AUTARQUIA E FUNDAÇÃO — EXECUÇÃO, PELAS FUNDAÇÕES, DE SERVIÇO PÚBLICO MEDIANTE CONCESSÃO — NATUREZA JURÍDICA DA RÁDIO MAUÁ

— A Rádio Mauá, sendo fundação, e não autarquia, para exercer o serviço público radiofônico, terá de celebrar contratos de concessão com o Governo.

MINISTÉRIO DA VIAÇÃO E OBRAS PÚBLICAS

PROCESSO N.º 17.223-45

Despacho do Sr. Ministro: De acôrdo. Responda-se ao Ministério do Trabalho, transmitindo-lhe, por cópia, os pareceres do D.C.T. e do Sr. Consultor Jurídico.

PARECER

Sr. Ministro :

1. O Departamento dos Correios e Telégrafos traz ao conhecimento desta Secretaria de Estado que o Ministério do Trabalho, por Aviso n.º 1.304, de 11 de junho p. findo, lhe comunicara haver instituído a “Fundação Rádio Mauá”, nos termos do dec.-lei n.º 7.381, de 13 de março de 1945, e solicita providências no sentido de serem feitas as devidas anotações no órgão competente dêste Ministério, para efeito de ficar definitivamente regularizada a utilização da frequência de 1.130 Kc/s pela estação que havia pertencido à Rádio Ipanema, com cujo acervo foi instituída a referida Fundação.

Ao fazer essa comunicação, opina o D.C.T. que a “Fundação Rádio Mauá” somente deveria executar os seus serviços radiofônicos *mediante* concessão, sugerindo, todavia, a audiência desta Consultoria Jurídica, dada a natureza do assunto.

2. Os serviços de radiocomunicação, entre os quais se inclui a radiodifusão, são serviços públicos. A Constituição Federal o reconhece expressamente, quando, no art. 15, n.º VII, declara competir privativamente à União *explorar ou dar em concessão* êsses serviços.

Dáí resulta a necessidade de estabelecer, com precisão, a natureza jurídica da “Rádio Mauá”, para se apurar se a mesma é uma repartição do Governo em tudo equiparada às autarquias ou antes parastatais, ou se se trata de órgão de caráter distinto, desvinculado da administração pública.

3. A distinção a ser feita é fértil em consequências jurídicas, porque, se a essas fundações do Estado se atribuir caráter análogo ao das autarquias, terão, em tudo, as mesmas vantagens e prerrogativas destas, como sejam, imunidade fiscal de ordem constitucional (Const., art. 32, let. c), prescrição especial de cinco anos de suas dívidas passivas (dec. 4.597, de 1942, art. 2.º), fóro da Fazenda Pública para julgamento de suas causas com recurso direto para o Supremo Tribunal Federal; responsabilidade subsidiária do Estado pelos seus atos de que resultar dano; o seu pessoal terá a condição de servidor público, não podendo haver acumulação de cargos e funções, etc.

É de grande relevância, portanto, caracterizar a natureza jurídica da Fundação questionada.

4. O característico da autarquia, como escreveu D’ALESSIO, está na instituição e na função: é criação do Estado para exercer funções da Administração Pública (*Istituzione di Dir. Ammin.*, vol. I, pág. 197). Na palavra do Prof. FRANCISCO CAMPOS, as autarquias são “processo técnico pelo qual o Estado descentraliza os seus serviços, dotando-os de órgãos e patrimônio próprios”. E, nos seus *Princípios de Direito Administrativo*, tratadista de renome universal, GASTON JÈZE, afirma que esses entes, forma específica da capacidade de direito público, se caracterizam pela afetação de um patrimônio a um fim determinado:

“En effet, l’établissement public n’est pas autre chose qu’une combinaison financière et juridique consistant à prendre dans un patrimoine administratif générale certains chose pour les affecter d’une certaine manière à la réalisation d’une certain but” (JÈZE, *Principes de Droit Administratif*, 3.ª ed., vol II, pág. 149).

5. Mas, também a fundação, na definição de CLÓVIS BEVLÁQUA, é a personalização de um patrimônio para determinado fim — ou, nas próprias palavras do egrégio juriconsulto: “Fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe a serviço de um fim determinado” (*Cód. Civ.*, vol. I, coment. ao art. 24).

Por isso é que autores, mormente alemães, da maior eminência, equiparam as fundações criadas pelo Estado (fundações públicas) às próprias autarquias administrativas, não encontrando importância jurídica na distinção.

“Le mot fondation (Stiftung) sert aussi à désigner l’acte qui crée la fondation, l’affectation de moyens pécuniaires à un but semblable (REGELSBERGER, Pandette, § 75, note 15). *La distinction entre fondations et établissements est sans importance juridique”* (REGELSBERGER, cit., pág. 294; SARTORIUS, *Werterbuch, Erg. Bd.*, II pág. 279, in OTTO MAYER, *Le Droit Adm. Allem.*, 1904, vol. IV, pág. 268).

6. Na realidade, como em seu *Tratado de Direito Administrativo* escreve TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, o que impressiona os que comparam as fundações e as entidades públicas é a finalidade coletiva, pública, de ambas, a ausência de associados, e a falta de fins lucrativos para o instituidor (Ver RENÉ CLEMENS, *Personnalité Morale et Personnalité Juridique*, Paris, 1935). Mas, em seu conteúdo — continua TEMÍSTOCLES — sua criação, sua administração e vida, não pode haver identidade (ob. cit., vol. IV, pág. 162).

Efetivamente, a autarquia é uma criação direta da própria lei. É esta quem cria o serviço público, como, a propósito do direito francês, discursa WALINE :

"Creer le service, c'est donc pendre l'initiative de confier cette tâche à l'Etat... On admet généralement que cette décision est de la compétence exclusive du Parlement" (Theorie Générale de Droit Administratif, 1936, pág. 338).

E BONNARD explica a razão dêsse princípio :

"Cette compétence législative a été établie parce qu'on a voulu enlever la compétence au gouvernement en vue d'arrêter la multiplication de ces établissements publics dénommés offices, dont la création n'avait pas d'autre but que de soustraire certaines activités administratives au contrôle administratif et financier du Parlement" (Précis de Droit Administratif, 1935, pág. 536-537).

Também em nosso direito, porque o controle financeiro dessas empresas públicas não é feito pelo Tribunal de Contas, compreende-se que somente a lei possa criar o serviço descentralizado, as autarquias administrativas.

Já as fundações são criadas, não por ato legislativo, mas por ato individual. Tratando-se de fundações públicas, não é a lei, mas ato administrativo que as institui. No caso da "Rádio Mauá", o decreto-lei n.º 7.381, de 13 de março de 1945, não a criou — apenas autorizou o Ministério do Trabalho a fazê-lo.

7. Por outro lado, as autarquias são subordinadas aos Ministérios, sujeitas que são ao controle administrativo, como acentua HEREDIA :

"Podemos concluir que el contralor administrativo, en cuanto a su naturaleza, es un derecho subjetivo publico del Estado, de substancia jerarquica, que corresponde a la obligación de actuar, en forma jurídica y conveniente, de los entes autarquicos" (HORACIO H. HEREDIA, Contralor Administrativo de los entes autárquicos, ed. 1942, pág. 58, in CELSO TIMPONI, Rev. de Dir. Adm., vol. II, pág. 384).

Entretanto, as fundações, desde que aprovados os seus estatutos, desvinculam-se da administração pública, não se sujeitam os seus atos ao recurso hierárquico.

8. As fundações, destarte, ainda quando instituídas para fins públicos ou de utilidade pública, não se analogam às autarquias.

E, no caso em foco, se os serviços de rádio são serviços públicos, que, segundo a Constituição, só podem ser exercidos pela União ou por concessão desta (art. 15, n.º VII); se a Fundação não é uma parcela da própria administração pública federal que, para fins técnicos, se tenha descentralizado, com patrimônio próprio e personalidade jurídica, chego à conclusão de que a "Fundação Rádio Mauá", para exercer os seus serviços, terá de fazê-lo por meio de concessão, a ser dada por decreto do executivo, como ordinariamente se procede em relação aos Estados.

Na verdade, nada há que estranhar exerça uma fundação atividades da administração pública por meio de concessão (Veja-se OTTO MAYER, ob. cit., vol. IV, 1904, pág. 262).

Na espécie, penso que a "Fundação Rádio Mauá" somente por concessão pode exercer os seus serviços públicos de rádio.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1945. — A. Gonçalves de Oliveira, Consultor Jurídico.