(26-A) *Instituições*, vol. I, pág. 471.

(26-B) V. n.º 2.3.1. e notas 67 e 68.

(26-C) V. tópico sobre *empresas públicas*, no título II.

(26-D) V. art. 137, d, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-40.

(27) *Teoria*, págs. 710 e segs.

Diz o citado autor que o direito romano conheceu, apenas, as *corporações-universitates, collegia*. MATOS PEIXOTO (28) afirma que, no período clássico, se encontram, tão somente, rudimentos de *fundações* (templos e divindades pagãs que eram tidos como titulares de direitos) (29).

O conceito de *instituto* apareceu com o direito canônico: surgiu a nova espécie de pessoa jurídica, isto é, o de um estabelecimento criado e estruturado exteriormente, por vontade alheia, visando à consecução de um fim (30). Deve-se a Inocência IV a expressão *corpus mysticum*, que deu origem a *corpo moral*.

Embora tenha o direito canônico chegado ao excesso de considerar de natureza institucional pessoas jurídicas de estrutura nitidamente associativa, continuou a prevalecer a identificação da pessoa jurídica com a corporação. Até o início do século passado, só existia, praticamente, esta espécie de pessoa jurídica.

Segundo FERRARA (31), deve-se a HEISE (32) ter, em 1808, chamado a atenção para o problema taxionômico das pessoas jurídicas, tendo apresentado classificação na qual incluía, entre as de base real, as *fundações*, massas de bens destinadas a um fim.

O reflorescimento dos estudos de direito público fez com que publicistas e privatistas seguissem caminhos diversos. O Código Alemão, à semelhança do que, mais tarde, veio a fazer o Código Civil Brasileiro (33), discriminou, de um lado, as *pessoas jurídicas de direito privado*, distinguindo entre as de base *corporativa* e as *fundações*; e de outro, as *pessoas jurídicas de direito público*. Tal orientação teve por objetivo, tão somente, deixar em aberto o desenvolvimento doutrinário, tendo, porém, provocado o afastamento dos dois ramos jurídicos. Daí, terem-se os publicistas perdido em variadas trilhas, ora adotando a mesma dicotomia das pessoas jurídicas de direito privado; ora invocando uma tripartição, com o acréscimo das *instituições*; ou, ainda, subdividindo a classificação em *Estado, corporações territoriais, corporações públicas, instituições públicas e fundações*.

2.2. O Código Civil Brasileiro, como disposição inicial do capítulo das pessoas jurídicas, estabelece, em seu art. 13, que tais pessoas "são de direito

(28) *Curso*, Tomo I, pág. 318.

(29) Cp. SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, págs. 256/7.

(30) Diz MATOS PEIXOTO (*ob. cit.*, pág. 318): "O período pós-clássico, porém, é a idade de ouro das fundações, que se criam, se desenvolvem e se multiplicam sob a influência da religião e da caridade cristãs: eram as igrejas, os mosteiros, os hospícios, os hospitais, e os estabelecimentos de beneficência (*pia corpora, piaae causae, venerabiles domus*), muito numerosos nessa época e designados por termos helênicos: para os indigentes (*ptochotrophia*), para os órfãos (*orphantrophia*), para as crianças pobres em geral (*brephotrophia*), para os enfermos (*nosocomia*), para os velhos desvalidos (*gerontocomia*), para os estrangeiros necessitados (*xenodochia*). Cp. EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, pág. 59.

(31) *Teoria*, pág. 711.

(32) *Grundriss eines Systems des gem. Civilrechts*, pág. 25.

(33) Arts. 13, 14 e 16.

público, interno, ou externo, e de direito privado" (34), discriminando, nos arts. 14 e 16, os tipos de cada uma das espécies.

2.2.1. Tal distinção é recente (35). Por fatores históricos, a idéia de pessoa jurídica manteve-se, durante longo tempo, "envolta em um manto publicístico" (36). Somente, aos poucos, foi surgindo como instituto de direito privado.

Mas, em verdade, as pessoas de direito público consideravam-se, em sua esfera soberana, fora da categoria das pessoas jurídicas, numa posição privilegiada, como uma grandeza extrajurídica (36).

Daí, assinalar OTTO MAYER (37) que, no Estado de Polícia, absolutista, *pessoa moral* e *pessoa moral de direito civil* são expressões sinônimas.

Surge, porém, o *fisco*, pessoa jurídica de direito privado, concernente à gestão de valores pecuniários, e que se colocava junto aos governantes: assim, junto ao Príncipe, o *fisco principesco*; junto às autoridades municipais, o *fisco municipal*; sendo certo que o número dos *fisci* aumentou de tal forma, que cada um dos ramos da Administração passou a ter *fisco* próprio.

O *fisco* era súdito e podia ser processado pelos tribunais. Destarte, o Estado expropriava e o *fisco* pagava a indenização; aquêle, pela nomeação, submetia o servidor público a um regime especial de subordinação: o *fisco*, mercê de uma convenção de direito civil, remunerava-o; o Poder Público recebera, indevidamente, certa importância: o *fisco* tinha de devolvê-la, segundo os princípios da *condictio indebiti*.

Pode afirmar-se, portanto, que a doutrina do *fisco*, ao lado daquela da separação de poderes, constituiu forma fundamental de garantia dos súditos contra o soberano.

Com o advento do Estado de Direito e o reconhecimento de *direitos públicos*, ao lado dos *direitos privados*, e, conseqüentemente, da existência de *sujeitos de direitos públicos* e de *direitos privados*, impunha-se a extensão do conceito de *pessoa jurídica* ao *Direito Público*.

Surgiu a *personalidade jurídica do Estado* (37-A), superada definitivamente, a *teoria do fisco*. Nasceu a distinção entre as *pessoas jurídicas de direito público* e as *pessoas jurídicas de direito privado*.

(34) As expressões usadas pelo Código Civil, *pessoas jurídicas de direito público* e de *direito privado*, provêm do Projeto primitivo. Na Comissão de Jurisconsultos, BARRADAS propôs *pessoas públicas* e *pessoas privadas*; BULHÕES DE CARVALHO e LACERDA DE ALMEIDA eram favoráveis a *pessoas jurídicas de existência necessária* e *pessoas jurídicas de existência voluntária*. O Presidente da Comissão desempatou em favor do Projeto. Cp. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, página 28; MILCIANES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, vol. II, pág. 171.

(35) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 739 e segs. OTTO MAYER, em *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 252, afirma que a diferenciação pertence, inteiramente, ao direito moderno. BASAVILBASO, in *Derecho Administrativo*, página 92, aponta origens da divisão nas obras dos canonistas e, principalmente, na de SINIBALDO DEI PIESCHI, em quem se teriam inspirado os pós-glosadores.

(36) FERRARA, *Teoria*, loc. cit.

(37) *Ob. cit.*, loc. cit.

(37-A) Para resumo das teorias favoráveis e contrárias à personalidade jurídica do Estado, v. RODOLFO BULRICH, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, págs. 109 e segs.

2.2.2. A oposição entre *pessoa jurídica de direito público* e *pessoa jurídica de direito privado* não é despcienda. Ao contrário, a natureza jurídica do ente moral tem decisivas conseqüências (38). Com efeito, sua influência opera desde os requisitos e a forma de criação da entidade, e no que tange, por exemplo, às relações jurídicas com os titulares de seus órgãos, e com terceiros, à natureza jurídica dos atos que pratique, aos fundamentos de sua responsabilidade civil; e, no sistema de dualidade de jurisdição, à competência da justiça comum ou do contencioso administrativo (39). O estatuto jurídico das pessoas públicas é, pois, diverso do das pessoas privadas.

Evidente é que ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado não significa a possibilidade de apenas manter relações de *ius publicum* ou *privatum*: a personalidade é una (39-A), porquanto ser *pessoa* significa constituir-se em destinatário das normas jurídicas, titular de direitos e obrigações, quer públicos, quer privados. Acentua PONTES DE MIRANDA que a personalidade nasce, concomitantemente, no direito público e no privado: é o que chama de *con-criação da personalidade* (40).

2.2.3. Vários têm sido os critérios de que se têm valido os juristas para o estabelecimento da distinção entre *pessoas jurídicas de direito público* e *de direito privado*. Ademais, mesmo dentro de cada corrente, percebem-se diferentes matizes, sendo de se assinalar que muitos doutrinadores conjugam vários critérios (41).

(38) BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, pág. 8) afirma que a distinção tem importância indiscutível. Cp. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale*, pág. 43. PONTES DE MIRANDA (*Tratado*, Tomo I, págs. 305 e segs.), após assinalar a importância que se tem dado à divisão, sustenta seu desvalor como critério para diferenciar entidades.

(39) Cp. SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *O Contrôlo de Legalidade da Administração Pública pela Justiça Administrativa Francesa*, in *Rev. Dir. Proc. Geral*, GB, n.º 15, pág. 181.

(39-A) Como assinala FERRARA (*Teoria*, pág. 741), não há *dupla personalidade*: esta é una; "solo l'ambito dove si muove è plurimo". Sublinha a semelhança com a *pessoa física*, que é *cidadão e comerciante*, por exemplo, agindo, portanto, na esfera do direito público e na do direito privado.

(40) PONTES, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, pág. 305; FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux*, pág. 71, diz: "La reconnaissance de la personnalité de droit public implique la collation simultanée de la capacité juridique de droit privé". MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 130: "Há pessoas coletivas que, pelo seu caráter e pelas suas funções, pertencem ao direito público. Não quer isto dizer que tais pessoas não possam ser titulares de direitos privados e exercê-los; assim como às pessoas coletivas de direito privado é possível serem titulares de direitos públicos. *Toda pessoa coletiva pode ter capacidade de direito público e de direito privado*. Mas isso não significa que todas tenham de obedecer ao mesmo regime jurídico. Assim, é geralmente admitido que o Estado, embora possa exercer direitos privados, é uma pessoa coletiva cujo regime jurídico se encontra por natureza no direito público". O direito público constitucional confere às pessoas jurídicas, sejam públicas ou privadas, direitos públicos subjetivos (p. ex. art. 153, §§ 4.º, 22 e 30 da Const. Federal).

(41) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 742 e segs.; RUGGIERO, *Instituições*, vol. I, págs. 493 e segs.; PONTES, *Tratado de Direito Privado*, vol. I, págs. 306 e segs.; BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, págs. 111 e segs.; PAULINO JACQUES, *A Natureza Jurídica dos Institutos de Previdência*, págs. 111 e segs.

As categorias extremas das duas classes são inconfundíveis. Assim, são, incontestavelmente, pessoas jurídicas de direito público as *pessoas políticas territoriais* (União, Estados-membros, Municípios); são *pessoas jurídicas de direito privado* as criadas por particulares, segundo o direito civil e o direito comercial.

As pessoas morais criadas por particulares só excepcionalmente podem ser públicas, como é o caso dos *partidos políticos* e dos *sindicatos* (42).

A maior dificuldade está em que o Poder Público pode criar novas *pessoas administrativas*, sejam de *direito público*, sejam de *direito privado*, o que faz cair por terra a *teoria da origem da instituição* (42-A).

O problema diz respeito, pois, praticamente, à distinção entre as pessoas jurídicas criadas pelo Estado (43).

O primeiro critério de caracterização das criaturas estatais é fornecido pelo próprio criador: as leis que criam ou que autorizam a criação de pessoas administrativas, muitas vezes (e, hoje, cada vez mais), expressamente aludem à natureza jurídica do ente a que se referem (44).

(42) V. art. 2.º da Lei n.º 4.740, de 15-7-65 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos). PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. I, pág. 296) diz: "Os partidos políticos, ainda quando a legislação lhes dê personalidade de direito público, não são pessoas jurídicas de direito político constitucional, — são pessoas de direito público não-constitucional". ANTÔNIO TITO COSTA (*Natureza Jurídica do Partido Político no Brasil, in Rev. Dir. Pb., n.º 1, págs. 81 e segs.*) sustenta ser erro da lei considerar os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito público. Para alguns também, como indicamos no texto, são os *sindicatos* pessoas jurídicas de direito público. PONTES (loc. cit., págs. 314/5) alude às *pessoas jurídicas de direito público sem ligação estatal*, isto é, nem de direito constitucional, nem de direito administrativo (União, Estado-membro, Território, Município ou autarquia): indica, a propósito, os *sindicatos profissionais* (artigos 511 a 625 da C. L. T.). Cp. *Rev. For., n.º 212, pág. 328*. SEABRA FAGUNDES (*Contrôle*, pág. 44, nota 8) refere-se aos *sindicatos* como *associações privadas*, dentro da *descentralização por colaboração*.

(42-A) A *teoria da origem ou do modo de constituição* da pessoa jurídica tem por base o fato de ter a sua criação sido por ato estatal ou privado, de particulares. Cp. CINO VITTA (*Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 150); ENNECERUS (*Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, pág. 233) e CROME (*System des bürg. Rechts*, I, pág. 232), os dois últimos *apud* FERRARA, *Teoria*, pág. 747. Cumpra observar que tanto o Poder Público como o particular criam quer pessoas jurídicas de direito público, quer de direito privado. Cp. CINO VITTA (*ib.*). É importante acentuar que há hipóteses de transformação de pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares, em órgãos da Administração Pública, também com personalidade jurídica privada; foi o caso da Fundação Abrigo do Cristo Redentor, instituída pelo Governo Federal em sucessão à sociedade civil *Abrigo do Cristo Redentor* (art. 1.º do Dec. n.º 15.801, de 8-6-44).

(43) PONTES (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 293) observa: "O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas, que o direito público cria, por lei ou por ato administrativo legal são de direito público, se o próprio sistema jurídico não as privatiza desde logo, ou mais tarde; as pessoas jurídicas que, oriundas de direito privado, são por lei ou ato administrativo legal, tornadas de direito público, são de direito público, enquanto não se lhes tira êsse caráter. Tudo se reduz a certo arbítrio do legislador, dentro dos princípios constitucionais".

(44) O fato de a lei *criar* ou simplesmente *autorizar a criação*, já será, como veremos mais adiante, um elemento importante: em princípio, no primeiro

Quando não o fizerem, ter-se-á de considerar e analisar o conjunto de normas editadas para disciplina do organismo em tela, para que, bem caracterizado seu regime jurídico, conclua-se por sua natureza de direito público ou privado.

Neste mister, deverão ser consideradas as várias teorias sôbre a matéria, a seguir indicadas.

Uma primeira orientação funda-se no *fim*, no *escopo* da pessoa jurídica, como elemento norteador da sua caracterização: o objetivo público, o interesse geral caracterizaria as pessoas morais públicas (45).

Este critério não satisfaz, porquanto as pessoas jurídicas criadas pelo Estado, quer de direito público, quer de direito privado, têm de perseguir o interesse público, sendo certo que corporações e fundações particulares podem ter fins éticos, religiosos, beneficentes. É certo, ainda, que, embora visando ao bem público, pessoas de direito público, como as Caixas Econômicas (sob sua forma autárquica), praticam atos de comércio (46).

PONTES DE MIRANDA (47) afirma: "O Estado faz de direito público a pessoa jurídica, porém, não é de seu arbítrio fazer ser pessoa de direito público qualquer entidade. O fim da pessoa jurídica, sociedade, associação, ou fundação, é que há de ser público, para que possa ser de direito público a pessoa, sem que se tenha de fazer de direito público tôda pessoa jurídica que tenha fim público, ou de interesse público".

A teoria do *fim* apresentava variações, como da *obrigação* da pessoa, perante o Estado, da *consecução do escopo de interesse público* que lhe constitui a razão de ser (48).

O *princípio da especialidade*, fundamental em matéria de descentralização administrativa, é comum às pessoas administrativas não-territoriais, sejam de direito público, sejam de direito privado: tôdas têm escopos específicos, a que estão vinculadas, e por cuja consecução serão responsáveis perante o Poder Público, que as tutela com várias finalidades, uma das quais é assegurar "a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade" (49).

Outrossim, como acentua PONTES (50), tal teoria é desmentida pela existência de sociedades e fundações particulares que receberam, direta ou indiretamente, do Estado a incumbência da realização de seus fins, como as faculdades e universidades livres. Aliás, o Estado vela pelo respeito, por parte dos administradores, dos fins das fundações particulares (51).

caso, teremos *pessoa jurídica de direito público*; no segundo, de *direito privado*. Não é, porém, decisivo tal fato, porquanto, por vêzes, a lei *cria* quando deveria, tão sômente, *autorizar a criação*.

(45) Cp. GIORGIO GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Florença, 1889, vol. I, pág. 107.

(46) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 306.

(47) *Ob. cit.*, *ib.*, pág. 294.

(48) Cp. ROSIN, *Die öffentl. Genossenschaft*, pág. 18, *apud* FERRARA (*Teoria*, pág. 745); e PAULINO JACQUES, *Instituições de Previdência*, pág. 120.

(49) Art. 26, I, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67.

(50) *Ob. cit.*, *ib.*, pág. 306.

(51) Código Civil, art. 26. Cp. art. 28, XIII, da Lei fed. n.º 3.434, de 20-7-58 (Código do Ministério Público do Estado da Guanabara).

Uma outra orientação sublinha a importância do *aspecto estrutural-organizatório e funcional* do ente. Quando se trata de *corporações públicas*, assinala-se, em geral, a participação compulsória de seus membros: ou êstes são coagidos, pela lei, a assumir tal situação (como no caso das ordens profissionais, devendo-se ter em mente, para que se entenda o caráter coativo da participação, a sua necessidade com vistas ao exercício profissional), ou prescinde-se de sua vontade, já que se pertence a certas corporações públicas, sem o querer (pessoas territoriais).

O certo é que, do ponto de vista estrutural e de funcionamento, praticamente, em nada diferem uma autarquia institucional e uma fundação de direito privado criadas pelo Estado.

Por outro lado, há pessoas jurídicas de direito público a que só se pertence, querendo (partidos políticos, sindicatos); e existem hipóteses de participação compulsória em pessoas jurídicas de direito privado (p. ex.: subscrição compulsória de ações da Petrobrás) (52).

Outro caminho seguido, na matéria em pauta, é o que busca a distinção entre pessoas coletivas públicas e privadas na *posição jurídica* que as mesmas desfrutam no Estado, sendo certo que, se as primeiras gozam de privilégios e prerrogativas, em compensação sofrem maiores restrições, vigilância e tutela.

Ora, o Estado tanto tutela as pessoas administrativas públicas quanto as de direito privado que cria. Mais ainda: algumas destas últimas, e, até mesmo, outras, instituídas por particulares, gozam de prerrogativas e privilégios bem amplos, como os de natureza fiscal, e, inclusive, monopólios de exploração de certas atividades (cp. Petrobrás e concessionários de serviços públicos; vide art. 170, § 3.º da Carta de 1967).

Finalmente, cabe-nos aludir ao outro critério de caracterização da personalidade pública, que se funda no *poder de império* de que gozariam as pessoas jurídicas públicas, seja em relação a seus membros, seja em relação a terceiros.

São típicas do direito público as relações de subordinação. No *ius privatum*, as relações são de coordenação, de igualdade entre os sujeitos de direito. Êste critério baseia-se em fundamento idêntico ao da própria distinção entre o direito público e o privado.

Explica FERRARA (53), partidário desta teoria, que pessoas públicas são as que têm caracteres estatais, de prerrogativas e privilégios exclusivos e essenciais do Estado, já que *público* significa *estatal*.

O elemento específico do Estado não é a população nem o território mas o *poder de império*, "a organização da coação social a serviço e no exercício dos comandos estatais".

O Estado, para a consecução de seus fins, outorga parte de seus poderes públicos a entes que, gozando do *ius imperii*, são pessoas de direito público.

Não importa a amplitude dos poderes públicos atribuídos, já que a diferença não é quantitativa mas qualitativa.

(52) Art. 15 da Lei n.º 2.004, de 3-10-53.

(53) *Teoria*, págs. 750 e segs.

O próprio FERRARA (54) sublinha, no entanto, a dificuldade prática do reconhecimento de que poderes e direitos compõem o *ius imperii*, embora se possa observar que tal poder se traduz pelo *comando*, pela existência de uma *vontade imperante*, "que vincula tôdas as outras pessoas à obediência".

As pessoas privadas podem gozar de privilégios que lhe são, porém, outorgados pelo Poder Público, como favor, não lhes sendo inerentes, ao contrário do que ocorre com as pessoas de direito público, que têm o *ius imperii* como poder próprio, em seu nome atribuído pela lei (55).

O critério do *ius imperii*, nos termos acima fixados, é exato, porquanto somente as pessoas jurídicas de direito público o têm, sendo da natureza destas (55-A).

O que podemos observar, é não ser êle suficiente, muitas vêzes, para, na prática, diante da omissão do legislador, na caracterização da pessoa criada, qualificá-la acertadamente, tendo em vista a hipótese de não-outorga expressa, no diploma legal específico, de parcela do poder de império: êste lhe será reconhecido, aplicando-se-lhe o estatuto das pessoas públicas, se identificada como sua tal natureza. O ente terá, então, *ius imperii*, porque é pessoa pública, e não será pessoa pública por tê-lo. Daí, a utilidade dos outros critérios, embora o último seja o que atende à natureza íntima das pessoas.

Já foi assinalado que autores buscam combinar diferentes orientações, em posições ecléticas. Chegou-se a afirmar que os elementos diferenciais apon-

(54) *Ob. cit.*, pág. 752.

(55) Afirma, porém, BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, pág. 114): "Es de advertir que no todas las personas jurídicas con potestad de ese carácter son públicas, como acontece con los concesionarios de servicios públicos, y, por otra parte, existen personas públicas sin *imperium*". Acrescenta aos critérios referidos o do serviço público, com base em GASTÓN JÉZE: o estabelecimento público (pessoa jurídica de direito público), diferentemente do de utilidade pública, caracteriza-se pela afetação de um patrimônio a um serviço público. Quanto aos *partidos políticos* e aos *sindicatos* cabem algumas observações, já que, excepcionalmente, são *personas jurídicas de direito público criadas por particulares*. Aquêles não são pessoas de direito público constitucional; exercem direitos políticos e participam do Poder Público, na medida em que só êles podem registrar candidatos às eleições (cf. art. 87 do Código Eleitoral, Lei n.º 4.737, de 15-7-65), candidatos êstes que se lhes têm de manter fiéis (cp. art. 35, V, e 152, V e parágrafo único da Const. Federal); e na medida em que, na constituição de órgãos do Legislativo (cf. parágrafo único, letra a, do art. 30 da Const. Federal) e até mesmo do Executivo (cp. exemplos ingleses de funções públicas que são reservadas à oposição), o que conta é a representação partidária (cp. HOMERO PINHO, *Partidos Políticos*, in *Rev. Eleit.* da GB, n.º 1, págs. 87 e segs.). No tocante aos *sindicatos*, êstes seriam pessoas de *direito social*, que congregariam e representariam os grandes grupos sociais que participam da atividade econômica. Mantida a dicotomia direito público-direito privado, êles se enquadram no primeiro, participando da solução dos problemas laborais, sendo relevante o fato de abranger o acordado por êles aos que, embora pertencendo à mesma categoria profissional, não são seus associados (cp. A. F. CESARINO JR., *Direito Social Brasileiro*, 1.º vol., págs. 238 e segs.).

(55-A) PONTES (*ob. cit.*, pág. 307) assinala que a personalidade jurídica pública "ocorre sempre que há atribuição de *imperium* à entidade; não basta a adesão forçada, nem a exclusividade: a regra jurídica que dá exclusividade não delega *imperium*, nem, tão-pouco, a que estabelece a favor de alguém adesão forçada".

tados são, apenas, sintomas da natureza jurídica da personalidade, sendo necessário, para caracterizá-la em definitivo, uma análise sistemática de conjunto.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE (56) salienta que a atitude atual da jurisprudência francesa é a de considerar que nenhum dos diversos grandes critérios tem caráter absoluto; destarte, ela tem-se orientado no sentido da consideração global de tais teorias, que combina em um *feixe de indícios*, submetendo cada caso a esta conjugação de critérios, do que resulta uma impressão de conjunto suscetível de esclarecer a suposta intenção do criador da entidade (57).

Tem de haver, todavia, um critério diferencial decisivo, sob pena de não se poder afirmar que existe, em verdade, discriminação entre as pessoas públicas e privadas.

O *poder de império* é o elemento básico. Os demais critérios, salvo os da *origem* e da *liberdade de associação*, só operam no sentido negativo: uma pessoal moral que não reúna os requisitos apontados, não é pública; possuindo-os, poderá sê-lo, ou não.

Se, mesmo após a aplicação de tôdas as doutrinas expostas, persistir a dúvida sobre a natureza da pessoa jurídica, tratando-se de ente de criação estatal, deve ser ela qualificada como de direito público (58).

Doutrina PONTES DE MIRANDA (59): "Se o Estado considera de direito privado a pessoa jurídica e lhe confere poder público, cai em contradição e delega êsse poder a particular, a lei ou o ato é *nulo*... Se o Estado considera de direito público pessoa jurídica que não tem parcela de poder público e nenhum interesse do Estado está em causa, a pessoa é de direito privado e a lei ou o ato tem de ser examinado pela justiça, para ser-lhe decretada a nulidade".

Com efeito, a análise das normas pertinentes às pessoas jurídicas criadas pelo Estado evidencia, muita vez, que, embora rotulada como de direito público (é a hipótese mais comum), trata-se de pessoa jurídica de direito privado, devendo, certamente, prevalecer as interpretações sistemática, lógica e teleológica sobre a literalidade do texto (60).

Ensina CARLOS MAXIMILIANO (61): "Pode haver, não simples impropriedade de termos, ou obscuridade de linguagem, mas também engano, lapso, na redação. Êste não se presume: precisa ser demonstrado claramente. Cumpre patentear, não só a inexistência, mas também a causa da mesma, a fim de ficar plenamente provado o erro, ou simples descuido".

2.3. As pessoas jurídicas, sejam de *direito público*, sejam de *direito privado*, classificam-se, quanto à sua estrutura, em *corporações* e *fundações*.

(56) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pág. 173.

(57) Cons. Est., 1.º-4-49, *Itani*, *Trib. Confls.*, 20-11-61; *Bourguet e Centre Eugène Maquis*; *Recueil Dalloz*, 1962, 389 e nota de LAUBADÈRE.

(58) Cp. J. M. OTHON SIDOU, *Do Mandado de Segurança*, pág. 264.

(59) *Tratado*, cit., Tomo I, pág. 299.

(60) Cp. art. 2.º do Decreto-lei n.º 750, de 8-8-69, e art. 1.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.881, de 16-12-69 (Universidade Federal de Pelotas).

(61) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 144.

A substância das pessoas morais é a mesma, nos dois grandes ramos jurídicos, inexistindo subdivisões especiais próprias das entidades de direito público (62).

Os critérios distintivos das *corporações* e *fundações* são válidos para o direito público e para o privado, porquanto a estrutura das entidades é idêntica nos dois setores.

Mostra FERRARA (63) que os privatistas defenderam, antes dos publicistas, a unidade na distinção estrutural das pessoas jurídicas, mercê da extensão das categorias privatísticas, as quais, como outros conceitos e princípios, são categorias jurídicas gerais, abrangendo o direito público (64).

2.3.1. Existem os que identificam, no que tange às pessoas públicas, classes diversas das apontadas, como os que colocam em posição especial o *Estado*, distinguindo das *fundações* as *instituições* (65).

Uma outra posição é a daqueles que, embora reconheçam que a distinção entre *corporações* e *fundações* é igualmente válida para o direito público, julgam ser ela, todavia, neste ramo, irrelevante, e, até mesmo, de difícil precisão (66).

(62) Cp. FERRARA (*Teoria*, pág. 709): "Noi quindi neghiamo delle suddivisioni speciali per le persone di diritto pubblico in antitesi a quelle di diritto privato"; ANDREAS VON TUHR (*Derecho Civil*, págs. 111/2).

(63) *Ob. cit.*, pág. 723.

(64) Diz CRETELLA JÚNIOR (*Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 90, págs. 460/1): "No caso particular da *fundação*, a investigação científica exige que se atinja a *categoria fundacional* que ultrapassa, sobrepairando, as modalidades específicas de um e outro campo. A seguir o direito privado e público, trabalhando com a forma fundacional pura, poderão acrescentar-lhe os vários requisitos conotativos acessórios que a flexionarão, matizando-a, no respectivo setor... tôdas as pessoas jurídicas, quer privadas, quer públicas, se aglutinam, quanto à estrutura, em tórno de dois tipos principais: o *corporativo* e o *fundacional*".

(65) Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, págs. 363 e seqs., espec. págs. 368/9 e 376/82. ANDREAS VON TUHR, à semelhança de FERRARA (v. nota acima) sinonimiza, *instituições* e *fundações públicas* (*Derecho Civil*, pág. 112), dizendo, ademais: "no se puede indicar una diferencia esencial entre las instituciones y fundaciones de derecho público. En el lenguaje común la palabra institución tiene un significado muy general, pues designa a cualquier organización que sirva a fines generales y, sobre todo, en su aspecto exterior (edificios etc.) sin consideración de la estructura de la persona jurídica que la rige. Por ejemplo, un orfanato se designa como "institución", lo mantenga una asociación, una fundación o un municipio".

(66) ENNECERUS (*Derecho Civil*, págs. 442/4) ensina que, em correlação com a distinção entre *associações* e *fundações*, do direito privado, as pessoas jurídicas de direito público podem ser divididas em *corporações* e *institutos* (*fundações*), mas que tal distinção é desprovida de importância no *ius publicum* (página 443). Cp. LÉON MICHOU, *La Théorie de la Personnalité Morale*, vol. I, págs. 224 a 227. FEDERICO CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 403, também reconhece a distinção como extensiva ao direito público, no qual, de certa forma, porém, se esmaçaria. Enumera, todavia, da pág. 403 em diante de sua obra, as pessoas jurídicas públicas, discriminando, exatamente, as *corporações* das *fundações*. Diz VON TUHR, a propósito do direito público (*ob. cit.*,

Finalmente, FERRARA (67) aponta a existência de tipos mistos, isto é, de *corporações institucionais* e de *instituições corporativas*. Na primeira categoria, entrariam o Estado, os sindicatos, as ordens profissionais; na segunda, os institutos de previdência (68).

2.3.2. O certo é que a distinção entre *corporações* e *fundações*, geralmente aceita (69), prevalece, também, para o direito público. É de se assinalar que, se houver lei geral sobre pessoas jurídicas de direito público, poderá assumir a classificação grande importância prática. De qualquer forma, tal como ocorre com a discriminação entre *pessoas públicas* e *pessoas privadas*, as dificuldades concretas, por vezes, encontradas na classificação de determinada pessoa, não invalida a distinção.

2.3.3. Dentre as *corporações públicas*, cabe ressaltar a distinção entre *corporações territoriais* e *não-territoriais*.

As primeiras são, na objetivação de uma multiplicidade de fins, pessoas jurídicas públicas que exercem seu poder sobre determinado *território*, seja este considerado seu elemento constitutivo — como é a nossa opinião —, seja tido como campo e limite geográfico de atuação de seu *ius imperii*, e como elemento único de especificação dos associados.

É o caso do próprio Estado (União e Estados-membros), dos Municípios, dos Territórios, das províncias, das comunas. Seus membros adquirem

loc. cit., pág. 112): "A veces es muy difícil trazar la línea de demarcación entre corporación e institución, porque hay corporaciones en que los estatutos restringen tanto el poder de voluntad de sus miembros que se acercan al concepto de institución".

(67) *Le Persone Giuridiche*, págs. 104/5; *Teoria*, págs. 733 e segs.

(68) Diz FERRARA, de modo expressivo: "Nelle prime si ha il tessuto d'una vera corporazione, la quale però per la sua origine e carattere storico, o per la funzione che essa riceve dal diritto obbiettivo non appare più come il gruppo degli interessati che realizzano un interesse comune, ma bensì, come una istituzione adempiente ad uno scopo che trascende dalla loro sfera d'interessi. Questo avviene, non solo per le comunità storico-naturali, come lo Stato ed il Comune, ma anche per le corporazioni coattive, in cui si ha un inquadramento obbligatorio degli interessati in certe unioni, per il perseguimento di uno scopo che trascende il vantaggio degli individui, ma che tocca l'intera vita della società. Tali, i consorzi di bonifica, gli enti sindacali. Si può anzi dire che non esistano vere corporazioni pubbliche, ma solo corporazioni a tipo istituzionale. L'altra classe di persone giuridiche a tipo misto è quella d'istituzioni a tipo corporativo. Esse hanno la struttura istituzionale ma con questa caratteristica che l'amministrazione di esse è affidata ad un corpo elettivo scelto nel seno degli stessi destinatari, oppure che gli interessati all'istituzione debbono contribuire a lora spese per il mantenimento dell'ente. Tali sono i Consigli provinciali dell'economia, le Casse pensioni per gli impiegati od altre istituzioni di previdenza, che funzionano nell'interesse esclusivo d'una cerchia di persone, iscritte in uno speciale ruolo, che partecipano o vigilano sull'amministrazione dell'ente, e che contribuiscono con versamenti di quote o ritenute sullo stipendio o salario, a formare il capitale della istituzione".

(69) Cp. FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux*, págs. 71 e segs.; OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 263; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Manuel*, pág. 32.

tal qualidade, exclusivamente porque nasceram, são domiciliados no respectivo território (70), enfim têm vinculação com êste.

Opõem-se, como assinalamos, às *corporações públicas não-territoriais*, de capacidade específica, em que o território é, tão somente, o limite espacial de sua competência: a condição de membro decorre de outro fator, embora conjugado com o elemento territorial. Como exemplo, pode ser citada uma seção regional da Ordem dos Advogados, sendo as *ordens profissionais* exemplos típicos de corporações desta espécie (71).

TÍTULO II

O FENÔMENO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

3. Na multiforme atuação do Estado Contemporâneo, a *atividade administrativa*, material ou formalmente considerada, se vê cada dia mais ampla, profunda e complexa. Daí, para a prestação dos serviços públicos e para o exercício do poder de polícia, ter tido o Poder Estatal necessidade de desenvolver-se, orgânicamente. A Administração Pública agiganta-se, pois, objetiva e subjetivamente.

O *Estado-gendarme, liberal*, contrasta com o Contemporâneo, *intervencionista*, o *Estado Bem-Estar*.

O primeiro acreditava no livre jôgo dos interesses particulares, os quais, sob os princípios da propriedade privada sagrada, da livre iniciativa, do escopo de lucro e da lei da oferta e da procura, do liberalismo econômico, enfim, se harmonizariam na resultante do bem geral. Conseqüentemente, só intervinha o Poder Público, para restabelecer tal equilíbrio, quebrado por fatores aleatórios, mas que constituiria natural conseqüência da atuação dos vários membros da coletividade. O Estado só agia no campo, então restrito, das atividades congêntas e essencialmente estatais, basicamente no exercício de sua *atividade jurídica*, de *tutela do Direito*, fundada no *poder de império* e visando à preservação das seguranças interna e externa e à distribuição da justiça; só, limitada e facultativamente, mantinha *atividade social*, pela qual visava ao bem-estar e ao progresso comunitários, através de *prestações administrativas*.

Mas a realidade político-social transformou-se. As estruturas institucionais, sociais, econômicas, técnicas, psicológicas se foram alterando, dentro da inevitável evolução histórica, e, com as mesmas, alterando-se foram os sistemas sociais.

O Estado, para assegurar, até mesmo, a sua própria sobrevivência, a ordem pública, a segurança interna e externa, que sempre foram seus objetivos mínimos, e para atingir novos escopos, que passaram a figurar na sua

(70) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 418 e segs. e 733; G. JELLINEK, *Teoria General del Estado*, págs. 321 e segs.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, págs. 386 e segs.; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Regime Jurídico das Corporações Públicas no Brasil*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 1 e segs.

(71) V. bibliografia indicada na nota anterior.

teleologia, sentiu a necessidade de intervir e atuar, ampla, contínua e intensamente.

O equilíbrio dos interesses privados, a harmonizar-se com o público, rompeu-se. A preocupação, até então existente, de defender os indivíduos contra o Poder, substituída foi pela necessidade imperiosa de protegerem-se êste e aquêles contra os excessos liberais e os extremismos. Nos países sub-desenvolvidos, por outro lado, a carência de capitais particulares impõe a participação estatal na economia.

Passou, portanto, o Poder Público da atitude omissiva, das obrigações negativas, ao campo amplo e profundo da intervenção, das prestações positivas, da ação dinâmica coordenada, planificada.

Os redutos mais fortes do liberalismo foram sucumbindo, sob a pressão das grandes massas populacionais, a exigirem do Estado uma atuação comissiva, para lhes dar aquilo de que carecem, e para disciplinar, com todo o rigor, as atividades que são exercidas pelos particulares.

O *Estado Bem-Estar* intervém, pois, para preservar um mínimo de condições de sobrevivência da própria sociedade, buscando atenuar os inevitáveis desníveis entre indivíduos, grupos e classes, muitos dos quais sobrevivem em razão direta da atividade estatal (72).

O Estado Contemporâneo presta, portanto, mais numerosos e mais complexos *serviços públicos*, nestes transformadas muitas atividades até então entregues ao setor privado da economia, e exerce, com maior rigor e profundidade, seu *poder de polícia*.

A *ação social* do Poder Público adquiriu, tal como já o tinha sua *atividade jurídica*, o atributo da *essencialidade*, acrescentando-se aos encargos estatais *originários* ou *congênitos*, que, por sua natureza, são privativos do Estado, os *derivados* ou *adquiridos*, assumidos por êste, mercê da monopolização ou da concorrência com a atuação dos particulares.

Deu-se, por conseguinte, de um lado, a expansão dos *serviços públicos*, visando a satisfazer as chamadas necessidades coletivas, as quais, de natureza contingente, variando em número de acôrdo com as estruturas sociais de cada momento histórico, foram reconhecidas em necessidades até então atendidas pela atividade econômica particular; e de outro, ocorreu a ampliação do *poder de polícia*, que de simples expediente e proteção da segurança, tranqüilidade e salubridade públicas, se tornou o conjunto de atribuições de disciplina e restrição, em favor de interesse público adequado, dos direitos e liberdades individuais, a abranger a área dos direitos econômico-sociais (72-A).

4. Para atender à nova realidade social, o Estado teve de desdobrar-se, utilizar novas técnicas, racionalizar suas atividades.

Carece, destarte, o Poder Público de uma estrutura orgânica também mais complexa e diferenciada.

(72) Cp. CAIO TÁCITO, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil* (Conceito e Remédios), págs. 10/1.

(72-A) Cf. CAIO TÁCITO, *Poder de Polícia e seus Limites*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 27, págs. 1 e segs.

Em função disso, o principal fenômeno contemporâneo, em matéria de *organização administrativa*, é o da *descentralização*. Como assinala FRITZ FLEINER (73), o Estado não mais possui o monopólio da Administração Pública.

Em função do apontado crescimento da área das atividades estatais, pela maior complexidade e número das necessidades a serem satisfeitas, e dos meios de satisfazê-las — sempre a exigirem maior perfeição técnica, pessoal mais numeroso e habilitado, vultosos capitais e, mormente, uma liberdade mais ampla de ação —, tornaram-se obsoletas e inócuas as formas clássicas de organização da Administração Pública.

4.1. *Organização* é ordenação, divisão do trabalho e distribuição do poder.

A *organização administrativa* corresponde à adoção de uma estrutura administrativa adequada ao regime dos serviços públicos e demais formas de atividade administrativa (74).

A *Administração Pública*, em sentido subjetivo ou orgânico, é, exatamente, o conjunto de órgãos que exercem a atividade administrativa. É o sujeito ativo da função administrativa. Mas não é uma *pessoa* e sim, um complexo de pessoas, as *pessoas administrativas*.

Sujeito de direitos, nas relações jurídico-administrativas, é uma das pessoas administrativas e não, a Administração Pública (75).

4.2. O próprio Estado, corporação pública, é o primeiro elemento da organização administrativa, da Administração Pública, a prestar serviços públicos e a exercer o poder de polícia. É *pessoa política, de direito constitucional*, mas é também *pessoa administrativa*, isto é, sujeito ativo da função administrativa e sujeito de relações jurídico-administrativas.

A organização administrativa intra-estatal (75-A) funda-se, basicamente, na *hierarquia*, definida como a relação de coordenação e de subordinação entre os órgãos administrativos. É o vínculo existente entre os mesmos (76).

(73) *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, pág. 67.

(74) CARLOS GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 39.

(75) Cp. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 37 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, págs. 124 e segs. No sentido subjetivo, a expressão Administração Pública está para a função administrativa, assim como a Justiça está para a função jurisdicional e o Parlamento ou o Congresso está para a função legislativa. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos Atos Administrativos*, pág. 39, diz: “Administração Pública é expressão de uso freqüentíssimo na terminologia do nosso direito significando o conjunto de órgãos do Poder Executivo. É equivalente a esta, e tanto ela como esta equivalem à expressão *Govêrno*, no sentido mais corrente”. Num sentido lato, considerando-se em tôda a plenitude a atividade administrativa sob o ponto de vista material, ela abrangeria, também, os órgãos administrativos dos demais Podêres.

(75-A) O princípio é válido para cada uma das pessoas políticas e administrativas consideradas internamente.

(76) Cp. MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 55; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 214 e segs.

Os órgãos da administração estatal distribuem-se em *níveis* ou *graus horizontais* e em *linhas verticais*. O *nível* ou *grau* é a situação do órgão na linha hierárquica. Há coordenação das linhas e subordinação dos graus. Já se empregou o símile da *pirâmide*: no ápice está o órgão superior, distribuindo-se os demais, pelos diversos graus, até os últimos. A pirâmide alarga-se no sentido decrescente da escala hierárquica (77).

O superior hierárquico tem, com relação aos subalternos, os poderes de *comando*, *fiscalização*, *punição*, *delegação* e *avocação* de atribuições, e *revisão*, *anulação*, *revogação*, *reforma* e *substituição das decisões* (78).

4.2.1. Os órgãos administrativos do Estado, confundidos em sua personalidade jurídica, compõem o que se denomina a *Administração Direta ou Centralizada* (79).

4.2.2. Na área federal, o Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67 (80), art. 4.º, I, conceitua a *Administração Direta* como a parte da Administração Federal “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (80-A).

No Estado da Guanabara, o § 1.º do art. 73 da Constituição Estadual, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 4, de 30-10-69, e a Lei estadual n.º 1.193, de 20-12-66 (estabeleceu diretrizes para a reorganização da administração do Poder Executivo), em seu art. 4.º, I*, tratam da Administração Direta, distribuindo a segunda, em seus arts. 5.º e 6.º, os órgãos administrativos por vários níveis hierárquicos.

4.3. Dentro da própria Administração Direta, já se pode observar um primeiro aspecto do fenômeno da descentralização administrativa: a chamada *descentralização burocrática, hierárquica, orgânica*, ou *no serviço*, também denominada de *desconcentração*. É a descentralização que se verifica dentro de uma hierarquia administrativa (81).

Os órgãos beneficiados por esta descentralização, por mais autônomos (autonomia administrativa, financeira) que sejam, não adquirem personalidade jurídica própria, confundindo-se na personalidade estatal.

4.3.1. O art. 172 e seus §§, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67, com a redação que lhes deu o art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69, tratam do que denominam de *Órgãos Autônomos*, aos quais o Poder Executivo assegura

(77) MASAGÃO, *ob. cit.*, págs. 55/6; SAYAGUÉS LASO, *ob. cit.*, págs. 216/7.

(78) MASAGÃO, *ob. cit.*, págs. 56/7; SAYAGUÉS LASO, *ob. cit.*, págs. 218 e segs.

(79) Cp. RENATO ALESSI, *ob. cit.*, pág. 38. MARCELLO CAETANO, *Manual*, páginas 546/7, ao classificar os modos de gestão dos serviços públicos, intitula esta primeira hipótese como *gestão direta integrada indiferenciada ou concentrada* (v. pág. 377).

(80) Alterado pelos Decretos-leis ns. 900, de 29-9-69; 991, de 21-10-69; e 1.093, de 17-3-70.

(80-A) Ver arts. 32 a 34 do Decreto-lei n.º 200, de 1967.

(81) Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, pág. 18; MASAGÃO, págs. 60 e segs.; LAUBADÈRE, *Traité*, págs. 94/95. MARCELLO CAETANO, *Manual*, págs. 377 e 546/7, alude a *gestão direta integrada diferenciada, autônoma ou desconcentrada*.

(*) Agora, v. art. 1.º, do Decreto-lei est. n.º 434, de 7-7-70.

autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente. São “serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta, observada sempre a supervisão ministerial” (81-A).

Na Guanabara, a Lei est. n.º 263, de 24-12-62 (cuidou da reestruturação administrativa do Estado), estabeleceu, em seu art. 4.º, I, *a*, que integravam a *Administração Descentralizada* estadual, sem personalidade jurídica, “os serviços ou estabelecimentos relativamente autônomos”. Mais recentemente, a já citada Lei est. n.º 1.193, de 1966, classificou, como órgãos da *Administração Indireta, sem personalidade jurídica*, os serviços industriais ou comerciais do Estado, os quais gozam de autonomia financeira (art. 4.º, II, *b*, e § 1.º) (82)*.

A Lei 4.545, de 10-12-64, que dispôs sobre a reestruturação administrativa do Distrito Federal (Brasília), incluiu na *Administração Descentralizada da Prefeitura, sem personalidade jurídica*, “as Administrações Regionais e os serviços ou estabelecimentos relativamente autônomos” (art. 3.º, I, *a* e *b*) (82).

4.4. Dentro do fenômeno de descentralização, cumpre indicar, em seguida, a modalidade da *descentralização institucional, funcional* ou *por serviços*, pela qual o Poder Público cria novas pessoas *jurídico-administrativas*, que vão compor a pròpriamente chamada *Administração Indireta* ou *Descentralizada* (83).

4.4.1. As entidades da *Administração Indireta* ou *Descentralizada*, tôdas com personalidade jurídica, estão vinculadas à Administração Direta, através de liame que as une a um dos Ministérios, Secretarias, que sobre tais entidades exercem uma *supervisão, fiscalização* ou contròle, denominada *tutela administrativa* (art. 4.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 200, de 1967; art. 4.º, II, da Lei est. 1.193, de 1966; art. 1.º, I, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-1970).

O art. 19 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, sob o título “Da Supervisão Ministerial”, estabelece que “todo e qualquer órgão da Administração Fe-

(81-A) Cp. Decreto n.º 66.580, de 15-5-70, que concede autonomia administrativa e financeira à Superintendência de Campanhas de Saúde Pública.

(82) Vê-se que as expressões *Administração Descentralizada* e *Indireta* foram empregadas pelos citados diplomas legais, para abranger, heterogênea e impròpriamente, a *descentralização burocrática* (outorga de autonomia, administrativa e financeira, sem personalização) e a da espécie que focalizaremos a seguir (fruto da personificação).

(83) Cp. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Manuel*, págs. 110 e segs.; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, espec., págs. 67 e segs. A expressão *descentralização por colaboração* é utilizada, como sinônima de funcional, mas o é, também, em outro sentido, como veremos mais adiante. Verificaremos também que MARCELLO CAETANO e HELY LOPES MEIRELLES distinguem entre *Administração Descentralizada* e *Indireta*. V. CAIO TÁCITO, RDP., n.º 4, págs. 24 e segs.

(*) V. agora, art. 1.º do Decreto-lei est. n.º 434/70.

deral, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República”.

O art. 20 fixa a responsabilidade do Ministro perante o Presidente, pela supervisão que lhe cabe, e os arts. 21 (alterado pelo art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969) e 22 cuidam dos órgãos que auxiliam os Ministros na tarefa de supervisão.

O art. 26 declara os objetivos desta, no tocante à Administração Indireta, enumerando o respectivo parágrafo único algumas medidas hábeis para a consecução daqueles. O art. 28 impõe obrigações às entidades fiscalizadas, com o fito de propiciar a supervisão.

No Estado da Guanabara, o Decreto est. N n.º 93, de 1-11-63, definiu a supervisão e o controle das Secretarias de Estado sobre os órgãos com personalidade jurídica, da Administração Descentralizada, que a elas estejam vinculados. Recentemente, o Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, em seus arts. 1.º, §§ 1.º a 4.º, 2.º e 3.º tratou da matéria.

4.4.2. A expressão *tutela administrativa*, compreensiva do *controle administrativo* (84) exercido pela Administração Direta sobre os órgãos da Descentralizada, é combatida (85). É, todavia, expressão consagrada (85-A), embora, como tenhamos visto, substituída, na legislação, pelo termo *supervisão*, que, conforme foi indicado, abrange, igualmente, porém, o controle hierárquico, dentro da Administração Direta.

4.4.3. MARCELLO CAETANO (86) define a *tutela administrativa* como “o poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva de intervir na gestão de outra pessoa coletiva autônoma, autorizando, ou aprovando os seus atos, suprindo a omissão de seus deveres legais ou fiscalizando os seus serviços, no intuito de coordenar os interesses próprios da tutelada com os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar”.

Constitui objetivo da tutela salvaguardar o *interesse geral* contra os eventuais excessos dos órgãos descentralizados. Situa-se, como forma de *controle estatal*, entre o hierárquico da Administração Direta, e a fiscalização de polícia sobre atividades particulares.

Em princípio, uma parte da atividade do ente tutelado fica isenta do controle do órgão fiscalizador. “Os poderes de tutela administrativa”, ensina

(84) Cp. CRETILLA JÚNIOR, *Definição da Tutela Administrativa*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 96, págs. 28 e segs.; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité*, págs. 90 e segs.

(85) A. NOGUEIRA DE SÁ (*Do Controle Administrativo sobre as Autarquias*, pág. 95) afirma: “Nem seria necessário dizer que a terminologia técnica de uma ciência não comporta o uso de um mesmo vocábulo com dois sentidos, um irreduzível a outro. E é o que se verifica na espécie, pois o princípio autônômico, que é da essência do instituto, repele, em absoluto, o poder em que se traduz a tutela, conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa a reger os bens do menor que está fora da ação do pátrio poder”.

(85-A) A expressão é empregada em francês — *tutelle administrative* —; cf. WALINE, *Traité*, pág. 423; em espanhol — *tutela administrativa* —; cf. MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 107; em Portugal, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 170.

(86) *Manual*, págs. 170 e segs.

CAETANO (87), “não se presumem. Os atos de uma pessoa coletiva só estão sujeitos à tutela nos termos expressamente fixados na lei, isto é, apenas os atos que a lei dispuser, pela forma e para os efeitos nela estabelecidos e pelos órgãos aí designados”. São, pois, as normas de tutela, de interpretação restritiva.

É importante assinalar, no entanto, que, no direito brasileiro, os expedientes e instrumentos tutelares têm-se aproximado dos componentes do controle hierárquico, como se vê pelos dispositivos sobre a matéria, anteriormente indicados.

A tutela abrange aspectos de *legalidade* e de *mérito* da atividade do órgão descentralizado, incluindo o chamado *recurso hierárquico externo* ou *impróprio* (87-A) e, até mesmo, a intervenção na pessoa jurídica controlada (87-B).

A tutela pode revestir a modalidade *corretiva* (*preventiva* ou *a priori*, por meio da *autorização*; *concomitante*; e *sucessiva* ou *a posteriori*, por meio da *aprovação* ou *desaprovação*); *inspectiva* (ou de *fiscalização*); *repressiva*; *substitutiva* ou *supletiva*, e *regulamentar* (88).

4.4.3.1. Ao contrário das *peçoas físicas*, que podem exercer sua atividade em tôdas as direções, sem estarem submetidas a fins determinados, as *peçoas jurídicas* são constituídas e têm de operar sob o império do princípio da *especialidade* (88-A).

Em decorrência, há uma limitação consistente no dever de só exercerem seus órgãos os poderes funcionais, para alcançar os fins determinados, sob pena de atuarem *ultra vires*.

Claro é que o princípio da *especialidade* não impede a prática de atos acessórios ou instrumentais da gestão da pessoa jurídica nem os compreendidos na esfera jurídica das pessoas coletivas em geral (88-B).

Quando se trata de fundações, o princípio é especialmente relevante, dado que o *fin* é um de seus elementos essenciais.

Em matéria de pessoas criadas pelo Poder Público, dentro do fenômeno da *descentralização administrativa por serviço*, a questão assume importância fundamental.

As criaturas do Estado não são duplicatas suas e a competência das autoridades e dos agentes administrativos completa-se com o conceito de *finalidade*, elemento a que corresponde o vício do *desvio de poder* (88-C).

(87) *Manual*, pág. 172.

(87-A) Cp. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, páginas 290/1.

(87-B) V. art. 26, parágrafo único, letra *i*, do Decreto-lei n.º 200, de 1967; art. 1.º, § 3.º, *i*, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70.

(88) CAETANO, *ob. cit.*, págs. 171/2.

(88-A) Cp. LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 1, pág. 385; HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo 1.º pág. 570; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, págs. 204 e segs.

(88-B) Cf. MARCELLO CAETANO, *Das fundações*.

(88-C) V. art. 2.º, parágrafo único, letra *e*, da Lei n.º 4.717, de 29-6-65. Cp. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*; *Desvio de Poder, Repertório Enciclopédico*, n.º 16, pags. 93/107; CRETILLA JÚNIOR, *Princípios Informativos de Direito Administrativo*, *Rev. Dir. Min. Pb.*, GB, n.º 6, págs. 103 e segs. V. n.º 4.4.5.9.

4.4.4. As *peças administrativas*, criadas pelo Poder Público, isoladamente ou em conjugação com particulares, são de *direito público* ou de *direito privado*, e qualquer uma das duas espécies, de *estrutura corporativa* ou *fundacional* (89).

4.4.5. No direito brasileiro, as *peças administrativas* de *direito público não-territoriais* recebem o nome genérico de *autarquias*, sejam *corporações públicas*, sejam *fundações públicas* (89-A).

As *autarquias* (89-B) são, portanto, pessoas jurídicas administrativas de direito público, tal como o Estado, mas com êste não se confundem, nem dêle são duplicatas, porquanto criadas por ato legislativo formal com especialização de fins.

O art. 4.º, II, *a*, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, o art. 4.º, II, *a*, 1*, da Lei est. n.º 1.193, de 1966, e o art. 1.º, II, *a*, do Decreto-lei est. 383, de 1970, colocam-nas como entidades da Administração Indireta (89-C). O ar-

(89) A expressão *descentralização institucional* não significa que ela se opere, sempre, através de *instituições* ou *fundações*: a característica comum é a *personificação*. Por outro lado, distingue-se da *descentralização territorial*, focalizada mais adiante.

(89-A) No Direito Francês, as *peças jurídico-administrativas* de *direito público não-territoriais* são os *estabelecimentos públicos* (cp. LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 169). Como acentuam, porém, os administrativistas franceses, hoje já não mais se pode afirmar que as *peças morais* de direito público, na França, sejam, apenas, as *peças territoriais* (departamentos e comunas) e os *estabelecimentos públicos*: como *peças morais* especiais de direito público o Conselho de Estado reconheceu, também, os *serviços públicos de economia dirigida* e as *ordens profissionais* (LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 174). Sobre *ordens profissionais*, no Direito Francês, v. MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, págs. 415 e segs. O problema que os autores gausles focalizam, é o da distinção entre os *estabelecimentos públicos* e os de *utilidade pública*, êstes, entidades particulares que se encarregam da satisfação de necessidades de interesse geral (JÈZE, *Princípios*, págs. 41 e segs.).

(89-B) O vocábulo *autarquia*, segundo ANTENOR NASCENTES (*Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 1932, Rio, pág. 84), provém do grego *autarchia*, poder absoluto. FEDERICO CAMMEO, *Corso*, pág. 393, nota *a*, diz que "la parola autarchia in italiano ha due significati". CARLOS DE BARROS JÚNIOR (*Compêndio*, vol. II, pág. 81) explica: "A palavra na grafia atual única, corresponde a dois sentidos que advêm de diverso étimo. Pode significar auto-suficiência, bastar-se a si mesmo, aplicável a um Estado, sistema econômico ou entidades. É sentido que se lhe dá em Economia Política. Mas pode ter também, pela sua origem aludida, o significado de auto-administração, capacidade de dirigir-se por si, que é o reservado ao Direito Administrativo e que se aplica à noção de autarquia em tema de descentralização". V. T. CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, págs. 164/5. A *autarquia* é conceito administrativo: auto-administração; a *autonomia* pode ter conceito político: legislar para si e auto-administrar-se (é o caso dos nossos Municípios, que não são, porém, Estados, por não terem capacidade de auto-organização). Usa-se, também, o termo *autonomia* para abranger os aspectos financeiro, técnico, disciplinar.

(*) Agora, art. 4.º, II, 1 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

(89-C) MARCELLO CAETANO (*Manual*, págs. 546/7) e HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, págs. 280/2, e *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, páginas 18/9) classificam as autarquias como *administração direta descentralizada* ou *personificada*. Diz HELY: "O serviço autárquico é *direto* e *próprio* do Estado, porque a autarquia é um prolongamento do Poder Público. Não recebe atri-

tigo 5.º, I, do primeiro e o último dispositivo citado assim as definem: “O serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (90).

4.4.5.1. O Código Civil Brasileiro, ao enumerar pessoas jurídicas de direito público interno, em seu art. 14, não aludiu às *autarquias*, mas tal fato não impediu o reconhecimento da sua verdadeira natureza, não obstante opiniões em contrário (91). A enumeração não é, pois, taxativa, e, atualmente, o Decreto-lei federal n.º 200, de 1967, e diplomas legais estaduais expressamente caracterizam a autarquia como pessoa jurídica de direito público.

4.4.5.2. Diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (92) que “se considerarmos as pessoas públicas exclusivamente administrativas — autarquias

buições estatais por delegação, mas por via institucional. Executa o serviço público diretamente e *in nomine proprio*”.

(90) Anteriormente, outras leis tinham definido a *autarquia*. Assim, o Decreto-lei n.º 6.016, de 22-11-43, estatuiu em seu art. 2.º: “Considera-se autarquia, para efeito deste decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. É o conceito clássico de autarquia, no Direito Brasileiro. Já as Leis ns. 830, de 23-9-49, sobre o Tribunal de Contas da União, e 4.717, de 29-6-65, sobre a ação popular, na preocupação da defesa do erário público, ampliaram, sem técnica, o conceito de entidades autárquicas. A Lei 830 (art. 139) assim dispôs: “Consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio independente do orçamento geral; b) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro”. A Lei 4.717 (art. 20) ainda mais imprópriamente estabeleceu: “Para os fins desta Lei, consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza, ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público; c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais”. Cp., ainda, art. 157 do Código de Contabilidade Pública da Guanabara, aprovado pela Lei mun. n.º 899, de 28-11-57; art. 1.º, parágrafo único, da Lei gaúcha n.º 4.478, de janeiro de 1963; para o direito paulista, v. GERALDO ATALIBA, *Contrôle das Autarquias*, in *Rev. Dir. Pb.*, n.º 1, págs. 70 e segs.

(91) Cp. THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, pgs. 110 e segs.; *Curso*, págs. 256 e segs.; OSCAR SARAIVA, *Estudos*, pág. 12. Já na elaboração do Código Civil, parecer da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais (*Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V, págs. 64/65) dizia: “A letra c contém disposição muito restrita, pois nega, com desvantagem para a pública administração, personalidade jurídica a outras circunscrições administrativas que os Estados podem criar, além dos municípios, como sejam cantões e departamentos, como sejam os distritos existentes no Estado de Minas Gerais. Convém, pois, acrescentar ao artigo o seguinte: “d) cada uma das subdivisões dos Estados e dos municípios que, constituída uma unidade administrativa, tenha autonomia em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse”.

(92) *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 369.

— verifica-se, pois, que se apresentam, tal como no direito privado, divididas em dois tipos no que tange a seus substratos estruturais: autarquias fundacionais e autarquias corporativas”.

A maior parte das autarquias brasileiras é constituída de *fundações públicas* ou *instituições* (93). É o caso do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, Universidades Federais como a Rural do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul (94). Na Guanabara, a Superintendência de Serviços Médicos (95).

Em tôdas encontramos os elementos estruturais básicos da fundação: o fim, o patrimônio, a organização e a ausência de membros ou sócios.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (95-A) diz, com absoluta propriedade, que “a Fundação Pública, isto é, a fundação que é pessoa de direito público, é espécie do gênero autarquia... Autarquia, pois, é expressão ampla que abrange todos os seres de direito público, seres que perseguem atividades de interesse estatal. Ser autárquico é consequência do caráter público de uma pessoa jurídica... Vê-se que o termo autarquia é reservado para designar tôdas as pessoas jurídicas de direito público interno, indistintamente, com exceção, apenas, da União, dos Estados e Municípios, cuja capacidade é ainda mais ampla (95-B). Com efeito, o estabelecimento público e a fundação, essencialmente, são patrimônios afetados a um serviço público determinado. Ambos carecem da base associativa específica das corporações, outra variedade de ente autárquico. Excetuadas, entre nós, as corporações profissionais, tôdas as autarquias administrativas no direito brasileiro têm o caráter de patrimônio afetado a um serviço público determinado” (95-C).

Assinalando a natureza fundacional de estabelecimentos públicos, afirma ANDRÉ BUTTGENBACH (96): “Des personnes de droit public peuvent, du point de vue théorique et de leur structure organique, être divisées en deux catégories: les “collectivités — personnes publiques”, — (groupements et associations) — et les “établissements-personnes publiques”, ou fondations... Les “établissements — personnes publiques” diffèrent des précédentes en ce qu’ils ne sont pas de groupements. Ils sont l’oeuvre de collectivités publiques préexistantes, — État, provinces et communes, — qui jouent à leur égard le rôle de fondateur. La *fondation publique* n’est autre chose que l’affectation par une personne publique d’un patrimoine à un service public personnalisé... Ici, la *personnalité juridique*, — c’est-à-dire le fait que l’établissement est considéré comme une personne, — résulte de l’uti-

(93) HELY (*Dir. Adm.*, págs. 313/4; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, pág. 46) é contra a identificação de autarquias fundacionais e contra a expressão *fundações públicas*. Esta é, por vêzes, empregada como sinônimo de *fundações instituídas pelo Poder Público*, abrangendo as de direito privado. Preferimos utilizá-la no sentido do texto.

(94) V. Lei n.º 4.504, de 30-11-64; Decretos ns. 66.281, de 27-2-70; espec. arts. 95 a 109; e 66.355, de 20-3-70, espec. arts. 77 a 91.

(95) V. Lei est. n.º 279, de 28-12-62.

(95-A) *Fundações públicas*, parecer in *Rev. dos Tribs.* n.º 338, págs. 72 e segs. V. RDP, n.º 1, pág. 115; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 85, pág. 344.

(95-B) Acrescentamos à enumeração os Territórios.

(95-C) Há as corporações de produção, como veremos adiante.

(96) *Manuel*, págs. 32/3.

lité sociale du but à atteindre, — le service public, — et du fait que la possession d'un patrimoine, spécialement affecté à l'établissement..." (97).

OTTO MAYER (98), tratando dos *establecimientos públicos*, afirma que se usa também, para tais pessoas jurídicas, a expressão *fundações públicas*, o que lhes assinala a característica peculiar de ter como *base* ou *substrato* um patrimônio, diferentemente das *corporações* e *associações*, que se fundam num grupo de pessoas (99).

FRITZ FLEINER (100) sustenta: "Mais, en outre, d'autres tâches administratives importantes sont assurées par des établissements autonomes de droit public, pourvus de la personnalité juridique. Ces établissements sont créés par la volonté de l'État ou d'une commune. Cette volonté partielle est constituée par l'ordre juridique en entité indépendante et élevée au rang de *spiritus rector* de l'établissement ou — ce qui est équivalent — de la fondation de droit public et de son patrimoine."

Doutrina GASTON JÈZE (101): "Se dice entonces que existe *establecimiento público* o también que tal servicio público ha sido *personalizado*. La personalización de un servicio público determinado es, pues, un procedimiento jurídico consistente en la *afectación de ingresos al conjunto de los gastos de un servicio público, afectación general y permanente, que lleva implícita su exclusión de un patrimonio general...* sino que además se organizará, a *título permanente*, un nuevo patrimonio administrativo, distinto de los patrimonios generales (Estado, departamentos, municipios, colonias). Sobre este patrimonio *especial* pesarán las deudas ocasionadas por la gestión del servicio público, y a él pertenecerán en propiedad las rentas que se le asignen en estas condiciones... Por consiguiente, se reconoce el establecimiento público por un doble carácter: 1.º — hay un *servicio público*; 2.º — hay un *patrimonio propio* afectado a los gastos de este servicio".

4.4.5.3. Não assiste, pois, razão a RUI CIRNE LIMA (102), quando sustenta a distinção entre *fundação* e *estabelecimento público*. Diz: "Três formas estruturais da personalidade jurídica depara-nos o nosso Direito Administrativo: a corporação, a fundação e o estabelecimento público... O

(97) À pág. 147, BUTTGENBACH define a *fundação pública* como a afetação realizada por autoridades públicas, de um patrimônio especial, juridicamente distinto do patrimônio geral, do poder criador, a um serviço público que, para a gestão de tal patrimônio e a realização de seu objetivo, é dotado de autonomia orgânica e técnica, sob a tutela e o controle do citado poder. Assinala, ainda, o mesmo autor que, em 1944, o Instituto Belga de Ciências Administrativas adotava definição análoga, em que se acentuava a natureza fundacional de tais estabelecimentos.

(98) *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 263.

(99) Cita MAYER, em nota de rodapé, a assertiva de SARTORIUS (*Wörterbuch*, Erg. Bd., II, pág. 279), de que a distinção entre fundações e estabelecimentos carece de importância jurídica. Combate, outrossim, a posição de ROSIN, que só admite o termo *fundação* no campo do direito civil, quando afirma que os estabelecimentos deste ramo jurídico são as fundações (*Oeff. Gen.*, págs. 21 e 48): mostra OTTO MAYER que o próprio uso idiomático se opõe a tal restrição.

(100) *Les Principes*, págs. 71 e segs.

(101) *Principios Generales de Derecho Administrativo*, tomo II, págs. 29/30.

(102) *Principios*, pág. 66.

estabelecimento público, à sua vez, é o serviço público, a que se reconhece personalidade jurídica. Não é uma corporação, por isso que lhe faltam associados ou membros. Não é tampouco uma fundação pura e simples, por isso que a sua personificação se não explica meramente pelo propósito de dar destino a um patrimônio. No estabelecimento público, bem ao contrário, a personificação é antes necessitada pelas exigências da divisão do trabalho, na realização da tarefa estatal, a fim de que o Estado, graças à desagregação de alguns de seus serviços públicos, possa, com menor esforço ou dispêndio, imprimir-lhes à execução maior eficiência”.

Parece-nos que se dizer que a personificação é do *serviço público*, nada mais é do que se declarar, com outras palavras, que se personaliza um conjunto de elementos materiais a serem utilizados em fim específico de interesse público.

Com efeito, a expressão *serviço público* é, no particular, evidentemente tomada em seu sentido de *organização*, isto é, de bens geridos por pessoas, para desempenho de certas funções e atribuições. Do contrário, cair-se-ia no ilogismo de personificar-se a *atividade* em si mesma, se considerada a expressão em seu significado *funcional*.

Outrossim, pôr-se a tônica no aspecto da *divisão do trabalho*, é, tão somente, dar-se ênfase a uma das faces da moeda: quando o Estado cria uma corporação ou uma fundação, pública ou privada, está outorgando a uma outra pessoa jurídica encargo que, em princípio, lhe caberia.

É de se assinalar, finalmente, que CIRNE LIMA reconhece expressamente: “Denota, não obstante, o estabelecimento público um tipo de personalidade, aproximado do da fundação” (103).

Na realidade, o *estabelecimento público* é a *fundação* de direito público (104).

4.4.5.4. Há outros que são, em princípio, contrários à identificação da estrutura fundacional nas autarquias, embora também reconheçam semelhanças entre as fundações e estas. Diz THEMISTOCLES CAVALCANTI (105): “Não há necessidade, portanto, a nosso ver, de recorrer à figura da fundação para explicar a natureza jurídica das autarquias, embora nelas se encontrem numerosos elementos que, em doutrina, servem de traço característico às fundações, notadamente a inexistência de associados e a determinação de seu fim pelo instituidor...”

4.4.5.5. É de se assinalar que, dada a inegável índole fundacional de certas autarquias, estas ostentam, em seu nome, o termo *Fundação*, o que evidencia sua natureza estrutural.

(103) *Ob. cit.*, loc. cit.

(104) A citação que faz CIRNE LIMA dos arts. 22 e 30 do Código Civil, para demonstrar que “no nosso direito positivo não se confundem estabelecimento público e fundação”, nada evidencia neste sentido. Como sustenta SEABRA FAGUNDES (*Rev. Dir. Adm.*, n.º 78, págs. 8 e 9), “não nos parece... que os elaboradores do Código, ao usar das locuções *estabelecimentos públicos* e *instituições públicas*, tivessem tido em vista entidades juridicamente autônomas, isto é, personizadas e destacadas da administração central...” Cp. LACERDA DE ALMEIDA, *Das Pessoas Jurídicas*, pág. 67.

(105) *Tratado*, vol. II, pág. 136.

É o caso da *Fundação Leão XIII*, do Estado da Guanabara, e da extinta *Fundação Serviço Social Rural* (106).

4.4.5.6. Como *autarquias de estrutura corporativa* podem ser apontadas as *ordens profissionais*, como a Ordem dos Advogados do Brasil (107), Conselhos Federais e Regionais de Medicina (108), de Química (109), de Odontologia (110), dos Corretores de Imóveis (111), de Farmácia (112) e outras (113).

(106) Para a primeira, v. Decreto fed. n.º 22.498, de 22-1-47; Decr. mun. n.º 8.797, de 8-2-47; art. 1.º do Decreto est. N n.º 25, de 15-7-63; Portaria "E CFL", n.º 18, de 19-11-69; para a segunda, Lei 2.613, de 29-9-58. V. nota n.º 191. Sôbre a Fundação Leão XIII, cf. voto do Ministro JOÃO LYRA FILHO, publicado em apêndice a seu trabalho *Regime de Contrôlo das Empresas Públicas*, págs. 135 e segs.

(107) Cp. Decreto n.º 19.408, de 18-11-30; Decreto n.º 22.478, de 20-2-33; Lei n.º 4.215, de 27-4-63. É bem verdade que o § 1.º do art. 139 dêste último diploma estabelece que "não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais". Mas êste dispositivo deve ser entendido, tendo-se em vista seus antecedentes, principalmente o problema relativo à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, segundo o entendimento de que, embora pessoa jurídica de direito público, serviço público federal, como não lidava com dinheiros públicos, não estaria sujeita àquela exigência, não se enquadrando entre as autarquias administrativas comuns. Cp., decisão do Tribunal de Contas, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 19, pág. 186; parecer de DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 20, págs. 340 e segs.; decisões do *Tribunal Federal de Recursos*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 29, págs. 124 e segs.; e n.º 33, págs. 222 e segs. Mais recentemente, surgiu a questão relativa à vinculação da Ordem ao Ministério do Trabalho, determinada pelo Decreto n.º 60.900, de 26-6-67 (art. 1.º, IX, 9), considerado "ilegal" e, conseqüentemente, "nulo, no particular" pelo Consultor-Geral da República, em parecer de 27-9-68, publ. no *D. Of.* da União, de 21-10-68, fls. 9.217/8. Diz: "Não há, pois, o que discutir: considere-se, ou não, a Ordem como autarquia, as disposições legais referentes a esta não se lhe aplicam... A discussão, portanto, a essa altura, se reveste, apenas, de interêsse acadêmico". Que a Ordem é uma autarquia parece-nos inegável: é serviço público com personalidade jurídica de direito público, exercendo relevante parcela do poder de polícia administrativo, a polícia das profissões, e enquadrando-se, com perfeição, no conceito contido no art. 4.º, I, do Decreto-lei n.º 200, de 1967. Ademais, as outras ordens profissionais são expressamente declaradas por lei como autarquias. E a discussão não tem sabor meramente teórico, dado o disposto no art. 70, § 5.º, da Const. Federal. É verdade que, como já vimos, no Direito Francês se distingue entre o estabelecimento público e as ordens profissionais como espécies de pessoas morais de direito público. Mas o termo *autarquia* no Direito Brasileiro, por força mesma do art. 4.º, I, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, abrange tôdas as pessoas de direito público que constituem serviços públicos, do ponto de vista orgânico. Cp. CRETELLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 11/2.

(108) Decreto-lei n.º 7.955, de 13-9-45; Lei n.º 3.268, de 30-9-57; e Decreto n.º 44.045, de 19-7-58.

(109) V. Lei n.º 2.800, de 18-6-56.

(110) V. Lei n.º 4.324, de 14-4-64.

(111) V. Lei n.º 4.116, de 27-8-62.

(112) V. Lei n.º 3.820, de 11-11-60.

(113) É interessante notar que tais autarquias assumem, outrossim, a forma federativa. Cf. art. 1.º da Lei n.º 4.215, de 1963.

A natureza de corporações públicas (114) evidencia-se pela criação e determinação estatal de sua constituição (115), pela compulsoriedade de filiação como pressuposto da legitimidade do exercício profissional; pela escolha dos dirigentes por seus membros (116); pela cobrança de contribuições parafiscais de seus membros, o que constitui, basicamente, sua fonte de recursos; pelo *ius imperii* que possuem, sob a forma de poder de polícia das profissões.

ANDRÉ BUTTGENBACH (116-A) assinala, com propriedade, a posição das *corporações profissionais* entre as *associações de direito público*, isto é, "organismos públicos personalizados que se constituíram segundo o *procedimento jurídico da associação* e não, pelo da fundação". Diz êle (116-B): "L'objectif poursuivi est essentiellement l'établissement de règles de déontologie professionnelle et d'organisation normale de la profession par des associations représentatives des intéressés mais ayant un caractère obligatoire et public. L'existence d'un patrimoine propre, uniquement destiné à couvrir des frais de fonctionnement, n'est reconnu dans ce cas que pour des raisons d'opportunité et n'a qu'un caractère secondaire et accessoire. Les divers ordres professionnelles en cause correspondent mieux à la notion d'*association de droit public*" qu'à celle d'établissement public".

4.4.5.7. Identificam-se, igualmente, como *corporações autárquicas* as chamadas *corporações de produção*, que, na defesa de interesses comuns, reúnem industriais e comerciantes de determinado produto. São exemplos o *Instituto Nacional do Mate*, o *Instituto Nacional do Pinho* (117).

4.4.5.8. É oportuno lembrar a opinião de FERRARA, acima focalizada, de que as corporações públicas seriam, na realidade, tipos mistos de *peçoas jurídicas*, ou seja, *corporações de tipo institucional*.

4.4.5.9. A descentralização administrativa que estamos focalizando é a *descentralização institucional, técnica, especial ou por serviços*. Há, porém, uma outra espécie, que é a *descentralização territorial* que, segundo BUTTGENBACH (118), "consiste à *confier à des autorités publiques régionales ou lo-*

(114) HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo*, pág. 302) esclarece que prefere "a expressão *autarquias profissionais* à usual *autarquias corporativas*, porque o sistema corporativo é incompatível com o nosso regime constitucional". Ora, o termo corporativo pode e deve no particular, ser empregado por oposição a *fundacional*.

(115) Cp. art. 20, da Lei n.º 4.116, de 1962; arts. 36 e 37, da Lei n.º 3.820, de 1960; art. 25 da Lei n.º 4.324, de 1964; art. 36 da Lei n.º 2.800, de 18-6-56; art. 12, do Decreto-lei n.º 7.955, de 1945.

(116) A Lei n.º 3.268, de 1957, determinou (art. 4.º, parágrafo único) que uma parte dos componentes do Conselho Federal seja escolhida pela Associação Médica Brasileira.

(116-A) *Manuel de Droit Administratif*, págs. 161 e 168 e segs.

(116-B) *Ob. cit.*, pág. 175.

(117) V., respectivamente, Decreto-lei n.º 375, de 13-4-38, e Decreto-lei número 3.124, de 19-3-41. Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza Jurídica*, pág. 369; CRETILLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 11/2.

(118) *Ob. cit.*, pág. 105.

cales, autonomes vis-à-vis du pouvoir central, la gestion de l'ensemble des intérêts régionaux et locaux, et à leur reconnaître le droit de créer à cet effet, les services publics qu'elles jugent nécessaires". Em função dela nascem *peçoas jurídicas públicas territoriais, corporações públicas* (118-A), assunto já versado acima. As *peçoas jurídicas* derivadas da descentralização territorial são também chamadas de *autarquias territoriais* (118-B), de que são exemplos as províncias, as regiões, as comunas (118-C). São, pois, diversas das *autarquias institucionais*, derivadas da descentralização por serviços.

Acentua LAUBADÈRE (119) que a *descentralização territorial* realiza "l'autonomie de la collectivité décentralisée dans le cadre d'une circonscription locale".

É sabida a importância, para as *peçoas territoriais*, do território, sobre o qual exerce uma diversidade de poderes e presta múltiplos serviços públicos. Ao contrário, as *peçoas administrativas institucionais* (120) são dominadas pelo já visto princípio da especialidade, em caráter estrito, sendo-lhe o território, tão somente, limite de competência (120-A e B).

A *descentralização regional*, como diz GABINO FRAGA (121), "consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial".

Na *administração territorial*, os órgãos cuja competência se estende a todo o território considerado, compõem a *administração central*; aqueles cuja jurisdição é limitada a uma porção daquele, constituem a *administração local* (122).

A *descentralização territorial* é também chamada, por alguns, de *descentralização política* (123). Preferimos, todavia, empregar a expressão para

(118-A) Cp. CRETILLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 10 e segs.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime*, páginas 386 e segs.; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, pág. 282.

(118-B) V. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale*, págs. 151 e segs.

(118-C) É interessante assinalar-se a experiência de descentralização regional sem outorga de personalidade jurídica, através das chamadas *regiões administrativas*, posta em prática pelo Estado da Guanabara (v. Decreto est. N.º 535, de 10-1-60; ofício-circular GGG n.º 105, de 7-2-66, do Governador do Estado, in *D. Of. GB*, de 10-2-66, fls. 1.895) e pelo Distrito Federal (v. arts. 3.º, I, a, e 9 a 11, da Lei n.º 4.545, de 10-12-64).

(119) *Traité*, págs. 96/97.

(120) O termo está relacionado com o tipo de descentralização, e não com o elemento estrutural, já que podem ter substrato corporativo ou fundacional.

(120-A) As *descentralizações administrativas por serviço e territorial* podem coexistir (mercê da criação de *peçoas administrativas institucionais* na administração central e nas locais), ou não. Cp. BUTTGENBACH, ob. cit., pág. 112.

(120-B) Nem sempre a competência *ratione loci* da autarquia institucional abrange todo o território da pessoa política que a criou: daí, poder falar-se em *peçoas administrativas não-territoriais regionais*. É o caso da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE (v. Lei n.º 3.692, de 15-12-59, art. 1.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º).

(121) *Derecho Administrativo*, pág. 208.

(122) Cp. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 378.

(123) Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, págs. 19 e 57 e segs.;

designar aquela descentralização que decorre da forma de Estado. Destarte, o *federalismo* opera a *descentralização política*, ou, mais exatamente, *político-jurídica* (124).

É claro que a *descentralização federal*, como apontam BUTTGENBACH (125) e LAUBADÈRE (126), difere, por sua própria natureza, da simples *descentralização administrativa territorial*, sendo muito mais ampla e profunda. Não se pode negar, porém, que, considerado o Estado Federal como um todo, a federação leva à *descentralização administrativa territorial* (127), sob a forma de *descentralização constitucional* (128).

4.4.5.10. No Brasil, encontramos a *descentralização política federativa e constitucional*, ao lado da *descentralização por serviços*.

Daí, existirem os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (129), tôdas *pessoas jurídicas de direito público de natureza corporativa*, ou, segundo FERRARA, *corporações de tipo institucional*.

Quanto aos Territórios, lavram, no entanto, grandes divergências.

Há os que chegam a negar-lhes personalidade jurídica (130), o que,

MÁRIO MASAGÃO, *Curso*, págs. 64 e segs. Sobre a noção equívoca de *descentralização política*, v. BUTTGENBACH, *Droit Administratif*, págs. 102/3.

(124) V. BUTTGENBACH, *ob. cit.*, págs. 103 e segs.

(125) *Ob. cit.*, págs. 104/5.

(126) *Traité*, págs. 95/6.

(127) Cumpre observar que a forma federativa pode repercutir na descentralização institucional de dois modos interessantes: há complexos de autarquias federais organizadas sob a forma federativa, como é o caso da OAB, conforme já acentuamos; outrossim, há complexos constituídos por uma autarquia federal e outras locais, para atenderem à mesma matéria, havendo delegação, muitas vezes, da primeira em relação às segundas, como é o caso do Instituto Nacional de Pesos e Medidas e dos mantidos pelos Governos estaduais (v. Decreto-lei n.º 240, de 28-2-67).

(128) Cp. BUTTGENBACH, *ob. cit.*, pág. 105. A descentralização administrativa territorial não decorrente da federação pode ser constitucional, se prevista na Carta Magna (cp. arts. 72 e segs. da Const. Francesa de 1958). A própria descentralização administrativa institucional pode ter sido consagrada pela Constituição. A Carta Federal Brasileira consagra a existência da *administração indireta em geral* (cf. art. 62) e, em especial, das *autarquias, emprêsas públicas e sociedades de economia mista* (cf. art. 99, § 2.º). A Const. da Guanabara alude a todos os órgãos personalizados da Administração Indireta, inclusive às *fundações instituídas* pelo Poder Público, aos quais compete, juntamente com a Administração Direta, a prestação dos serviços públicos essenciais (art. 73, § 1.º).

(129) Art. 1.º e respectivo § 3.º da Const. Federal.

(130) Cp. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo*, pág. 380, n.º 134: "Os Territórios carecem de personalidade jurídica, pois se caracterizam como simples unidades administrativas, por distribuição geográfica da competência da União". No mesmo sentido, ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário*, pág. 72. V. tb. pareceres de CARLOS MEDEIROS SILVA, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 12, págs. 400 e segs.; LEOPOLDO T. DA CUNHA MELO, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 12, págs. 394 e segs. Alguns estudiosos do Código Civil, basicamente, em época na qual apenas existia o *Território do Acre*, eram contrários à sua personalidade jurídica (Cf. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, pág. 73; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil*, 1.º vol., pág. 56; CLÓVIS, *Código Civil*, vol. 1.º, pág. 171). É de se considerar, todavia, que a Constituição de 1891, tal como a do Império, era omissa quanto aos Ter-

diante do direito positivo é insustentável (131), sendo certo que se constituem de Municípios, pessoas jurídicas de direito público interno.

Os Territórios são, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, corporações públicas territoriais, produto da descentralização político-jurídica federativa, e não da simples *descentralização administrativa*. Opinamos, portanto, em que não são simples *autarquias territoriais*, mas *pessoas políticas*, componentes da Federação Brasileira, “constituída”, como diz o art. 1.º da Constituição Federal, “pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (132).

4.5. A *descentralização por serviços* não se limita, porém, à criação de pessoas administrativas autárquicas, de direito público.

A Administração Indireta enriquece-se, também, pela instituição, pelo Estado, de pessoas administrativas de direito privado, mercê do emprêgo de institutos de direito civil e de direito comercial, de estrutura corporativa ou fundacional.

ritórios. A “questão Acre” foi que determinou a compra, pelo Brasil, à Bolívia, dêste território, através do Tratado de Petrópolis, de 17-11-1903 (Cf. PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, págs. 117/119).

(131) Cp. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. I, pág. 293. V. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 64/66.

(132) A natureza política dos Territórios deflui, ainda, dos arts. 3.º (equiparação entre criação de Estados e de Territórios, o que depende de lei complementar); 17 e §§ 2.º e 3.º (os Territórios têm organização administrativa e judiciária; seu Governador é nomeado pelo Presidente da República, tal como o do Distrito Federal, cabendo àquele a nomeação dos Prefeitos Municipais); e 39, § 3.º (“excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por um deputado”, o que lhes dá representação política no Congresso, não obstante não terem representantes no Senado, o que ocorre, aliás, no regime da atual Carta, também com o Distrito Federal); art. 41 e § 1.º; cf. art. 60 e §§ 1.º e 3.º. Distinguem-se, pois, das simples *autarquias territoriais*. Diz HELY (*Direito Administrativo*, pág. 282, nota 24) que as Regiões, as Províncias e as Comunas italianas não têm “simile perfeito no Direito público brasileiro, porque o Brasil é uma República Federativa e a Itália é uma República Regional”. É bem verdade que o Decreto-lei n.º 411, de 8-1-69, ao tratar da organização dos Territórios, procurou dar-lhes a feição de simples *autarquias territoriais*. Assim estabelece em seu art. 3.º: “Os Territórios são unidades descentralizadas da Administração Federal, com autonomia administrativa e financeira, equiparados para os efeitos legais, aos órgãos da administração indireta”. E no art. 4.º: “Os Territórios são vinculados ao Ministério do Interior, para os efeitos da supervisão ministerial estatuida no Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e nas demais leis e regulamentos pertinentes”. No sentido da identificação dos Territórios com as autarquias territoriais, v. CRETELLA JÚNIOR (*Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 10/1): “Apenas nossos territórios federais se ajustam à idéia das *autarquias territoriais* do direito italiano, enquadrando-se entre as entidades cuja natureza jurídica é a de pessoa jurídica corporativa”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e Regime Jurídico*, págs. 399 e segs.) sustenta que “os Territórios brasileiros — Amapá, Roraima, Rondônia e Fernando de Noronha — ajustam-se, perfeitamente, ao conceito que se deu de autarquia territorial: são pessoas públicas corporativas cujos membros se definem por um critério territorial e têm capacidade exclusivamente administrativa”.

Surgem, destarte, as *entidades paraestatais*, isto é, pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, para comporem a Administração Indireta.

4.5.1. O legislador brasileiro tem empregado, de modo promiscuo, a expressão *entidades paraestatais*, ora usando-a alternativamente com relação às autarquias (133), ora englobando-as (134).

Somos de opinião de que, na última hipótese, a expressão é utilizada em sentido lato e impróprio, a incluir tôdas as pessoas da Administração Indireta, sejam de direito público, sejam de direito privado. No primeiro caso, de forma própria, circunscreve-se o conceito a estas últimas, por oposição às autarquias, de direito público.

Paraestatal ou *parestatal* (135), vocábulo de composição híbrida (prefixo grego *para*, indicando *proximidade*, e *estatal*, de Estado, do latim *statu*), abrange, quando aplicado a entidades, tôdas aquelas que estão próximas das *estatais*.

Como diz FERRARA, "pubblico vuol dire *statale*" (136): assim, *estatais* são os órgãos da Administração Direta e as autarquias. *Paraestatais*, próximas dos anteriores — pois que igualmente criadas pelo Estado, também de natureza administrativa, a exercerem as atividades públicas de prestação de serviços públicos e de exercício do poder de polícia —, são as pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da Administração Indireta (137).

4.5.1.1. O conceito de entidades paraestatais opõe-se à chamada *noção orgânica de serviço público*, pois que não são organismos de direito público: corresponde ao que se denomina de *serviço público virtual*, ou, como prefere BUTTGENBACH, de *gestão privada dos serviços públicos*. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado que executam serviços públicos (138).

4.5.2. As entidades paraestatais, por serem instituídas pelo Poder Público, por participarem da organização administrativa, por exercerem função

(133) Cp. art. 40 da Lei Complementar ao Ato Adicional (Emenda n.º 4 à Const. de 46).

(134) Cp. art. 327 do Código Penal.

(135) Cf. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 11.ª ed., Rio. O *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, de CALDAS AULETE, atualizado por HAMILCAR DE GARCIA, só registra *paraestatal*.

(136) *Le Persone*, pág. 115.

(137) V. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, págs. 281, 283, 295 e segs.; COTRIM NETO, *Direito Administrativo da Autarquia*, págs. 55/7; *Conceito Jurídico de Entidade "Paraestatal"*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 83, págs. 32 e segs.; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, pág. 82; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, págs. 105 e segs.; OSCAR SARAIVA, *Estudos*, pág. 34 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 300, sustenta que a *paraestatalidade*, ao lado da *autonomia*, é elemento essencial às *autarquias*. Curiosa é a conceituação constante do glossário elaborado pela Secretaria de Saúde da Guanabara e constante do Decreto est. E n.º 3.182, de 17-9-69. Para o direito italiano, v. FERRARA, *Le Persone*, págs. 116 e 128; ALESSI, *Sistema*, págs. 55/6.

(138) *Ob. cit.*, págs. 54/5.

administrativa, são pessoas jurídicas sujeitas a *regime misto*, parcialmente de direito privado — civil ou comercial —, parcialmente de direito público (139), sem que, com isto, se desnaturem.

São pessoas jurídicas de direito privado, por êste regidas em seus aspectos elementares básicos estruturais, que lhe conferem a própria natureza.

Mas são elas criaturas do Estado, formas de realização da atividade administrativa, o que implica a disciplina de alguns de seus aspectos pelo direito público: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro.

4.5.3. A Administração Indireta compreende como pessoas jurídicas de direito privado, as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista* (140) e as *fundações privadas instituídas pelo Poder Público*. Há, portanto, entidades de caráter *corporativo* e de estrutura *fundacional*.

4.5.3.1. O Decreto-lei n.º 900, de 1969, em seu art. 1.º, dando nova redação ao art. 5.º, II, do de n.º 200, de 1967, e em seu art. 5.º, fornece o conceito de *empresa pública* na área federal: “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei (140-A) para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa (141), podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”; “desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública..., a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (142).

No Estado da Guanabara, as já mencionadas Leis n.ºs 263, de 1962 (art. 4.º, II, *b*), e 1.193, de 1966 (art. 4.º, II, *a*, 4*) incluíram as *empresas públicas* como órgãos personalizados da Administração Descentralizada ou Indireta. A Carta Estadual (art. 73, § 1.º) coloca-as entre as entidades a que podem ser confiados serviços públicos essenciais (142-A). O recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, ratificando sua colocação na Administração Indireta, dá-lhes conceituação calcada nos Decretos-leis n.º 200, de 1967, e 900, de 1969: *empresa pública*, no âmbito da Guanabara, é “a entidade dotada de personalidade jurídica e de direito privado, com patrimônio próprio e capital

(139) Cp. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, Rev. For., n.º 205, págs. 417 e segs., espec., págs. 417 e 419.

(140) As duas primeiras espécies são chamadas de *empresas estatais*, *empresas paraestatais*, *sociedades* ou *empresas comerciais do Estado*.

(140-A) V. n.º 6 e respectivos subitens, a seguir.

(141) Cp. art. 170, e seus parágrafos, da Const. Federal.

(142) O dispositivo quer referir-se às pessoas jurídico-políticas territoriais, além da União, e às entidades da Administração Indireta federais e locais. A redação do artigo é imperfeita, pois que abrange duplamente às autarquias como pessoas jurídicas de direito público interno e como entidades da Administração Indireta.

(142-A) A Const. de 1961 (art. 45, § 3.º) não aludia às empresas públicas.

(*) Agora, art. 4.º, II, 2 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

exclusivo do Estado ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 1.º, II, b).

Com relação ao Distrito Federal, a Lei n.º 4.545, de 1964, dispôs sobre as empresas públicas, em seu art. 3.º, II.

Empresa, no clássico conceito de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (143), "é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta de *empresário*, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade". É "a organização dos vários elementos pessoais e reais, materiais ou imateriais para o exercício permanente de uma atividade lucrativa" (144).

A *empresa pública* é a de *capital somente público*, tomada a expressão no sentido lato, a abranger as participações das pessoas políticas e administrativas na constituição de seu capital. Delas não participa o capital particular.

Ao contrário do que ocorria, anteriormente, em que assumiam sempre a forma de sociedade comercial por ações (145), mesmo quando se tratava de um único participante (146), a *sociedade unipessoal*, os Decretos-leis n.º 200, de 1967, e 900, de 1969, e o Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, admitiram que elas assumissem qualquer das modalidades admitidas em Direito (147 e 148).

(143) *Tratado*, vol. I, pág. 482.

(144) Cp. THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *Manual*, 1.º vol., pág. 54, citando JOSÉ FERREIRA DE SOUZA. V. ADAMASTOR LIMA, *Introdução ao Direito Comercial*, págs. 167 e segs. Do ponto de vista econômico, v. RAYMOND BARRE, *Economie Politique*, 1.º Tomo, págs. 360 e segs. V. MARIO CASANOVA, *Le Imprese Commerciali*, págs. 98 e segs., e 120 e segs., que trata da *empresa civil*; WALDEMAR ARCHA, *La Empresa Comercial*, págs. 262 e segs., que cuida do problema da personalidade jurídica da empresa individual. V. CARVALHO SANTOS (verbete *Empresa*, in *Repertório Enc.*, vol. 20, pág. 101): o conceito de *empresa* é econômico e não, jurídico.

(145) Cp. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais*, *Rev. For.* n.º 205, pág. 417.

(146) Cp. Lei n.º 3.890-A, de 25-4-61 (art. 7.º), que instituiu a Eletrobrás. V. WALDEMAR FERREIRA, *Tratado*, vol. 4, pág. 48. V. art. 38, § 1.º, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-10-40.

(147) Exemplo recente e interessante da nova orientação é a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos* (ECT), em que foi transformado o Departamento dos Correios e Telégrafos. De instituição unilateral, através do Decreto-lei n.º 509, de 20-3-69, esta empresa pública não é sociedade por ações, tendo sido o seu capital inicial integralmente constituído pela União (art. 6.º). Poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas político-territoriais, bem como entidades integrantes da Administração Federal Indireta (§ 4.º do art. 6.º). Presta contas ao Tribunal de Contas (art. 20). O Estatuto Provisório da ECT foi aprovado pelo Decreto n.º 64.676, de 10-6-69 (sobre *capital* e *patrimônio* da ECT, arts. 5.º e 6.º). V. Decreto-lei n.º 759, de 12-8-69, sobre a empresa pública Caixa Econômica Federal — CEF. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 6, págs. 1 e 414; e 79, pág. 1; *Rev. For.*, ns. 152, pág. 510; e 146, pág. 9.

(148) A atividade econômica do Estado pode estar entregue a um órgão da Administração Direta, a uma autarquia econômica, que é uma empresa de

4.5.3.2. O art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, deu novo conceito à *sociedade de economia mista*, alterando a redação do inciso III do art. 5.º do Decreto-lei n.º 200, de 1967. *Sociedade de economia mista* é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei (149) para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima (150), cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (151). O § 1.º do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 200, dispõe, por seu turno, que “quando a atividade fôr submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente”.

Cabe observar que a Constituição do Estado da Guanabara, em seu art. 73, § 1.º, conceitua como sociedade de economia mista, capaz de gerir serviços públicos essenciais, aquela “em que o Estado, por si ou em associação com outros Estados ou com a União, tenha 51% das ações (152) com direito a voto, no mínimo, e cujos demais acionistas, inclusive os detentores de ações preferenciais, sejam brasileiros ou estrangeiros radicados no País, ou pessoas jurídicas constituídas exclusivamente por sócios ou acionistas que satisfaçam a estas condições” (153 e 154).

O art. 1.º, II, c, do recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, preferiu limitar-se, no entanto, a adaptar o modelo federal, ao conceituar a *sociedade de economia mista* como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Estado ou a entidade de Administração Indireta, ressalvado o caso de atividade submetida a regime de monopólio, quando a maioria acionária caberá apenas ao Estado, em caráter permanente” (154-A).

A Lei estadual n.º 1.193, de 1966, em seu art. 4.º, II, a, 3*, inscreveu as *sociedades de economia mista* entre os órgãos personalizados da Administração Indireta, sendo certo que a Lei estadual n.º 263, de 1962 (art. 4.º, II, b) e a Lei federal n.º 4.545, de 1964 (sobre a Administração do Distrito Federal, art. 3.º, II) aludem, apenas, a *empresas instituídas por ato do Poder Público*, a abranger as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.

Distinguem-se as *sociedades de economia mista*, criadas pelo Poder Pú-

direito público, ou a uma empresa de direito privado, de tipo societário ou não. V. CAIO, *ob. cit.*, pág. 417; CASANOVA, *ob. cit.*, págs. 164 e segs.

(149) V. n.º 6 e respectivos subitens, a seguir.

(150) Exige-se, pois, a forma de sociedade por ações.

(151) Deve entender-se “da Administração Indireta Federal”.

(152) V. nota n.º 150.

(153) Os grifos são nossos. Cp. art. 45, § 3.º, da Carta de 1961.

(154) É interessante o disposto no art. 95 da Carta Estadual, que dispõe: “A lei poderá autorizar a participação de um representante dos empregados e um da oposição, na gestão das sociedades de economia mista, salvo naquelas que estiverem sujeitas, por lei federal, à fiscalização e controle das autoridades monetárias federais”. Acrescenta o parágrafo único: “A participação, a que se refere este artigo, será regulada nos Estatutos das referidas sociedades de economia mista”.

(154-A) V. arts. 2.º e 3.º do mesmo Decreto-lei n.º 383, de 1970.

(*) Agora, art. 4.º, II, 3 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

blico, componentes da Administração Indireta, das chamadas *participações financeiras* ou *acionárias do Estado em empresas privadas*, sem que se opere a transmutação destas naquele tipo societário (155).

4.5.3.3. O Poder Público, dentro da *descentralização técnica*, institui *fundações de direito privado*.

O Decreto-lei n.º 200, de 1967, no § 2.º do seu art. 4.º, estatuiu: "Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades". Tal assemelhação, que não era feliz, dadas as diferenças estruturais e teleológicas entre os dois institutos, servia, porém, para bem caracterizar a colocação de tais fundações na Administração Indireta. Veremos, mais adiante, que o Decreto-lei n.º 900, de 1969, alterou, radicalmente a situação.

No Estado da Guanabara, as Leis ns. 263, de 1962 (art. 4.º, II, b) e 1.193, de 1966 (art. 4.º, II, a, 2), e, no Distrito Federal, a Lei n.º 4.545, de 1964 (art. 3.º, II), colocaram as *fundações instituídas pelo Poder Público* entre as entidades personificadas da Administração Descentralizada. O Decreto-lei n.º 383, de 27-5-70, ao tratar das entidades da Administração Indireta do Estado da Guanabara, não aludiu às *fundações*.

A própria Carta Magna carioca alude, porém, às *fundações*, no § 1.º do seu art. 73, capacitando-as a prestar serviços públicos locais essenciais (156).

Este tipo de entidade, forma de descentralização e de realização da atividade administrativa, é que constitui o objeto central do presente estudo e cujos aspectos principais serão pormenorizadamente analisados.

4.5.3.4. MARCELLO CAETANO (157), ao tratar dos modos de gestão dos serviços públicos, classifica como *gestão indireta* ou *por concessão* a que se entrega a empresas *singulares* ou a *sociedades*, que podem ser de *economia pública* (cujo capital pertence, apenas, a pessoas de direito público), de *economia privada* (as particulares, ainda que com participação acionária pública) e as *sociedades de economia mista*.

Não está longe deste entendimento HELY LOPES MEIRELLES (158), quando coloca as *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e o que chama de *fundações culturais* (159) (*tôdas entidades paraestatais*) na administração *indireta*, que exerceria atividades administrativas por *delegação*, o mesmo ocorrendo com os serviços sociais *autônomos* (159-A), e com os particulares *concessionários* e *permissionários de serviços públicos* (160). Ao contrário, a administração *direta*, incluiria as *autarquias*, como forma *descentralizada*, já que

(155) V. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais*, *Rev. For.*, n.º 205, pág. 417. *V. Rev. Dir. Procd.-Geral Gb.*, n.º 12, págs. 81 e segs.

(156) A Const. de 1961, quanto à prestação de serviços públicos essenciais, falava em *administração direta*, *organismos autárquicos*, *paraestatais* e *sociedades de economia mista*.

(157) *Manual*, págs. 546/7.

(158) *Direito Administrativo*, págs. 280/2; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, págs. 18/9.

(159) *Direito Administrativo*, pág. 311.

(159-A) *Direito Administrativo*, pág. 309.

(160) *Direito Administrativo*, págs. 315 e 331.

são prolongamento do Poder Público, não recebendo atribuições estatais por delegação, mas *por via institucional*, a executar os serviços públicos *in nomine proprio* (161).

Aliás, como já vimos (162), CAETANO (163) também considera a *administração autárquica* como forma de gestão direta, embora *personificada*.

Divergimos de tal orientação que, no direito brasileiro, tem contra si normas expressas, como já foi visto.

Não vemos que haja *institucionalização* com relação à *autarquia e delegação a emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações*: em tôdas as hipóteses, há recebimento de atribuições estatais por via institucional. Tanto assim que se fala em *descentralização institucional* em tôdas essas hipóteses (163-A). Na *concessão*, isto sim, há *delegação* (164).

É de se observar que as *Leis estaduais cariocas* ns. 263, de 24-12-62 (art. 4.º) e 1.193, de 20-12-66 (art. 4.º, II *), usam, respectivamente, de maneira promiscua, as expressões *administração descentralizada e administração indireta* para abranger os fenômenos de *desconcentração (sem personalidade jurídica)* e *descentralização institucional (com personalidade jurídica)*.

4.6. O fenômeno da *descentralização administrativa* admite ainda, duas modalidades: a *descentralização por colaboração* e a *descentralização em regime de cooperação* (165).

Ocorre a primeira, quando aos entes privados particulares delega o Estado o exercício de encargos públicos. É o caso, por exemplo, dos concessionários de serviços públicos, dos empreiteiros de obras públicas, das câmaras de comércio, dos estabelecimentos particulares de ensino, de *fundações particulares*, as quais, dêste modo, participam da descentralização administrativa (165-A). SEABRA (166) cita o exemplo da *Fundação Rockefeller*, chamada, por vêzes, a realizar a profilaxia da febre amarela e da malária (167).

(161) *Direito Administrativo*, pág. 280. V. nota n.º 89-C.

(162) V. nota 89-C.

(163) *Ob. cit.*, loc. cit.

(163-A) Cp. BUTTGENBACH, *Manuel*, pág. 112. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º II, página 846.

(164) OSCAR SARAIVA (*Estudos*, págs. 31 e segs.) alude a *administração delegada*, distinguindo-a da *concessão de serviços públicos*, e colocando as *sociedades de economia mista* em posição intermediária. Nas págs. 72/4, situa-as, porém, como uma das *novas formas de delegação administrativa do Estado*.

(165) Cp. SEABRA FAGUNDES, *Contrôle*, pág. 41, nota 4; verbete *Administração*, in *Rep. Encicl. do Direito Brasileiro*; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, págs. 231 e segs.; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Curso*, pags. 347/8; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 118 e segs.; HELY, *ob. cit.*, páginas 309/11. A nomenclatura descentralização por colaboração é empregada, como vimos, também como sinônima de *descentralização funcional* (cf. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *ob. cit.*, loc. cit., págs. 19 e 67 e segs.). MÁRIO MASAGÃO (*Curso*, pág. 72 e segs.) identifica, na *descentralização por colaboração*, a *delegação*, a *concessão* e a *instituição de autarquias*.

(165-A) SEABRA, *Contrôle*, pág. 41.

(166) *Contrôle*, págs. 41 e 43/4.

(167) Existem as sociedades, associações e fundações constituídas no País, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade e que, na

(*) Redação original (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

A *descentralização em regime de cooperação* verifica-se, quando o Estado e particular se unem para a consecução comum de certos objetivos (167-A).

THEMISTOCLES CAVALCANTI (168) expõe: "Algumas entidades existem que escapam à estrutura geral dos órgãos administrativos. São organizações privadas, mas criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas e a que se atribuem finalidades mais próximas dos serviços públicos, do que mesmo privadas e lucrativos. Não se confundem com o serviço público quanto à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, mas dêle se aproximam quanto aos objetivos e finalidades... Vivem, essas entidades, dentro da zona cinzenta que sofre a influência do direito administrativo, embora privadas, por natureza, origem e estrutura jurídica".

Com propriedade, THEMISTOCLES cita (169), como *entes de cooperação*, "os serviços criados pelas Confederações da Indústria e do Comércio, para o ensino e assistência social — Serviço Nacional do Comércio — Serviço Nacional da Indústria — Serviço Social do Comércio — Serviço Social da Indústria" (170).

forma da legislação em vigor, podem ser declaradas de *utilidade pública* (art. 16 do Código Civil; Lei n.º 91, de 28-8-35, regulamentada pelo Decreto n.º 50.517, de 2-5-61; na Guanabara, v. Decreto n.º 2.837, de 6-9-1923, que define as obrigações a que ficam sujeitas as instituições, associações ou serviços considerados de utilidade pública). Para isto devem preencher certos requisitos, estando sujeitas, após a declaração (que não lhes confere qualquer favor, salvo o uso de distintivos próprios e a menção do título concedido) a determinadas obrigações, sob pena de cassação da declaração. Esta é feita, normalmente, por decreto executivo, mas leis têm também outorgado o título em questão. No direito francês, constituiu, sempre, ponto de debate a fixação da diferença entre os *estabecimentos públicos* e os *estabecimentos de utilidade pública*. LAUBADÈRE (*Traité*, págs. 172 e segs.) explica: "Les établissements d'utilité publique sont des groupements privés qui ne gèrent pas un service public mais une activité privée, auxquels cependant, en raison d'un certain intérêt qu'il représentent, a été octroyée la "reconnaissance d'utilité publique"... l'établissement d'utilité publique est soumis purement et simplement aux règles et au régime du droit privée". Dois critérios básicos têm prevalecido, na jurisprudência francesa, na fixação da citada distinção: o da *iniciativa da criação* (se dos poderes públicos, se dos particulares) e o das *prerrogativas ou privilégios de poder público*. A estes outros se têm juntado, sendo certo que, atualmente, a jurisprudência vem considerando relativo qualquer dos mencionados critérios, orientando-se no sentido de considerar, globalmente, os diferentes indícios, para fixar qual a intenção legislativa (LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 173). THEMISTOCLES CAVALCANTI afirma: "A distinção que fazem os autores franceses entre os "établissements publics" e os "établissements d'utilité publique", pode se fazer, também, entre nós, na diferenciação das autarquias ou entes autônomos, a quem o Estado atribui personalidade jurídica, mas que vivem sob a sua direção, com as associações de utilidade pública. A diferença entre elas é tão grande, que a dificuldade consiste em encontrar traços de semelhança" (*Tratado*, vol. II, pág. 144).

(167-A) SEABRA, *Contrôle*, pág. 41.

(168) *Curso*, pág. 347. V. tb. pág. 219.

(169) *Ob. cit.*, págs. 347/8. SEABRA (*ob. cit.*, pág. 41) inclui, nesta categoria, as *sociedades de economia mista*, que, como já sustentamos, se enquadram na *descentralização institucional*.

(170) Sobre o SESC, v. Decreto-lei n.º 9.853, de 13-9-46; Decreto n.º 60.344, de 9-3-67; e Decreto n.º 61.836, de 5-12-67. Sobre o SESI, v. Decreto-lei n.º 9.403, de 25-6-46; Decreto n.º 57.375, de 2-12-65; Decreto n.º 58.512, de 26-5-66; De-

A estas entidades podemos acrescentar a *Legião Brasileira de Assistência*, quando era associação civil (171), e a *Cruz Vermelha Brasileira* (172).

São órgãos que tiveram sua organização regulada por lei, estatutos aprovados por decreto; fiscalização por parte do Poder Público; nêles há participação necessária dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas na sua instituição, manutenção, gestão e funcionamento; têm personalidade jurídica de direito privado; podem ser subvencionadas pelo Estado, arrecadando, muitas vezes, em seu favor, contribuições parafiscais (173).

4.7. Já assinalamos que o Decreto-lei n.º 200, de 1967, ao equiparar em seu art. 4.º, § 2.º, as *fundações privadas instituídas pela União às empresas públicas*, evidenciava a sua colocação entre as entidades paraestatais da Administração Indireta Federal, segundo, aliás, o entendimento dominante (174) e à semelhança do que, como vimos no n.º 4.5.3.3., fizeram Estados-membros e o próprio legislador nacional, no que tange à organização da Prefeitura do Distrito Federal.

Radicais modificações foram, porém, introduzidas no regime jurídico das fundações privadas instituídas pelo Poder Público Federal, pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969.

Tendo revogado a assemelhação de tais fundações às empresas públicas (art. 8.º), assim determinou o citado diploma legal, em seus arts. 2.º e 3.º: “Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições: a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação; b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalente a, no mínimo, um terço do total; c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgãos da Administração Federal, direta ou indireta; d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (art. 24 e seguintes do Código Civil)”; “não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a

creto n.º 61.779, de 24-11-67. Sobre o SENAC, v. Decreto-lei n.º 8.621, de 10-1-46; Decreto n.º 60.343, de 9-3-67; Decreto n.º 61.843, de 15-12-67. Sobre o SENAI, v. Decreto-lei n.º 4.048, de 22-1-42; Decreto n.º 494, de 10-1-62; HELY (*Direito Administrativo*, págs. 301 e 309/11; e *Rev. Dir. Adm.*, 68, págs. 17 e segs.) coloca, como já vimos, o que chama de *serviços sociais autônomos* entre as *entidades paraestatais*.

(171) Sobre a LBA, v. Decreto-lei n.º 4.830, de 15-10-42. Cf. parecer da Comissão de Acumulação de Cargos do DASP, in *D. Of. da União*, de 21-8-68, fls. 7. 434.

(172) Sobre a *Cruz Vermelha Brasileira*, v. Lei n.º 2.380, de 31-12-1910; Decretos ns. 9.620, de 13-6-1912; 23.482, de 21-11-33 e 65.543, de 21-10-69.

(173) THEMISTOCLES também indica como entes de cooperação as *Empresas incorporadas ao Patrimônio Nacional*, hoje *Superintendência V.*, a propósito, CAIO TÁCITO, *Arqs. do Min. da Justiça*, n.º 67, pág. 17; *Rev. Dir. Adm.*, n.º II, pág. 651. V. verbete correspondente no *Repertório Enciclopédico*.

(174) Cp. CAIO TÁCITO, *Fundações do Estado*, *Rev. For.* n.º 205, pág. 419.

supervisão ministerial, de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

O Decreto-lei n.º 900, de 1969, introduziu, pois, um duplo regime no que concerne às fundações de direito privado instituídas pela União.

O primeiro, contido no art. 3.º, abrange tôdas as fundações privadas federais, quer de criação anterior, quer de instituição posterior à vigência do citado diploma legal: tais fundações não integram a Administração Indireta da União (174-A), não estando, conseqüentemente, inclusive, sujeitas à *tutela administrativa*, salvo, limitadamente (arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 1967), quando se tratar de entidades que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento federal (175).

O segundo regime, consubstanciado nas disposições do art. 2.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, diz respeito às novas fundações a serem instituídas com base em lei federal, e que têm de obedecer aos requisitos estabelecidos pela citada norma.

Na nova situação, as fundações de direito privado instituídas pela União passaram a enquadrar-se na categoria, focalizada no número anterior, dos *entes de cooperação*, ou seja, passaram a integrar a descentralização em regime de cooperação (176).

4.7.1. O art. 1.º do *Ato Institucional* n.º 8, de 2-4-69 (177), assim dispôs: “Fica atribuída ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes, competência para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa,

(174-A) Cf. Decreto n.º 66.296, de 3-3-70 (estabeleceu a estruturação básica do Ministério da Educação e Cultura) distingue, nitidamente, entre *órgãos da Administração Indireta* (art. 4.º) e *fundações vinculadas do M.E.C. que receberam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União*, na forma do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69 (art. 5.º).

(175) É claro que a nova situação não subtrai as fundações paraestatais federais à incidência de normas jurídicas que, expressamente, a elas se referem, como é o caso da Lei n.º 4.717, de 29-6-65 (art. 1.º e respectivo § 2.º), sobre a *ação popular*, instituto que se aplica, inclusive, a entidades particulares.

(176) Em seu *Curso* (págs. 347/8), THEMISTOCLES CAVALCANTI já situava as fundações privadas instituídas pelo Poder Público entre os gestores de *serviços executados por cooperação*. Conforme sustentamos, todavia, no texto, antes do Decreto-lei n.º 900, de 1969, elas se enquadravam na *descentralização institucional*, integrantes que eram da Administração Indireta, da qual foram por aquêles excluídas. Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 109 e segs. No Estado da Guanabara, fundação que sempre ostentou situação análoga à de órgão de cooperação é a *Fundação Garantia do Atleta Profissional* — FUGAP (cf Decreto N n.º 107, de 9-12-63; N n.º 127, de 6-1-64), *instituída sob o patrocínio do Governo do Estado da Guanabara*, e que administra um fundo de garantia constituído, principalmente, por contribuição que faz parte integrante e complementar do prego dos ingressos nos estádios da ADEG (Cf. art. 2.º, III, b e c do Decreto-lei n.º 33, de 13-6-69). É curioso observar que a LBA que, como vimos, era originariamente, sob a forma corporativa, *ente de cooperação*, passou, pelo Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69, a *fundação paraestatal*, integrante, portanto, da Administração Indireta. Em função do disposto no Decreto-lei n.º 900, de 1969, voltou à condição primitiva, sob a forma fundacional.

(177) V. art. 182 da Const. Federal.

observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal" (178).

É certo, porém, que, no Estado da Guanabara, por exemplo, a exclusão, efetivada na área federal, das fundações privadas instituídas pelo Poder Público, da Administração Indireta, não se deu: não só as já criadas, como as que têm sido recentemente instituídas, têm-se integrado na Administração Indireta (179).

O *Código de Administração Financeira* do Estado, aprovado pelo Decreto-lei n.º 128, de 18-8-69, e que, pelo disposto no Decreto-lei n.º 205, de 29-10-69, entrará em vigor em 1.º-1-71, declara, taxativamente, em seu art. 242: "Integram a Administração Indireta as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações".

O recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, como já indicamos, ao cuidar das entidades da Administração Indireta da Guanabara, não alude às fundações instituídas pelo Poder Público. Cumpre observar, todavia, que o art. 1.º esclarece que, dos Decretos-leis ns. 200, de 1967, e 900, de 1969, são adotados os princípios a que se refere. Outrossim, o n.º II do mesmo art. 1.º diz que "*dentre* as entidades da Administração Indireta" conceituará a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista*.

(*Continua no próximo número*)

(178) Cp. Ato Complementar n.º 46, de 7-2-69.

(179) Cp. Decreto-lei est. n.º 308, de 27-2-70, e Decreto est. E n.º 3.861, de 14-5-70, sobre a estrutura da Secretaria de Serviços Públicos, e art. 1.º, II, n.º 14, e art. 15 (Fundações dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara). Cf. tb. Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 e Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (Fundações Para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara — FUNDEPEG).

(*) A questão veio a ter, posteriormente, solução com o Decreto-lei est. n.º 434/70 (arts. 2.º e 3.º).