

DAS FUNDAÇÕES

CELSO DE MAGALHÃES

FUNDAÇÃO é instituto criado à custa do patrimônio de alguém, para um fim de utilidade pública por esse alguém especificado.

A Fundação é, antes de tudo, o complexo de bens destinados a certo fim.

Para receber e utilizar esse complexo de bens, a Fundação tem de se constituir em pessoa jurídica.

E sua personalidade é de direito privado interno.

Assim, a Fundação é regulada pelas normas de Direito Civil.

O patrimônio da Fundação pode ser instituído por escritura pública ou mediante cláusula testamentária, ficando o donatário livre de dispor sobre a maneira de ser o patrimônio administrado, a fim de atender, com seus rendimentos, o objetivo a que se propôs.

Em caso de insuficiência dos bens patrimoniais, para a realização do encargo impôsto, adquirir-se-ão, com eles, títulos da dívida pública, capitalizando-se os rendimentos, até um montante capaz de permitir o funcionamento da instituição.

Todavia, pode o donatário dispor de modo diferente, pois, em se tratando do patrimônio que doou, deve sempre prevalecer sua vontade.

As Fundações são administradas conforme disposições estatutárias, subordinando-se, porém, qualquer que seja a hipótese, à fiscalização do Ministério Público.

Haja, embora, liberdade na elaboração de tais estatutos, sua aplicação depende de concordância da autoridade pública, administrativa ou judiciária, sem o que não terão validade.

Desde que a administração repousa em normas estatutárias, claro é que, dentro da Fundação, deverá existir órgão competente para representá-la e gerir-lhe os negócios.

Se, posteriormente, houver necessidade de introduzir qualquer alteração nos estatutos, é mister a anuência da maioria dos membros que, dentro da Fundação, detiverem os poderes maiores. E ainda assim, nenhuma alteração será permitida se, porventura, conduzir ao desvirtuamento da finalidade inicial da instituição.

Tôda alteração em desacôrdo com tais princípios é nula *pleno juro* e a minoria vencida pode promover-lhe o cancelamento junto aos poderes competentes.

Assim funciona a Fundação, prestando seus serviços, até extinguir-se. E sua extinção pode ocorrer por vários motivos:

— intercorrência de tempo estabelecido para seu funcionamento, se houver;

— impossibilidade de obter rendas suficientes para custeio dos encargos;

— reconhecimento de sua nocividade pública.

Ao extinguir-se a Fundação, seu patrimônio terá o destino que lhe houverem dado os estatutos, ou que tenha sido estabelecido no ato de sua constituição. Na hipótese, porém, de que não exista determinação alguma, será obrigatória sua incorporação a outra Fundação de fins iguais ou semelhantes ao daquela que se extingue.

Essas são, em linhas gerais, as características das Fundações do direito privado.

Vejamos, agora, a existência de tais características numa das Fundações do Governo, isto é, do Estado, *verbi gratia* a Fundação da Casa Popular, órgão de grande projeção atual, e verifiquemos se lhe cabem os princípios da definição legal.

II

A Fundação da Casa Popular é instituição federal, da União.

Segundo se afirma, foi ela criada pelo Decreto-lei n.º 9.218, de 1.º de maio de 1946, o que é uma inverdade jurídica.

Com efeito, esse diploma legal não assume, para a Fundação da Casa Popular, o caráter de ato institutório a que se refere a Lei Civil: ele nem cria, nem manda criar; apenas *autoriza*, verbis:

“Art. 1.º Fica o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio autorizado a instituir uma fundação denominada...”

Como se vê, a linguagem do texto não é imperativa, mas exclusivamente permissiva: “fica autorizado...”

Ora, autorizar significa “dar permissão”, e “permitir” quer dizer — dar licença para alguma coisa.

Quem está autorizado tem permissão e quem tem permissão — *faz, se quiser*; logo, o decreto-lei referido não *criou* a Fundação, mas apenas permitiu ao Ministério do Trabalho que a criasse.

E se o Ministério não se valesse da autorização?

A Fundação não existiria.

Claro que nada havendo, legalmente, que o obrigasse, poderia o Ministério silenciar ante a autorização recebida.

Não se argumente que, sendo o decreto-lei ato do Presidente da República, não poderia seu Ministro e Secretário deixar de acatá-lo. Isso não interessa à argumentação; o que interessa é saber que, se me autorizam a ir à França, por exemplo, ainda que a autorização seja do Presidente da República, somente irei se quiser; ninguém me obriga a isso.

E' o mesmo que se passa com a licença-prêmio: o ato da autoridade somente autoriza, mas não obriga o servidor a gozá-la.

E não é de estranhar, pois aí estão inúmeras autorizações do Legislativo, das quais o Executivo não faz uso; autorizar não é impor.

Deixemos, porém, a trilha e entremos na estrada principal.

Dando autorização para que o órgão fôsse criado, determinou-lhe, também, o diploma legal, a finalidade, *verbis*:

"Art. 2.º A Fundação destinar-se-á a proporcionar a brasileiros ou estrangeiros com mais de dez anos de residência no país ou com filhos brasileiros a aquisição ou construção de moradia própria, em zona urbana ou rural".

Respeitou-se, nesse dispositivo, o preceito da Lei Civil que obriga a indicação da finalidade do órgão; também a ela se respeitou, quando se dispôs sobre a administração do patrimônio, para consecução do fim previsto, *verbis*:

"Art. 3.º A Fundação reger-se-á por estatutos a serem expedidos na forma prevista neste decreto-lei".

"Art. 4.º A Fundação será dirigida nos termos que os estatutos estabelecerem pelos seguintes órgãos...".

Mas, se a Fundação é, como tem de ser, um complexo de bens, absurdo seria que o diploma que lhe modelou a forma não se referisse a êle, de modo preciso e exato; e foi, mais uma vez, respeitada a regra da Lei Civil, *verbis*:

"Art. 8.º Como dotação inicial à Fundação, a União Federal far-lhe-á doação da importância de Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros), em dinheiro, na forma prevista no art. 9.º, sem prejuízo de doações posteriores que venha a fazer em imóveis ou outros bens."

Não contente com a dotação feita, em dinheiro, foi além o decreto-lei, mandando que o capital da Fundação fôsse, inicialmente, de dois bilhões de cruzeiros, constituído da seguinte forma:

- a doação em dinheiro, já referida;
- terrenos doados ou adquiridos;
- empréstimos obrigatórios das Instituições de Previdência;
- empréstimos obrigatórios de pessoas físicas;
- legados e doações quaisquer.

Posteriormente, pelo Decreto-lei n.º 9.777, de 6 de setembro de 1946, dispôs-se, ainda, para a Fundação, em linhas gerais:

a) *Quanto à finalidade*: construir casas e proporcionar sua aquisição; financiar essas construções, quando de iniciativa ou sob responsabilidade das Prefeituras; financiar obras urbanísticas, de abastecimento d'água, esgotos, suprimento de energia elétrica, assistência social, tudo com fins à melhoria das condições de vida do trabalhador; financiar indústrias de materiais de construção; cooperar com as Prefeituras em assuntos técnicos de sua especialidade.

b) *Quanto ao patrimônio*: Além do anteriormente concedido, mais o material permanente das antigas Comissões de Eficiência, já extintas; taxa de 1% sobre imóvel adquirido a qualquer título, de valor maior de cem mil cruzeiros, devendo o órgão arrecadador, na maioria estaduais e municipais, recolher o produto dessa arrecadação, ao Banco do Brasil, à disposição da Fundação da Casa Popular.

c) *Quanto à Administração*: A Fundação deveria atuar, de preferência, por intermédio das Prefeituras locais; o Superintendente da Fundação deveria procurar conhecer as necessidades dos Municípios, por intermédio dos respectivos Prefeitos, no que se referisse às atividades da Fundação; para isso, criaria a Fundação Conselhos Regionais junto às respectivas Prefeituras; os serviços da Fundação seriam considerados públicos federais; a Fundação ficaria isenta das posturas municipais, quanto ao loteamento de seus terrenos e características da habitação a construir.

Que se pode concluir dos preceitos gerais que regulam a Fundação da Casa Popular?

Vejamo-lo:

- a Fundação presta um serviço social;
- é um órgão federal;
- possui patrimônio que se constituiu por contribuição imposta pelo Estado aos cidadãos;
- age diretamente junto aos Poderes Públicos;
- seus serviços são considerados federais;
- funciona sob a supervisão do Ministério do Trabalho;
- está sujeita à prestação de contas perante o respectivo Tribunal da União.

Serão essas características aquelas que a Lei Civil criou para as Fundações, em geral?

Tenho para mim, que não.

III

A Fundação da Casa Popular, pela sua constituição e normas de funcionamento, assemelha-se muito mais a uma autarquia social, de previdência e assistência, que a uma fundação de direito privado.

Sei que a própria Fundação da Casa Popular recusa admitir outro caráter senão êsse que, por seu título, lhe emprestaria a Lei Civil; ela exige para si a personalidade de direito privado interno.

Se bem que o Decreto-lei n.º 9.218, já citado, nenhuma referência haja feito à natureza dessa personalidade; se bem que os primeiros estatutos, aprovados pelo Ministro do Trabalho, tenham usado da expressão vaga — "dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprio" — reserva mental

do legislador, em face da ambigüidade jurídica do órgão — se bem tudo isso, os atuais estatutos declaram, formalmente, que essa personalidade é de direito privado.

Num executivo fiscal, decidido em São Paulo, despachou assim o juiz do feito; *verbis* :

“O que há, de muito próprio nas fundações, é que são elas bens dotados de vida jurídica. Pode criá-las o Estado, mas, evidentemente, não há confundir-se as pessoas jurídicas de direito público interno (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), com as pessoas jurídicas de direito privado... as quais, por serem criadas pelo Estado, não perdem essa qualidade”.

Atendo-se apenas à enumeração do art. 14 do Código Civil, êsse despacho parece desconhecer a existência das autarquias que, não sendo a União, nem Estado, nem Distrito Federal e nem Município, são, sem sombra de dúvida, pessoas jurídicas de direito público interno.

Não se nega que, pelo simples fato de haver sido criado pelo Estado, um órgão não adquire personalidade de direito público. As sociedades de economia mista são bem uma prova inatacável.

O monopólio de certas indústrias, pelo Estado, pode levar à mesma situação.

Os técnicos em administração aprendem a distinguir um órgão, não pelo nome que se lhe dê, mas pelas suas características. Eles agem, por exemplo, como os geômetras diante de uma figura. Uma parábola não se transformará, para êles, em hipérbole, apenas porque aprouve, a quem a traçou, dar-lhe êsse nome.

Em Ciência — e Administração é uma ciência — os nomes não são usados *ad libitum* de quem os escolhe. Em Administração, como em Direito, são as características que impõem o nome: ninguém dirá, por exemplo, que anticrese é hipoteca, somente porque gosta mais do primeiro nome que do segundo.

Em Ciência não se verifica essa democracia nominal que permite chamar Branca das Neves a muita gente côr de ébano.

O que resulta de tudo isso é que o Estado não pode criar uma pessoa de direito privado e obrigar os cidadãos ao pagamento de taxa a essa pessoa.

O Estado não pode criar uma pessoa de direito privado e investi-la de autoridade para sobrepor-se a normas estabelecidas por pessoa de direito público.

O Estado não pode criar pessoa de direito privado com o fim de cometer-lhe encargos considerados hoje de interesse vital, para a coletividade, como soem ser os de previdência social.

Pois tudo isso se verifica com a Fundação da Casa Popular.

Há, realmente, nomes ilustres que negam a qualquer fundação a personalidade de direito público, pela afirmativa de que tais institutos ainda não tiveram acolhida na legislação brasileira.

Discordo da tese.

Não nego que, até bem pouco tempo, só se conhecia, no Brasil, Fundação de direito privado, na qual só intervinha o Estado, usando de seu poder de polícia. Todavia, depois da Fundação Brasil Central (um Estado dentro do Estado), depois da Fundação Getúlio Vargas, para a qual concorrem os contribuintes, obrigatoriamente, com a taxa de Educação e Saúde, depois disso tudo, afirmar que as Fundações ainda continuam com suas características de direito privado, parece-me desprezo à realidade administrativa.

O que há de positivo é que, no Brasil de hoje, existem dois tipos de Fundação :

a) as de direito privado — regidas, integralmente, pelo Código Civil;

b) as de direito público — instituídas na forma da Lei Civil, mas regidas por normas e com poderes específicos.

Estou com Oscar Saraiva, quando afirma, a respeito da Fundação Brasil Central, *verbis* :

“Achamo-nos, pois, em face de uma nova modalidade de delegação administrativa, com a revivência das fundações civis, às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um tipo que, desde logo, poderemos classificar de Fundações Públicas, instituídas pelo próprio Estado e em oposição às fundações civis, que seguem as regras do Código Civil, sem qualquer alteração.” (R.S.P. 3-1948).

IV

O Direito Administrativo é, de todos os ramos de Direito, o que mais sofre mutações. É que êle deve regular a prestação dos serviços públicos e, no Estado atual, tais serviços vão adquirindo uma complexidade até bem pouco desconhecida.

As transformações que tal complexidade impõe às normas outrora estabelecidas são profundas e, por vêzes, antipáticas aos espíritos conservadores.

E' bem verdade que, no campo da Previdência Social, da Cultura e da Colonização, poderia a União manter-se dentro das linhas gerais dos órgãos autárquicos, que já criou e cuja experiência já possui.

Não havia necessidade de ensaiar um processo novo, qual o das Fundações. Mas, se o fêz, não se manteve dentro da Lei Civil, porquanto a natureza das atribuições confiadas ao novo órgão não se compadeciam das normas ali estabelecidas.

Talvez sua intenção tenha sido manter-se dentro daquelas normas; tenha sido transplantar para os serviços públicos os princípios que o Direito Civil estatuiu. Todavia, não lhe permitiu a tarefa a que se propôs e, assim, teve de introduzir alterações que, necessárias à prestação de serviço, desvirtuaram o órgão, dando à Fundação a personalidade do direito público interno e deslocando-a, concomitantemente, para a órbita do Direito Administrativo.

Não tenho dúvida de que foi isso que sucedeu.

O que cumpre constatar hoje, não é a intenção primitiva, mas a realidade existente, atual :

No campo da Previdência e Assistência Social, a União presta serviços através de dois órgãos que muito se assemelham, embora possuam denominações diferentes: as Autarquias e as Fundações, dotadas ambas de personalidade jurídica de direito público interno e ambas subordinadas ao Direito Administrativo.

As Fundações de direito privado, as fundações civis, continuam a existir e por aí pululam; mas, no Brasil, a União não as possui até agora.

Nem vejo razão para que as possua.

Um órgão surge para atender a determinada finalidade; como técnico em Administração desconheço no momento qualquer atividade que não possa ser atendida, com exclusão das Fundações civis.

Pelo contrário, subordinar um órgão, simultaneamente, a regras de Direito Civil e a regras de Direito Administrativo, é concorrer para embarçar-lhe as atividades e tumultuar os serviços.

A Fundação da Casa Popular sabe muito bem disso.