

PARECER.

A Universidade de São Paulo É Uma Autarquia de Base Fundacional e Como Tal Deve Ser Mantida.

Oscar Barreto Filho

Livre Docente de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. A comissão de reestruturação da Universidade de São Paulo aprovou, dentre outras diretrizes, a idéia de que a Universidade deve ser uma fundação.

A questão da natureza jurídica da Universidade coloca-se como fundamental, pois da solução assentada defluirão necessariamente numerosos corolários, atinentes ao regime dos servidores, atribuição de competência, aplicação de recursos públicos, tutela administrativa, etc.

Para melhor compreensão da matéria, no entanto, torna-se preciso fixar o conceito do instituto jurídico da “fundação”, e distinguir as duas espécies básicas — a *fundação privada*, tradicionalmente regulada pelo direito civil, e a *fundação pública*, nova categoria estruturada em consonância com as normas do direito administrativo.

A fundação como instituto de Direito Privado.

2. O Código Civil brasileiro, a exemplo do legislador germânico, no art. 16 incluiu as fundações, ao lado das associações e sociedades, entre as pessoas jurídicas de direito privado.

Na definição de CLOVIS BEVILAQUA, fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade, ou ainda, um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado (*Código Civil Comentado*, v. I, p. 238).

Em outras palavras, fundação é um patrimônio destinado a um fim determinado, e ao qual a lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade, ou seja, capacidade para ter a titularidade de direitos. Três, portanto, são as notas conceituais da fundação, a saber, “universalidade de bens” (ou patrimônio), “personalização” e “finalidade”. *Patrimônio personalizado dirigido a um fim* — aqui está o conceito da fundação.

Verifica-se, pelo exame do art. 24 do Código Civil, que os elementos *patrimônio* e *fim* constituem o substrato de fato da fundação, à qual a lei empresta a personalidade jurídica, desde que registrados os estatutos na forma do art. 18 do diploma civil.

3. As fundações (*universitates bonorum* do antigo direito) apresentam-se, na lei civil, com caracteres distintivos bem nítidos.

Aponta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO os seguintes: os fins e interesses não são próprios, mas alheios, isto é, do fundador; os fins da fundação são perenes e imutáveis, limitando-se os administradores simplesmente a executá-los; o patrimônio é fornecido pelo instituidor, que tanto pode ser um particular como o Estado; os órgãos da fundação são servientes, pois as resoluções são delimitadas pelo instituidor (*Curso de Direito Civil*, Parte Geral, p. 122).

Em última análise, a fundação constitui forma de gestão privada de um patrimônio destinado a servir um objetivo previamente traçado pelo instituidor, de acordo com normas e limitações também prefixadas no ato de instituição.

Para prevenir eventuais desvios da finalidade ou abusos na administração, atribui a lei ao Ministério Público o encargo de velar pelas fundações (Código Civil, art. 26).

A fundação pública como espécie de autarquia.

4. O moderno direito administrativo, como os demais ramos da ciência jurídica, tem procurado atender às multiformes exigências decorrentes da crescente complexidade da vida social, mediante a criação de novos instrumentos e processos de atuação administrativa.

Em verdade, pode-se afirmar, com JEAN RIVERO, que os processos de poder público constituem derrogações do direito privado — derrogações para mais e derrogações para menos — explicáveis pelas necessidades do interesse geral e, às vêzes, pelas do serviço público (*Droit Administratif*, Dalloz, 1962, p. 33).

Premido pela necessidade de oferecer solução aos problemas emergentes, vê-se o Estado na contingência de adaptar os institutos e normas do direito privado à nova realidade social, imprimindo-lhes a marca da autoridade inerente aos processos de poder público.

Assim é que, a par dos clássicos sujeitos de direito administrativo, enumerados pelo art. 14 do Código Civil (União, Estados e Municípios), surgem no campo da Administração novas categorias de pessoas jurídicas de direito público interno — as autarquias.

5. As autarquias têm sua existência como pessoas jurídicas de direito público reconhecida pela Constituição Federal (art. 71, § 5.º) e Estadual (art. 88), quando as sujeitam às normas de fiscalização financeira e orçamentária.

A autarquia é um serviço público personificado, dotado de autonomia administrativa e financeira, com patri-

mônio, orçamento e agentes próprios. Constitui, em última análise, um processo técnico de descentralização de serviços, através do qual se procura imprimir maior flexibilidade à Administração. Como bem acentuou o professor FRANCISCO CAMPOS: “A autarquia é uma forma específica de capacidade de direito público” (*Pareceres*, 2.^a v., p. 224).

A mais recente doutrina administrativista admite que as autarquias constituem gênero, que comporta várias espécies, no tocante à estrutura que adotam. Assim, por exemplo CINO VITTA, ao tratar da classificação dos entes públicos, ensina que êstes, como os privados, podem se distinguir pela base *corporativa* ou pela base *fundacional*, devendo assim, ser reconhecida a existência de *corporações públicas* e de *fundações públicas*.

6. O tema, todavia, não é pacífico entre nós.

Para numerosa corrente de escritores, não é admissível possa a fundação ser de direito público; tal é a opinião de CARLOS MEDEIROS DA SILVA (*Rev. de Direito Administrativo*, v. 3, p. 438). Cita êste jurista, em abono de sua tese, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e TITO PRATES DA FONSECA.

Para HELY LOPES MEIRELLES, “a expressão fundação pública” contém em si uma *contradictio in terminis*, porque se é “fundação, está ínsita na instituição a sua natureza privada” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 312, nota). No mesmo sentido opinam ARMANDO GUIDA (*Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa*), 1950, p. 412/432; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (*Revista de Dir. Administr.*, v. 25, p. 392); A. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. de Dir. Admin.*, v. 2, fasc. II, p. 846).

De igual maneira, MARCELLO CAETANO considera a fundação como ente de direito privado (*Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., p. 126).

7. Partindo da afirmativa de que se deve ter em conta, precipuamente, as características ontológicas dos

institutos jurídicos e não os nomes que os designam, não temos dúvida em aceitar o subsídio doutrinário dos publicistas que, embasando-se na teoria geral do direito, esclarecem a verdadeira natureza estrutural das pessoas jurídicas de direito público, e, portanto, das autarquias, distinguindo-as em *corporações públicas (universitates personarum)* e *fundações públicas (universitates bonorum)*. Consulte-se, a propósito, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, p. 65 e a abundante bibliografia aí citada.

Mas, em verdade, sob o ponto de vista pragmático, a nomenclatura adotada não é de molde a produzir efeitos jurídicos relevantes, pois à espécie *fundação pública* aplicar-se-ão, necessariamente, às normas constitucionais e legais que regulam o gênero *autarquia*. Admitida que seja a equivalência entre a *autarquia de serviço* (não corporativa) e *fundação pública*, segue-se que, para a caracterização desta, deverão concorrer os mesmos requisitos exigidos para a configuração daquela, em face da Constituição e das leis.

8. Não existe critério único que sirva para estabelecer de modo perfeito a distinção entre a pessoa jurídica de direito público e a de direito privado. Vários critérios têm sido apresentados pelos autores, mas nenhum deles por si próprio é considerado suficiente.

Citando LUIGI RAGGI, o dr. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO classifica em cinco principais sistemas os critérios identificadores da pessoa jurídica (*Fundações Públicas*, in *Rev. dos Tribunais*, v. 338, p. 62).

De acôrdo com essa classificação, podem ser arrolados os seguintes critérios distintivos para o reconhecimento das pessoas de direito público:

- a) exame do escopo (público ou privado) a que se propõe a pessoa moral (OTTO MAYER);

b) vinculação obrigatória da pessoa de direito público à realização das próprias finalidades (CINO VITTA);

c) constituição coativa da pessoa pública (RAGGI);

d) sujeição da pessoa pública à tutela exercida pelo Estado;

e) modo de constituição da pessoa jurídica, bastando a intervenção do Estado para caracterizar a pessoa de direito público.

9. Assinalando os elementos constitutivos da autarquia, GUIMARÃES MENEGALE considera: 1.º) elementos que lhe integram a individualidade: a) personalidade jurídica; b) fim público e funções públicas; c) elemento financeiro-patrimonial; 2.º) elementos que definem o caráter da administração indireta do Estado: a) criação pelo Estado; b) contrôle pelo Estado. Essa análise, embora mais sucinta, coincide essencialmente com a elaborada por TIRO PRATES DA FONSECA (*Direito Administrativo*, p. 239).

Ora, todos esses elementos devem constar necessariamente de lei; pode-se afirmar, pois, de modo absoluto *que, sem criação legal, não pode haver autarquia, em qualquer de suas espécies.*

10. Existe, portanto, um elemento imprescindível à caracterização da pessoa jurídica de direito público: *a lei*. A autarquia, encarada sob o aspecto fundacional, enquanto pressupõe a afetação de uma massa patrimonial (destacada do patrimônio do Estado) a um fim determinado, pressupõe uma *lei no sentido formal*, emanada do Poder Legislativo.

A entidade autárquica, para existir, exige, necessariamente, a atribuição de personalidade jurídica (o que somente pode ser feito mediante lei), com orçamento próprio independente do orçamento geral, e tendo por escôpo a execução de serviços de interesse público ou social,

custeado por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro (art. 139 da Lei Federal n.º 830, de 23 de setembro de 1949).

Pressupõe, por outro lado, a autarquia a sua sujeição ao *poder de contrôle* exercido pela Administração geral, para que não se desvincule do interesse público e não se afaste de sua finalidade.

O Estado pode instituir fundações privadas.

11. Assentado que o conceito de fundação não é peculiar ao direito privado, sendo comum ao direito público, e estabelecidos os principais critérios distintivos, é tempo agora de esclarecer outro ponto.

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Revestem-se elas, *necessariamente*, do caráter de pessoas públicas, e são *essencialmente* entidades autárquicas?

Alguns autores entendem que sim.

Há, contudo, abalizadas opiniões em contrário. Em consonância com êsses escritores, pode o Estado, segundo as conveniências e necessidades do interesse geral, criar *por lei* fundações públicas (que serão autarquias), ou autorizar a instituição de fundações privadas, submetidas ao regime do Código Civil. Tudo dependerá dos objetivos que se tem em mira atingir, e dos processos que se pretende utilizar para sua consecução.

12. Com sua reconhecida proficiência, o professor MIGUEL REALE assim se pronuncia, em parecer sobre a natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa, publicado na *Rev. de Direito Administrativo*, v. 72, p. 411: “*Diga-se de passagem, que nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma fundação de natureza privada, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de*

caráter “*não governamental*”. *Está no poder do legislador fazê-lo.*”

E acrescenta: “Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, *de maneira expressa*, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização”.

Citando MARCEL WALINE (*Droit Administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 287), afirma o professor JOSE CRETTELLA JUNIOR, em excelente trabalho, que “nada impede que alguns dos entes criados pelo Estado pertençam à classe das pessoas jurídicas de direito privado, tais como as sociedades comerciais do Estado”. (*Fundações de Direito Público*, na *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 81, p. 12).

13. Com apóio nas lições supra transcritas, infere-se que nada impede que o Estado, mediante lei, crie fundações de direito privado, emprestando-lhes, de maneira expressa, a configuração jurídico-civil.

Seria esta, aliás, como ensina MARIO MASAGÃO, uma forma de descentralização por colaboração — a *delegação*, que se verifica quando “o Estado incumbe alguma pessoa física ou jurídica, do direito privado, de exercer atribuições especiais, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, os poderes para isso necessários. A delegação é útil porque muitas vezes determinadas atribuições da Administração pública, que exigem presteza e maleabilidade, passam a ser melhor desempenhadas por entidades, cuja organização mais se acomoda à natureza do serviço”. (*Curso de Direito Administrativo*, t. I, n.º 186, p. 91/92).

Não há, portanto, anomalia alguma na circunstância de se atribuir a particulares a execução de serviço público para que a exerçam por sua conta e risco, porém no interesse da coletividade.

Como doutrina RUY CIRNE LIMA, “nem tôda a pessoa jurídica, preposta, de modo imediato, à atividade de administração pública, é pessoa administrativa. Assim, o Serviço Social da Indústria e o Serviço Social do Comércio foram pela lei instituídos como pessoas de direito privado e, por essa mesma lei, prepostos, de modo imediato, à atividade que manifestamente se revela como de administração pública”. (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 68).

A natureza jurídica da Universidade de São Paulo.

14. A Universidade de São Paulo, criada pelo decreto estadual n. 6.283, de 25 de janeiro de 1934, é, nos termos do decreto-lei n. 13.855, de 29 de fevereiro de 1944, uma autarquia, sob contrôle do Govêrno do Estado, no que diga respeito à tomada de contas e inspeção da contabilidade. Goza, como decorrência dêsse *status*, de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, apenas lhe faltando autonomia econômica.

Como autarquia, a Universidade tem personalidade jurídica de direito público e dispõe de patrimônio próprio (art. 12 dos Estatutos) destinado ao preenchimento das finalidades mencionadas no art. 1.º dos Estatutos, a saber:

- I — promover, incentivar e divulgar a cultura e a pesquisa;
- II — formar pessoas habilitadas para a investigação filosófica, científica, artística e literária, e ao exercício das profissões liberais, técnico-científicas, técnico-artísticas e de magistério.

15. Postas estas premissas, segue-se que, revestindo-se da natureza de *entidade autárquica de base fundacional* (v. item 5 supra), a Universidade de São Paulo já se

configura, em face da Constituição e das leis, como uma *fundação pública*.

Nessa qualidade, a Universidade goza de imunidade tributária (art. 20, § 1.º da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967) e está sujeita às normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas para as entidades públicas (art. 71, § 5.º da Const. Federal; art. 88 da Const. Estadual).

Para admitir, entre nós, a existência de fundações de direito público, não se pode deixar de identificá-las com as *autarquias de serviço* (não corporativas); ou seja, *fundação de direito público* ou *fundação pública* é uma das modalidades em que se desdobra a autarquia.

Os próprios autores que afirmam a ocorrência, entre nós, de exemplos irrecusáveis de fundações de direito público, alinham como tais várias entidades autárquicas, como os Institutos de Previdência, as Caixas Econômicas, o Conselho Federal de Pesquisas (cf. JOSE CRETILLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, p. 72).

E é também o caso da Universidade de São Paulo, na sua atual estrutura.

16. Em face de nosso direito positivo, segue-se que, as denominadas *fundações*, serão sempre pessoas jurídicas *de direito privado*, sujeitas ao registro a que se refere o art. 18 do Código Civil e à fiscalização do Ministério Público (Código Civil, art. 26).

Observe-se, ademais, que nem a lei estadual poderia derogar ou alterar, neste particular, o texto da lei substantiva federal, porquanto se trata de matéria de competência privativa da União (Constituição de 1967, art. 8.º, XVII, letras *b* e *e*).

Aliás, a recente reforma administrativa federal, regida pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao prevêr as categorias de entidades integrantes da administração indireta, enumerou no art. 4.º, inciso II:

- a) autarquias;
- b) emprêsas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

E, no § 2.º do mesmo artigo, equiparou às emprêsas públicas (entidades dotadas de personalidade jurídica *de direito privado*) as *fundações* instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.

17. Chegados a êste ponto, é o caso, então, de indagar se a idéia da comissão de reestruturação seria a de transformar a Universidade de São Paulo numa fundação de direito privado, à semelhança, por exemplo, da Fundação Universidade de Brasília (estruturada pela Lei Federal n. 3.998, de 15-12-1961) e da Fundação Universidade do Amazonas (Lei Federal n. 4.069-A, de 12-6-1962).

Caberia, então, entrar na apreciação das razões de mérito (interêsse, oportunidade e conveniência) que devem orientar a política do Estado no setor do ensino superior, examinando as vantagens e desvantagens que poderiam advir da Transformação da Universidade num ente de natureza privada, do tipo fundação, nos têrmos do Código Civil.

Quanto à questão do contrôle estatal, é pacífico que as pessoas privadas que recebem recursos provenientes do Tesouro Público estão sujeitas à fiscalização financeira do Estado.

Observa, aliás, o festejado professor RUY CIRNE LIMA:

“A disciplina específica da inspeção do Estado sôbre a fundação, quando a administração assume a posição do fundador, depara-nos geralmente a notação diferenciadora da fundação administrativa, suscetível de discriminá-la da fundação privada.” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 69).

Ora, atualmente, a Universidade de São Paulo, como autarquia, já desfruta de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, apenas lhe faltando autonomia econômica. Mas, como se viu, esta não lhe adviria necessariamente da transformação em *fundação privada*, se, como até agora, continuasse a perceber recursos do Tesouro para sua manutenção.

18. Por outro lado, há a considerar as ponderáveis vantagens que são inerentes à configuração da Universidade como entidade de direito público, ou seja, como autarquia e que são as seguintes:

a) submissão à legislação de contabilidade pública, às normas gerais de direito financeiro e às normas específicas que regem as autarquias, quanto à gestão e dispêndio de dinheiros públicos;

b) prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado;

c) realização de compras mediante concorrência pública;

d) sujeição à tutela administrativa do Estado, inclusive à fiscalização financeira da Secretaria da Fazenda;

e) subordinação ao princípio da legalidade e aos demais princípios que informam a ação administrativa;

f) concessão de imunidade tributária;

g) obtenção dos privilégios e prerrogativas concedidos genericamente à Fazenda Pública e às autarquias, no tocante a prazos judiciais, via executiva fiscal, atribuição de fé pública aos atos e papéis delas emanados, etc.;

h) regime de pessoal peculiar aos servidores autárquicos.

Todos os autores salientam, como um dos traços marcantes e distintivos da personalidade de direito público, a sujeição da entidade ao contrôlo do Estado, através da tutela administrativa, destinada a salvaguardar o interesse coletivo, com o nível almejado de regularidade e eficiência administrativas.

19. Pelos motivos expostos, entendemos que a manutenção do atual *status* jurídico da Universidade de São Paulo, como entidade autárquica de base fundacional (ou seja, fundação pública) é a que melhor atende aos superiores interesses da coletividade.

É o nosso parecer, *sub censura*.