DA POSIÇÃO, NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, DA FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PELO ESTADO*

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA**

Instrumento de descentralização administrativa. Antecedentes no direito privado. A legislação federal e estadual. Reforma administrativa. Tutela administrativa. Outros exemplos legislativos. Conclusões.

1. Em trabalho anterior, denominado *As fundações de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil* (Tese, 1972), assinalamos que tais instituições têm sido, desde há muito, empregadas pelo Estado, como instrumento de descentralização administrativa, pela personalização de serviços públicos.

Com efeito, Honório Monteiro, citado por Miguel Reale[1] mostrou que, pelo menos a partir de 1891, a Faculdade de Direito de São Paulo passou a ser uma "fundação oficial". João Mendes Júnior, em relatório de 1911, que elaborou como diretor da instituição, salientou o caráter fundacional dos institutos de ensino criados e mantidos pela Administração Pública.[2]

Seabra Fagundes, em precioso estudo,[3] acentua que,

"outrora, o Estado, ante a necessidade de tornar autônomos certos serviços, valia-se do instituto privado da fundação, erigindo em pessoa jurídica, sob

* N. da R.: Trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (Curitiba, 1975).

** Professor de Direito Administrativo na Universidade do Rio de Janeiro

1 *Direito administrativo*, 1969. p. 18.

2 *Rev. da Fac. de Dir. de São Paulo*, v. 20, p. 333 e seg. Ver *RDP*, n. 2. p. 122 e seg.

3 *Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo*. In: *Rev. Dir. Adm.*, nº, 78, p. 1 e seg.

essa modalidade, certos departamentos seus. Típico, nesse sentido, foi o que se passou com a organização dos estabelecimentos superiores de ensino, alguns ganhando autonomia administrativa, através do recebimento de patrimônios próprios e da personalização, com apelo às regras do Cap. 2, Seção IV, do Código Civil".

Ressalta ainda:

"Pela outorga da personalidade jurídica de direito privado (ainda não concebida a multiplicidade das pessoas jurídicas de direito público, em função de razões administrativas, pois que ligada a instituição delas, estritamente, à natureza política do seu papel), se alcançava o objetivo da autonomia de certos serviços públicos, com proveito para a atuação estatal, que assim ganhava um novo instrumento."

Lacerda de Almeida (*Das pessoas jurídicas*), escrevendo, em 1905, antes portanto, do Código Civil, dizia que, nos estabelecimentos criados pelo poder público,

"com personalidade jurídica, o Estado obra como fundador, e eles são verdadeiras fundações de caráter oficial. O processo é o mesmo que o das fundações particulares.

O Estado, como qualquer particular, desagrega de seu patrimônio bens, que destina a certo fim de pública utilidade.

. . . . . .

O fundador, que é o Estado, continua vivo, porque o Estado é de natureza permanente, mas, instituída a fundação, constitui-se o Estado inspetor supremo da boa marcha e progresso dela".

Clóvis Beviláqua, em seus comentários ao Código Civil[4] doutrinava, em 1916, sobre as fundações:

"Podem criá-las o Estado, uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica de ordem privada.

Entre as fundações criadas ultimamente pelo Estado, em nosso país, merecem menção os estabelecimentos de instrução pública superior e secundá-

[4] *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed., 1956. Rio, v. 1, p. 193.

ria subordinados ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Esses institutos de ensino são fundações submetidas às regras especiais do regulamento, que os criou, e administrados pelos respectivos diretores, de acordo com as Congregações e sob a inspeção do Conselho Superior de Ensino e do Ministério dos Negócios Interiores."

Também Espínola Filho, em 1928,[5] (*Sistema do Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 437-8) assinalava a presença, no direito brasileiro, das *fundações oficiais, órgãos de sua vida administrativa.*[6]

Pode verificar-se, portanto, que os referidos civilistas já acentuavam a vinculação administrativa entre o *Estado-instituidor* e a *fundação criada.* Clóvis,[7] a propósito, acentuava esse aspecto, quando, como vimos, aludia a *subordinação* dessas fundações ao Ministério da Educação e à *inspeção* do Ministério dos Negócios Interiores, excluindo da fiscalização do Ministério Público estadual (art. 26 do Código Civil) as fundações federais:

"Se, porém, a fundação for instituída pelo Governo Federal, é bem de ver que não pode a sua inspeção ser entregue às autoridades estaduais."

Por seu turno, João Mendes Júnior, no relatório já citado anteriormente, datado de 1911, salientou que

"a personalidade jurídica dos institutos de ensino não lhes tira o caráter de fundações criadas e mantidas pela Administração Pública, e, portanto, não os subordina como as fundações a que se refere a Ord., Lei nº 1, título 62, ao Juízo da Provedoria ou à verificação judiciária de contas, quer nas jurisdições estaduais, quer na jurisdição federal";

e que

"o diretor dos institutos, segundo as regras estabelecidas desde os decretos de 8 de outubro de 1828, 16 de dezembro de 1830 e outros, prestará as suas contas ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, segundo os regulamentos e instruções da respectiva contadoria".[8]

2. Quando, na década de 40, se iniciou o desenvolvimento marcante das *fundações de direito privado instituídas pelo poder público, no Brasil,*[9] se

5 *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 437-8.

6 Cf. Barros Júnior, Carlos S. de. *Compêndio de direito administrativo.* 1969. v. 2, p. 115.

7 Op. cit. v. cit., p. 195.

8 *Rev. da Fac. de Dir. de São Paulo*, v. 20, p. 333 e seg.

9 Ver relação em *Fundações — no Direito, na Administração*, de Senha, Homero. & Zobaran-Monteiro, Clóvis. Rio, 1970. p. 249 e seg.

acentuou essa noção da vinculação entre o *instituidor* e a *entidade instituída*, dentro do fenômeno da *descentralização da Administração Pública*, no relacionamento *criador-criatura* e no *exercício da função administrativa*. A tal ponto, que se pôs em dúvida a própria natureza jurídica privada de tais entidades, falando-se, em conseqüência, em *fundações públicas*, em *fundações de direito público*.[10]

Oscar Saraiva, escrevendo em 1944, expunha:

"Em data recente, porém, tomou o Governo a iniciativa da criação de uma fundação, visando fins políticos e administrativos, a Fundação Brasil Central, instituída por Decreto-lei (nº 5.878, de 4 de outubro de 1943)... A leitura da lei institucional dessa nova fundação evidencia, porém, que embora a mesma se traduza num patrimônio personalizado, regido por estatutos aprovados pelo Presidente da República, e, portanto, sob esse aspecto, uma verdadeira fundação, nela existem, entretanto, características próprias das autarquias... Achamo-nos, pois, em face de nova modalidade de delegação administrativa, com a revivescência das fundações, às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um

[10] Ver nossa posição no sentido da natureza de *direito privado* das *fundações* em tela, por oposição às *autarquias fundacionais*, estas sim, *pessoas jurídicas de direito público*, em *As fundações de direito privado instituídas pelo Estado*, cit. espec. p. 27 e seg., 58 e seg., e 69/71, com farta referência bibliográfica. Ver Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *Fundações e empresas públicas*. São Paulo, 1972; As fundações e o direito administivo. In: *Rev. Dir. Adm.*, v. 100, p. 5 e seg.; *Regime Jurídico das Fundações*. n. 105, 35 e seg.; Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo, 1973; Bandeira de Mello, Osvaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 2, 1974, p. 245 e seg.; *Fundações — no direito, na Administração*. Rio, 1970; Cretella Júnior, *Dicionário de Direito Administrativo*, São Paulo, 1972, verbetes "Fundação de Amparo à Pesquisa", "Fundação de Direito Público" e "Fundações Privadas Instituídas pelo Poder Público"; Fundações de direito público. In: *Rev. Dir. Adm.*, v. 81, p. 7 e seg.; Regime jurídico das fundações públicas, no Brasil. In: *Rev. Dir. Adm.* v. 90, p. 459 e seg. Ver Cotrim Neto, A. B. de. *Direito administrativo das autarquias*. Rio, 1966; Autarquias e empresas públicas. In: *Rev. do IAB*, n. 19, p. 15 e seg.; Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo, 1968. Sobre as designações *fundações públicas, fundações de direito público*, ver nosso trabalho, nota 192, na p. 70. Embora prefiramos chamar de *fundações públicas as autarquias fundacionais*, para evitar confusão, a expressão, se empregada como indicativa das *fundações de direito privado instituídas pelo Estado*, poderá ser aceita, se nos lembrarmos que as *empresas públicas* são assim legalmente denominadas, embora sejam *pessoas jurídicas de direito privado*, mas criadas pelo Poder Público, com recursos públicos.

tipo de administração que, desde logo, poderemos qualificar de fundações públicas, instituídas pelo próprio Estado e em oposição às fundações civis, que seguem as regras do Código Civil sem qualquer alteração."

O progresso do direito brasileiro fez com que se estabelecesse, com precisão, a diferença entre as *autarquias,* mesmo *fundacionais* (*pessoas jurídico-administrativas públicas de substrato fundacional*) e as *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público,*[11] reconhecendo-se, entretanto, a natureza de *pessoas administrativas* destas últimas, integrantes da denominada *administração indireta.* Esta, produto da *descentralização institucional* (*técnica, funcional ou por serviços*), tinha, como um dos seus componentes, as *fundações de direito privado.*[12]

2.1 A legislação foi, em verdade, dispondo, expressamente, neste sentido.

Assim, a *Lei nº 263, de 24.12.62,* que tratou da *reestruturação administrativa do Estado da Guanabara* (diploma marcante no desenvolvimento da disciplina normativa sistemática da organização administrativa, em nosso País), distinguindo entre a *administração centralizada* e a *administração descentralizada* (art. 4º), situou entre os integrantes desta, com personalidade jurídica, *"as fundações instituídas pelo Estado"* (art. 4º, II, *b*).

Por seu turno, a *Lei federal nº 4.545, de 10.12.64,* que cuidou da *reestruturação administrativa do Distrito Federal,* fazendo a mesma distinção entre as duas porções da Administração Pública subjetivamente considerada, colocou, também, na *Administração descentralizada da Prefeitura,* com perso-

[11] Não se tem fugido, infelizmente, à incerteza terminológica. A Lei nº 5.540, de 28.11.68, sobre o ensino superior, em seu art. 4º, prescreve que "as universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público, e, quando particular, sob a forma de fundações e associações."

[12] Cavalcanti, Themistocles Brandão, no seu *Tratado de Direito Administrativo.* 1956. v. 2, p. 133 e seg., trata das fundações em capítulo subordinado ao título Autarquias administrativas, cuja primeira parte refere-se à *descentralização funcional.* Sustentamos em nossas *Fundações, citadas,* p. 52 e seg., que, nessa situação as fundações compunham a categoria das chamadas *entidades paraestatais,* isto é, *pessoas administrativas de direito privado* criadas pelo Estado para integrarem a *administração indireta.* Lopes Meirelles, Hely. (*Direito administrativo brasileiro.* 1966. p. 280 e seg.) aludiu às *fundações culturais* como espécie do gênero *entidades paraestatais,* "pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas por lei, com patrimônio próprio e competência específica para o desempenho de certas funções delegadas, de interesse coletivo". Ver do mesmo autor, parecer sobre a Fundação Santo André. In : *Estudos e Pareceres de Direito Público,* 1971, p. 83 e seg. Ver nota 18 a seguir.

nalidade jurídica, as *"fundações instituídas por ato do poder público"* (art. 3º, II).

Mais tarde, a *Lei carioca nº 1 193, de 20.12.66,* ao estabelecer novas diretrizes para *reorganização da administração do Poder Executivo do Estado da Guanabara,* passou a empregar as designações *administração direta* e *administração indireta* (art. 4º, I e II), incluindo na última, com personalidade jurídica, as *Fundações* (art. 4º, II, *a,* 2).

3. O *Decreto-lei nº 200, de 25.2.67,* que dispôs sobre a *organização da administração federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa,* foi combatido no tratamento que dispensou às *fundações privadas governamentais.*[13]

Embora tenha buscado sistematizar a organização da Administração Pública Federal, diferenciando entre a *administração direta* e a *administração indireta* (art. 4º, I e II), ao enumerar e definir as entidades personalizadas desta última (arts. 4º, II, e 5º, I, II e III), aludiu, tão-somente, às *autarquias, empresas públicas* e *sociedades de economia mista,* não tendo indicado as *fundações.* A estas referiu-se em dispositivo autônomo (§ 2º do art. 4º), de modo, também, considerado pouco pertinente, prescrevendo:

"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 apresentava-se como inadequada, em razão das diferenças estruturais e teleológicas entre as *empresas públicas* e as *fundações governamentais.* Servia, no entanto, para caracterizar a posição destas na *Administração Pública,* como integrantes da *administração indireta,* pois que a locução constante do art. 4º, § 2º, do Decreto-lei nº 200/67, "para os efeitos desta lei", implicava na eficácia da equiparação para os vários aspectos da organização administrativa.[14]

Celso Antônio Bandeira de Melo[15] é incisivo a respeito:

"Conseqüentemente, por este processo de equiparação, viram-se incluídas

[13] Usa a expressão *fundações governamentais.* Bandeira de Mello, Celso Antônio. In: *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* São Paulo, 1973. p. 145 e seg.

[14] A equiparação foi levada a extremos inadequados, como no que se refere à questão da *acumulação de cargos.* Ver nosso trabalho já citado, p. 118 e seg.

[15] *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* São Paulo, 1973. p. 157.

(as fundações), embora por via transversa, entre as entidades da administração indireta."[16]

Também Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[17] é, igualmente, expresso, ao afirmar que, com a equiparação em tela, o Decreto-lei nº 200/67, "embora sem o dizer, expressamente, as teve como participantes da *administração indireta* da *Administração Federal*".

3.1 Destarte, as *fundações* em tela estavam sujeitas ao *regime misto*, próprio das *pessoas administrativas de direito privado*, com a sujeição, parcial a este (no caso, ao *direito civil*) e parcial ao *direito público*.[18]

16 Teixeira Dias, José de Nazaré. citado por Armando de Oliveira Marinho (*Rev. Dir. Adm.*, v. 114, p. 45. Ver nota 38), influenciado por sua atinga posição de secretário executivo da Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa, expressa o que terá sido a *mens legislatoris*, ao dizer que "a lei de reforma administrativa evitou classificá-las entre as categorias da administração indireta, a fim de resguardar, ao máximo, sua condição de entidade privada, basicamente relacionada com o Código Civil". Reconhece, todavia, de qualquer modo, que, "levando em conta, porém, a necessidade que também aí se apresentava de estender *a supervisão* ministerial às fundações, buscou a lei, entre as categorias da administração indireta, aquelas que mais facilitassem respeitar-se aquela condição". Como já foi salientado, a *equiparação* realizada pelo art. 4º, § 2º, do Decreto-lei nº 200/67, para os efeitos de organização da Administração Pública (ver a ementa da lei), foi absoluta. É certo que, como diz Armando Marinho (trab. cit., p. 39), "só se equiparam coisas desiguais" — e uma *empresa pública* é algo diferente de uma *fundação* — mas é, também, exato que, *equiparando*, a lei as *torna juridicamente iguais*. "*Equiparar* provém do latim *aequiparare, igualar, ser igual*, de *aequipar, aris*, adjetivo, *igual*, formado, por seu turno, de *aequus*, igual, e *par*, igual. Significa, também, em português, igualar em sorte, em condição (*Pequeno dicionário da língua portuguesa*, de Aurélio Buarque de Hollanda), "comparar (uma coisa ou pessoa) com outra, considerando-as iguais", "igualar" (*Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, de Caldas Aulete). Por outro lado, o Decreto-lei nº 900/69, que analisaremos, adiante, no texto, ao estatuir, em seu art. 3º, que as fundações instituídas, em virtude de Lei federal "não constituem entidades da administração indireta", não tem caráter declaratório, como procura sustentar Marinho (p. 45), ao dizer que "o espírito da reforma" foi "posteriormente ratificado, pelo art. 3º do Decreto-lei nº 900". Tanto assim que, para excluir disse-o expressamente, e teve de *revogar o § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67*.

17 *Princípios gerais de direito administrativo*. 1974. v. 2, p. 248.

18 Sobre a matéria e a conceituação de *entidades paraestatais* (pessoas jurídicas de direito privado criados pelo Estado, para comporem a administração indireta), *Fundações*. cit. p. 51 e seg.; e 71 e seg.; Ver Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 174. v. 2, p. 246 e seg., e 262 e seg.; Cotrim Neto, A. B. *Conceito jurídico de ente paraestatal*. In: *Rev Dir. Adm.* v. 83. p. 32 e seg. Lopes Meirelles, Hely. *Autarquias e entes paraestatais*. In. *Rev. Dir. Adm.* v. 63, p. 17 e seg.

Quanto ao controle a que se submetiam ditas *fundações,* cabe destacar a *tutela administrativa,* vinculando-se, como entidades da *administração indireta,* "ao Ministério em cuja área de competência estivesse enquadrada sua principal atividade" (art. 4º, § 1º, do Decreto-lei nº 200/67).

É conhecida a definição, de Marcello Caetano,[19] de *tutela administrativa,* como sendo:

"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."

Seu objetivo central é, portanto, manter o organismo descentralizado afeiçoado ao interesse geral, à orientação político-administrativa do poder público criador.

Reconhece-se que a *tutela administrativa,* a abranger aspectos de *legalidade* e de *mérito da atividade controlada,* desdobra-se nos *poderes de regulamentação, fiscalização* ou *inspeção, correção* e *revisão* (*preventivas, concomitantes* ou *sucessivas*), *substituição* ou *suplência, repressão* e *intervenção.*[20]

O Decreto-lei nº 200/67, sob a denominação geral de *supervisão administrativa,* dispôs sobre o *controle interno* da *administração direta* e a *tutela administrativa*[21] sobre a *administração indireta.*

O art. 19 estabelece que

"todo e qualquer órgão da Administração Federal, 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. 1º do Decreto-lei nº 900, de 1969), 22, 23 e 24 cuidam dos órgãos que auxiliam os ministros na tarefa de supervisão.

19 *Manual de direito administrativo. Coimbra,* 1963. p. 170 e segs.

20 Cf. Caetano. op. cit. p. 171-2. Sobre o *recurso hierárquico externo ou impróprio,* ver Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro.* 1966. p. 290-1.

21 Sobre o debate acerca da expressão *tutela administrativa,* ver *Fundações,* p. 37-8.

Disciplinam o art. 26 e respectivo parágrafo único, especificamente, a *tutela administrativa*:

"No que se refere à administração indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I — a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade;

II — a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade;

III — a eficiência administrativa;

IV — a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

a) indicação ou nomeação pelo ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigente da entidade, conforme sua natureza jurídica;

b) designação, pelo ministro, dos representantes do Governo Federal nas assembléias-gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;

d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;

e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas assembléias e órgãos de administração ou controle;

f) fixação em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica das despesas de pessoal e de administração;

g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;

h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;

i) intervenção, por motivo de interesse público."

O art. 28, por seu turno, estatui:

"A entidade da administração indireta deverá estar habilitada a:

I — prestar contas de sua gestão, pela forma e nos prazos estipulados em cada caso;

II — prestar a qualquer momento, por intermédio do ministro de estado, as informações solicitadas pelo Congresso Nacional;

III — evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos, indicando suas causas e justificando as medidas postas em prática ou cuja adoção se impuser, no interesse do serviço público."

Vê-se, assim, que os instrumentos da *tutela administrativa* no direito brasileiro são variados, amplos e profundos, sendo certo, outrossim, que a prática administrativa a tem aproximado, em muito, da própria subordinação *hierárquica,* embora o art. 27 seja expresso no sentido de que, "assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar".

4. O Decreto-lei nº 900, de 29.9.69, prescreveu alterações profundas no regime jurídico das *fundações privadas instituídas pelo poder público.*[22]

Em primeiro lugar, *revogou* sua *equiparação* às *empresas públicas* (art. 8º).

Por outro lado, retirou-as da *administração indireta,* tendo sido expresso o art. 3º, ao estabelecer que não constituem entidades da mesma *"as fundações instituídas em virtude de lei federal".*

Manteve, no entanto, o mesmo dispositivo, em sua segunda parte, a sujeição das *fundações governamentais* à *supervisão ministerial* prescrita para os organismos da *administração indireta* (arts. 19 e 26 do Decreto-lei 200/67), quando aquelas entidades "recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União".[23]

A par dessas disposições, que dizem respeito a todas as *fundações privadas federais,* quer de *criação anterior,* quer de *instituição posterior à vigência do Decreto-lei 900/69,* este introduziu, no que concerne às últimas, um regime diferente quanto à instituição e manutenção, que têm de obedecer aos requisitos estabelecidos pelo *art. 2º* do diploma normativo em referência. Esse dispositivo assim estatuiu:

"Não serão instituídas pelo poder público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

[22] Ver Celso Antônio. loc. cit. Ver Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. Fundações criadas pelo Estado, mas regidas pelo direito privado. In: ***Princípios gerais de direito administrativo.*** Rio, 1974, v. 2, p. 245 e seg.

[23] Ver arts. 12 e seg. da Lei nº 4 320, de 17.3.64, que estabelece normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos municípios e do Distrito Federal.

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, equivalentes a, no mínimo, 1/3 (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 seg. do Código Civil)."

Outrossim, cumpre assinalar que o art. 1º do *Ato Institucional nº 8, de 2.4.69,* estatuiu que a *reorganização administrativa dos estados, dos municípios e do Distrito Federal* deveria observar "os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal". Em conseqüência, as referidas normas pertinentes às *fundações governamentais federais* tornaram-se *normas gerais de direito administrativo* para os governos locais.[24]

O Estado da Guanabara, por exemplo, afeiçoou sua legislação ao modelo federal, através dos *Decretos-leis* n.os 383, de 27.5.70 e 434, de 7.7.70.[25]

4.1 Sustentamos, em nosso trabalho anteriormente citado (pág. 65), que, de acordo com o novo quadro legal, as *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público* passaram a se inserir na categoria dos *entes de cooperação,* integrando a *descentralização em regime de cooperação,* a que se referem Seabra Fagundes[26] e Themistocles Cavalcanti,[27] com diferentes características, que variam num ponto ou noutro, de caso para caso.

O último autor assim 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

24 O AI nº 8/69 continua em vigor, por força do art. 182 da Constituição Federal.

25 O art. 28 do Decreto-lei nº 1, de 15.3.75, que constitui a Constituição provisória do novo Estado do Rio de Janeiro, dispõe, em seu § 2º, que
"não constituem entidades da administração indireta as fundações instituídas pelo poder público estadual, ficando, entretanto, sujeitas à supervisão das secretarias", consoante a área de competência em que estiver enquadrada sua atividade principal. Aliás, a "fusão" ensejou a criação de várias *fundações administrativas,* como a *Fundação para o desenvolvimento da Região Metropolitana* (Fundrem)

26 *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 1967. p. 41.

27 *Curso de Direito Administrativo.* 1958. p. 347-348.

serviços públicos do que mesmo privados e lucrativos. Não se confundem com o serviço público quanto à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, mas dele 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."

Dentre outras, eram citados, tradicionalmente, como entes de cooperação o Sesc, o Sesi, o Senac, o Senai, a Cruz Vermelha Brasileira. São órgãos que tiveram sua organização regulada por lei, estatutos aprovados por decreto; fiscalização por parte do poder público, que interfere, assim, na sua estruturação e administração; neles há participação dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, na sua instituição, manutenção, gestão e funcionamento; têm personalidade jurídica de direito privado; podem ser subvencionados pelo Estado, arrecadando, muitas vezes, em seu favor, contribuições parafiscais.[28]

As novas fundações, criadas segundo o modelo do art. 2º do Decreto-lei nº 900/69 enquadrar-se-iam na categoria em pauta. As anteriores passaram a integrá-la, no período de transição, em decorrência de sua exclusão da administração indireta (art. 3º citado), embora, em geral, sem contar com a presença dos particulares no seu patrimônio e dispêndios. Julgamos, porém, que a característica fundamental está na posição da entidade no contexto da *descentralização administrativa,* fora da Administração Pública propriamente dita, mas exercendo função que se pode dizer administrativa.[29]

[28] Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo.* 1974, v. p. 217 e seguintes) prefere a expressão *entes paraestatais* para a categoria em foco, na qual inclui sindicatos e partidos políticos (ver *Fundações.* p. 253. O art. 178, parágrafo único, da Constituição Federal, usa a expressão *em cooperação.*

[29] Themistocles Cavalcanti indicava, também, como exemplos de entes de cooperação as *empresas incorporadas ao patrimônio nacional* e, até mesmo, fundações, como a *Getulio Vargas.* Seabra incluía, na categoria, as *sociedades de economia mista,* impressionado com o regime de cooperação, com a união do Estado e dos particulares para o desempenho comum de certos encargos, "pelo emprego de esforços e capitais de ambos". Mas, como sabemos, as *sociedades mistas* integram a *administração indireta,* inserindo-se no processo de *descentralização institucional.* A *cooperação* está presente mas, apenas, sob o aspecto da co-participação: a posição dessas entidades é, todavia, *dentro* da *Administração Pública.* O Estado, ao disciplinar o exercício de uma parcela da *função administrativa,* pode optar entre assumi-lo diretamente, ou deixá-lo a uma *pessoa administrativa* da *administração indireta.* Na criação desta *pessoa administrativa,* poderá o poder público escolher entre a *personalidade de direito público* (*a autarquia*) ou de *direito privado* (*as entidades paraestatais*). Será possível, porém, ainda, criar uma *pessoa jurídica de direito privado,* não-pessoa administrativa, que se coloque ao lado,

4.2 Em decorrência do seu posicionamento no processo de *descentralização* e no conjunto dos organismos que exercem a *função administrativa,* os *entes de cooperação* estão submetidos à fiscalização do poder público.

Essa fiscalização é, porém, muito menos abrangente que a *tutela administrativa,* o que é lógico, dado que as entidades em questão não integram a *Administração Pública,* não são *pessoas administrativas.*

O art. 183 do Decreto-lei nº 200/69 assim prescreve:

"As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços

mas fora da administração pública subjetivamente considerada, ou trazer para esta posição alguma entidade antes puramente particular. Diferente é a posição das *corporações* e *fundações* genuinamente particulares que, no entanto, sejam constituídas no País, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade e que, na forma da legislação em vigor, podem ser declaradas de *utilidade pública* (art. 16 do Código Civil, Lei federal n: 91, de 28.8.35, regulamentada pelo Decreto nº 50 517 de 2.5.61, alterado pelo de nº 60 931, de 4.7.67). Aliás, o título é concedido em benefício da entidade. O art. 3º da Lei federal nº 91, de 28.8.35, diz que os favores que decorrem da concessão do título são, apenas, garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e a da menção do título concedido". Quanto a favores fiscais em prol das entidades e seus mantenedores, no campo do imposto de renda, ver art. 25 e 184 do Regulamento para a Cobrança e Fiscalização do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 10.5.66. Se a entidade recebe subvenções, está sujeita à fiscalização pertinente: além disso, há controle pelo Ministério da Justiça. André de Laubadère (*Traitè élèmentaire de droit administratif.* 4. ed., Paris, 1967. p. 172 e segs.) doutrina: "Les etablissements d'utilité publique sont des groupements privés qui ne gérent pas un service public mais une activité privée, auxquels cependant, en raison d'un certain interêt qu'il représentent, a été octroyée la "reconnaissance d'utilité publique." Ocorre, todavia, por vezes, que *entes de cooperação* sejam declarados de *utilidade pública,* para obtenção das vantagens vistas: cf. Lei GB. nº 1 868, de 15.10.70, sobre o Museu da Imagem e do Som, da Fundação Vieira Fazenda. Diversa de todas essas hipóteses é a da participação do Estado em entidades particulares, como o caso típico das *participações financeiras ou acionárias* do poder público em empresas particulares, que conservam sua natureza, não obstante dita participação (ver *Lições de Direito Administrativo.* Editora Rio, 1972. p. 55-6). Diferente, ainda, é a situação das instituições particulares que, por exercerem atividade relevante para a comunidade, estão submetidas a especial atuação do poder de polícia. Cumpre lembrar a expressão *descentralização por colaboração,* a abranger as hipóteses em que a "entes privados particulares delega o Estado o exercício de encargos públicos" (*Lições.* cit., p. 62). É o caso da concessão de serviços públicos, e de *fundações particulares,* como a *Fundação Ataulpho de Paiva,* encarregada, na Cidade do Rio de Janeiro, da vacinação BCG. A *descentralização por cooperação é subjetiva* e *objetiva*: a por *colaboração,* só objetiva.

de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma."[30]

O Decreto-lei nº 772, de 19.8.69, por seu turno, dispõe sobre a auditoria externa a que ficam sujeitas as entidades ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebam contribuições para fins sociais ou transferências do orçamento da União. Estatui *ipsis verbis*:

"Art. 1º — Sem prejuízo do disposto no artigo 183 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, as entidades ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que se utilizem de contribuições para fins sociais (Decreto-lei nº 27, de 14 de novembro de 1966) ou recebam transferências do Orçamento da União, estarão sujeitas também a auditoria externa, a cargo da Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério em cuja área de competência se enquadrarem.

Parágrafo único — Se a entidade ou organização dispuser de renda própria de outra natureza, a auditoria se limitará ao emprego daquelas contribuições e transferências.

Art. 2º — Nos casos de irregularidade apuradas, se o responsável, devidamente notificado, deixar de atender às exigências formuladas pela Inspetoria-Geral de Finanças, o ministro de Estado determinará a suspensão dos repasses destinados às referidas entidades ou organizações, ou a retenção da receita na fonte arrecadadora."

Outrossim, o Decreto nº 74 296, de 16.7.74, que dispõe sobre a estrutura básica do Ministério do Trabalho, estabelece, em seu art. 4º, III, n.os 1 a 4, que estão vinculados ao mesmo, "para os fins do art. 183 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967", o Senai, o Senac, o Sesi e o Sesc.

4.3 O Decreto-lei nº 900/69 não se limitou, porém, ao tipo de controle próprio dos *entes de cooperação*, que não pertencem à *Administração Pública*.

30 Sobre o Sesc, ver Decreto-lei nº 9 853, de 13.9.46; Decreto nº 60 344, de 9.3.67; e Decreto nº 61 836, de 5.12.67. Sobre o Sesi, ver Decreto-lei nº 9 403, de 25.6.46; Decreto nº 57 375, de 2.12.65; Decreto nº 58 512, de 26.5.66; Decreto nº 61 779, de 24.11.67. Sobre o Senac, ver Decreto-lei nº 8 621, de 10.1.46; Decreto nº 60 343, de 9.3.67; Decreto nº 61 843, de 15.12.67. Sobre o Senai, ver Decreto-lei nº 4 048, de 22.1.42; Decreto nº 494, de 10.1.62. Sobre a Cruz Vermelha Brasileira, ver Lei nº 2 380, de 31.12.1910; Decretos n.os 9 620, de 13.6.1912; 23 482, de 21.11.33, e 65 543, de 21.10.69.

O art. 3º, conforme sabemos, adotou uma posição extremada: se a fundação recebe subvenções ou transferências está sujeita, de modo completo, à *tutela administrativa,* tal como se fossem da *administração indireta,* embora não o sejam.

Cabe, ainda, assinalar que a grande maioria das *fundações privadas instituídas pelo poder público* são beneficiárias de recursos orçamentários, o que as coloca, forçosamente, sob a supervisão da administração direta.[31]

Essa solução é, todavia, incongruente, porque equivaleu a excluir tais *fundações* da *administração indireta* e, ao mesmo tempo, dar-lhe o mesmo tratamento das *entidades paraestatais.*

Em verdade, importante não é a lei dizer que uma instituição pertence, ou não pertence à *administração indireta,* como se fora o simples problema de ostentação, ou não, de um determinado título. O relevante é o regime jurídico a que a entidade está submetida: se este é de *entidade paraestatal,* o organismo pertence, na realidade, a esta categoria, integrando a *administração indireta.*

Ora, estar sujeito à *tutela administrativa,* tendo sido criado por lei, para a realização de parcela da atividade administrativa, e pertencer à *administração indireta* são realidades equivalentes.

Como afirmou Celso Antônio[32] a erradicação, pretendida pelo Decreto-lei nº 900/69, das fundações, da administração indireta constituiu *"rematado dislate".*

[31] Para o controle pelos Tribunaia de Contas, ver *Fundações.* p. 105 e segs. Ver art. 17 dos estatutos da *Fundação Casa de Ruy Barbosa,* aprovados pelo Decreto nº 73 781, 11.3.74, que, como é comum nos diplomas da espécie, determina o encaminhamento de prestação anual de contas ao Tribunal de Contas. O art. 17 da Lei nº 5 878, de 11.5.73, que dispõe sobre a *Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística,* prevê o controle financeiro interno e o externo, ao prescrever que "a prestação de contas de cada exercício, inclusive da administração do Fundo a que se refere o artigo 12, será submetida pelo presidente do IBGE ao ministro de Estado do Planejamento e Coordenação Geral, que, com seu pronunciamento e os documentos mencionados no artigo 42, do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, a enviará ao Tribunal de Contas da União, até 30 de junho do exercício seguinte." Ver Súmula nº 8 da jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União: "Compete ao Tribunal de Contas o julgamento da regularidade das contas globais das entidades criadas pelo Poder Público, sob a forma de fundação, com personalidade jurídica de direito privado, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União" (*D. Of. União,* S.I.P.I., de 28.12.73, fls. 13 490). Ver ainda, *D. Of.* de 6.5.70, fls 3 279 e segs. Ver parecer do Consultor-Geral da República In: *D. Of.* de 11.5.71, fls. 3 521 e segs. Ver art. 45 da Constituição Federal.

[32] Op. cit. p. 157.

É expresso o citado autor no combate à incongruência do disposto no art. 3º do Decreto-lei nº 900/69 (p. 168):

"Ora, curiosamente os controles previstos no mencionado art. 26 são justamente os aplicáveis às entidades da *administração federal indireta.* Este fato ressalta ainda mais o absurdo de o art. 3º do Decreto-lei nº 200 declarar, contraditoriamente, que tais fundações não são administração indireta e, ao mesmo tempo, colocá-las sob regime praticamente igual ao das entidades de direito privado que o são.

Com efeito, excluída a supervisão ministerial — comum para as entidades da administração indireta e fundações governamentais — pouco resta para completar-lhes o regime jurídico e, do pouco que resta, quase tudo é, também, obrigatoriamente igual para fundações governamentais privadas e demais pessoas *de direito privado* categorizáveis como administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas.)"

5. O passar do tempo veio comprovar que as determinações do Decreto-lei nº 900/69 não tiveram ressonância na prática legislativa e administrativa federal e local.

5.1 Em primeiro lugar, é mister acentuar que, na esfera da União, estando o referido diploma normativo no nível da legislação ordinária (e não da legislação constitucional complementar), e dependendo a criação, das *fundações,* de lei, de mesma hierarquia, as prescrições destas podem contrariar as daquele.

Outrossim, como o já indicado Ato Institucional nº 8 não torna obrigatórias para os governos locais as normas dos Decretos-leis 200 e 900, mas os "princípios fundamentais" da reforma administrativa federal, se a legislação respectiva vai alterando a orientação da mesma, é porque está inspirada por novos princípios, que vão influir no nível local, cuja administração pode e, até mesmo, deve ir afastando-se das normas primitivas, para afeiçoar-se a mais recentes prescrições.

5.2 Se é certo que a Lei nº 5 717, de 26.10.71, que autorizou a criação da *Fundação Alexandre de Gusmão* (de finalidades científicas e educativas no campo das relações internacionais), e o Decreto nº 69 553, de 18.11.71, que instituiu a entidade, se tenham orientado dentro do estatuído pelo art. 2º do Decreto-lei nº 900/69, prevendo a co-participação de recursos privados, é certo, também, que a Lei nº 6 025, de 5.4.74, que autorizou a criação

da *Fundação Universidade Federal do Acre,* e o Decreto nº 74.706, de 17.10.74, que a instituiu e aprovou seu estatuto, seguem trilha diversa, prevendo o art. 4º do último, como elemento de manutenção da Fundação, apenas recursos orçamentários da União.[33]

5.3 Por outro lado, as fundações governamentais ou, como é comum, recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, e, por isto, estão sujeitas à *supervisão* da *administração direta,* ou, mesmo que não sejam beneficiárias de recursos orçamentários, têm sido submetidas a tal tutela.

Este último é o caso da famosa *Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamento do Estado da Guanabara — FTREG,* que não recebe recursos orçamentários — mantendo-se com rendas próprias — mas que está submetida a rígida supervisão da Secretaria de Serviços Públicos, a tal ponto que o art. 1º *in fine,* dos Estatutos aprovados pelo Decreto *E* nº 7 272, de 15.8.74, dispõe que a instituição se acha "normativamente subordinada" à referida secretaria.

5.4 A par de todo o acima exposto, generalizou-se a prática de os diplomas normativos sobre *Administração Pública* disporem, ao mesmo tempo, para a *administração indireta* e para as *fundações instituídas pelo poder público,* evidenciando a identificação, dos respectivos regimes jurídicos.

5.4.1 Neste sentido, a *Lei Complementar nº 8, de 3.12.70,* que instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, coloca em pé de igualdade, em seu art. 3º, "as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios".[34]

O art. 8º estabelece, por outro lado, que "a aplicação do disposto nesta Lei Complementar aos Estados e Municípios, às suas entidades da administração indireta e fundações, bem como a seus servidores, dependerá de norma legislativa estadual ou municipal".

[33] Ver Lei nº 6 129, de 6.11.74, e Decreto nº 75 241, de 16.1.75, sobre a fundação *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)*, que, segundo o art. 1º dos Estatutos aprovados pelo último diploma citado, está "vinculada à Secretaria de Planejamento da Presidência da República (Seplan).

[34] Cf. art. 12 da Lei Complementar nº 7, de 7.9.70, que instituiu o Programa de Integração Social (Ver Lei estadual GB nº 1 927, de 25.6.71).

5.4.2 Outrossim o *novo Código Penal* (*Decreto-lei nº 1 004, de 21.10.69, com as alterações da Lei nº 6 016, de 31.12.73*), em dois dispositivos equipara as *fundações instituídas pelo Poder Público* às *pessoas administrativas da administração direta e indireta*: no *art. 182, § 2º* (agravação da pena, em estelionato, quando "cometido em detrimento de entidade de direito público, de empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público") e no *art. 364, parágrafo único* ("conceito de funcionário público por equiparação:" "equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público").

5.4.3 As *leis orçamentárias,* por seu turno, colocam, lado a lado, a *administração indireta* e as *fundações instituídas pelo poder público,* como se lê nos *arts. 1º e 3º* da *Lei nº 6 187, de 16.12.74,* que estimou a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 1975.[35]

5.4.4 A recente *Lei nº 6 184,* de *11.12.74,* deu o mesmo tratamento à integração de funcionários públicos nos quadros de *sociedades de economia mista, empresas públicas* e *fundações* resultantes de transformação de órgãos da Administração Federal direta e autarquias.[36]

5.4.5 Os recentíssimos Decreto-lei nº 1.390, e Decreto nº 75 321, ambos de 29.1.75, e que tratam do Fundo Rotativo Habitacional de Brasília, taxa de ocupação e alienação e ocupação de imóveis residenciais da *Administração Federal* no Distrito Federal, enumeram, lado a lado, "os órgãos ou entidades da Administração Federal, direta ou indireta, bem como as fundações, sob supervisão ministerial".[37]

5.4.6 É, na realidade, farta a legislação específica sobre *fundações governamentais,* tratando-se em conjunto com órgãos da *administração indireta,* ou estendendo-lhes o regime desta, ou estabelecendo-lhes um sistema de vinculação e controle mais rígidos, do que se, efetivamente, integrassem a *administração descentralizada.*

Podemos indicar, ainda, a título exemplificativo:

[35] Ver art. 62 da Constituição Federal.

[36] Ver Exposição de motivos do respectivo projeto. In: *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), de 9.10.74, fls. 8 037-8.

[37] É de notar-se o emprego da nova expressão *fundações sob supervisão ministerial.*

A) *Decreto E nº 4 923, de 3.6.71, da Guanabara* — Dispôs sobre a aplicação dos preceitos do *Código de Administração Financeira estadual* e de seu *Regulamento Geral,* pelas *sociedades de economia mista, empresas públicas* e *fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.*

Dispõe o art. 1º:

"Os representantes do Poder Executivo nas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público providenciarão, no prazo de 30 (trinta) dias, a inserção, nos atos constitutivos das respectivas entidades, de disposição que submeta aos preceitos do Código de Administração Financeira do Estado da Guanabara e de seu Regulamento Geral as compras, obras, serviços e alienações de imóveis, ficando, ademais, estas últimas, sujeitas a autorização prévia do Governador do Estado.

B) *Decreto E nº 4 978, de 21.7.71, do Estado da Guanabara* — Baixou normas para aplicação pelas fundações instituídas pelo poder público estadual.

Dentre suas disposições, destacaremos as seguintes:

"Art. 3º — A identificação e o uso das viaturas da fundação obedecerão às disposições legais vigentes para a administração direta.

Art. 4º — A fundação não poderá ter à sua disposição nenhum servidor a ela estranho sem que a respectiva requisição tenha sido expressamente autorizada pelo Governador do Estado.

Art. 5º — Nenhuma vantagem pecuniária de caráter permanente será concedida a servidor da fundação ou a servidor requisitado sem que conste da programação de despesas dessa natureza e haja sido previamente autorizada pelo titular da Secretaria a que se achar vinculada a fundação.

Art. 6º — Toda a assistência médica complementar aos servidores da fundação só poderá ser prestada através do Instituto de Assistência dos Servidores do Estado — IASEG, mediante convênio do qual conste cláusula de pagamento pelos serviços executados.

Art. 7º — Nas compras, obras e serviços a serem realizados pela fundação, bem como em todas as operações concernentes a imóveis, serão observadas, no que couber, as normas do Código de Administração Financeira do Estado e de seu Regulamento Geral, ficando, porém, sujeitas a prévia autorização:

I — do governador do Estado, a alienação, inclusive permuta, oneração, aquisição, locação (como locadora ou locatária), cessão e permissão de uso de imóveis;

II — do secretário de Estado a que se achar vinculada a fundação, as dispensas de licitação, salvo nas hipóteses das alíneas *b*, *f* e *i* do § 2º do artigo 337 do referido Regulamento Geral ou nos casos de calamidade e segurança públicas.

Parágrafo único — Excetuada a hipótese da alínea *i* do § 2º do citado artigo 337, a dispensa de licitação constará sempre de despacho fundamentado, publicado no *Diário Oficial* do Estado, Parte I.

Art. 8º — Não haverá nenhuma modificação de preços estabelecidos em contratos firmados pela fundação, ou quaisquer alterações de cláusulas contratuais, sem autorização prévia do secretário de Estado a que ela se ache vinculada, devendo a autorização ser publicada no *Diário Oficial* do Estado, Parte I.

Art. 9º — Qualquer empréstimo externo só poderá ser realizado com autorização prévia do governador do Estado."

C) *Decreto E nº 5 020, de 13.8.71, da Guanabara* — Dispôs sobre a utilização de "veículos oficiais do poder executivo, quer da administração direta, quer da indireta, quer das fundações instituídas pelo poder público".

O art. 2º equipara, quanto ao "direito à utilização de automóvel de uso individual, para o desempenho de suas funções", dentre outros "presidentes e superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público" (letra *a*).

D) *Decreto E nº 5 075, de 27.9.71, da Guanabara* — Estabeleceu normas para o pagamento de despesas nas autarquias, fundos e fundações instituídas pelo poder público estadual.

E) *Decreto E nº 5 422, de 17.5.72, da Guanabara* — Determinou o levantamento das tarefas executadas pelas unidades orgânicas das Secretarias.

O art. 4º estatui:

"O disposto neste decreto aplica-se aos órgãos da administração direta e indireta, bem como as fundações instituídas pelo poder público, excetuados o Banco do Estado da Guanabara (BEG), a Companhia Progresso do Estado da Guanabara — (Copeg) e a Universidade do Estado da Guanabara (UEG).

F) *Lei nº 89, de 27.12.72, do Estado de São Paulo* — Dispôs sobre obras, serviços, compras e alienações da administração centralizada e autárquica estaduais.

Prescreve seu art. 80:

"As fundações mantidas pelo Estado, as sociedades sob controle majoritário do Estado e as empresas públicas estaduais, sempre que possível e conveniente, adotarão as normas desta lei para aprovar obras, serviços e compras, caso em que declararão nos seus editais e convites essa circunstância."

G) *Decreto nº 1 890, de 21.12.71, alterado pelos Decretos n.os 2 069, de 9.10.72, e 2 235, de 10.4.73, do Distrito Federal* — Consolidou normas sobre administração de pessoal das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, autarquias e órgãos relativamente autônomos do Distrito Federal, fixou critérios de remuneração, e deu outras providências.

A edição dessa legislação corresponde à tendência geral, do Direito brasileiro, de dispor sobre o regime jurídico do pessoal de tais entidades, estabelecendo limites salariais, elenco de direitos e deveres, procedimento de requisição, por aqueles, de funcionários públicos, etc.

H) *Decreto nº 1 703, de 31.5.73, alterado pelos Decretos n.os 2 206, de 26.2.73, e 2 508, de 28.12.73, e retificado pelo de nº 1 359, de 17.11.*G1 *do Distrito Federal.* — Estabeleceu normas de licitação para a administração direta e autárquica do DF.

Dispõe em seu art. 86:

"As sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações do Distrito Federal baixarão, através dos respectivos órgãos competentes, suas próprias normas relativas a licitações para compra e alienação de bens e contratações de obras e serviços".

6. Todo o exposto evidencia, não uma rebeldia ao esquema do Decreto-lei nº 900/69, mas a realidade inexorável de que as *fundações governamentais* participam, em verdade, do processo da *descentralização institucional,* não podendo deixar de pertencer à *administração indireta.*

Foi por isso que o Decreto-lei nº 900/69, embora tivesse limitado essa vinculação à hipótese em que as *fundações* recebessem recursos orçamentários, e tivesse pretendido eliminá-las da *administração indireta,* não conseguiu, na prática, realizar seu intento, mantendo-se as características básicas dessa integração.

Destarte, para que a legislação não continue a distanciar-se da realidade jurídico-administrativa, deve ser alterado o Decreto-lei nº 900/69, no sentido de que as *fundações instituídas pelo poder público,* inequivocamente dentro

do processo de *descentralização institucional* voltem a integrar, podemos dizer oficialmente, a *administração indireta.*

Ademais, como vimos, não tem sido possível o atendimento ao requisito previsto na letra *b* do art. 2º do Decreto-lei nº 900/69, que não deve, assim, subsistir para as *fundações governamentais* da administração indireta. A co-participação poderá ocorrer, ou não, embora, no particular, seja mais própria das *fundações de cooperação,* conforme destacaremos a seguir.

7. É claro que pode ocorrer que, por conveniência político-administrativa, interesse ao poder público criar *fundações* sob a modalidade de co-instituição com particulares, ou com a participação, de alguma forma destes, dentro do regime da *descentralização por cooperação* e sujeitas aos controles próprios dessas entidades, conforme o já visto anteriormente sem prejuízo da atuação do *Ministério Público* (art. 26 do C. Civil e 1 200 e segs. do Código do Processo Civil).[38]

Muito antes do advento do Decreto-lei nº 900/69, já se criavam *fundações* nesse regime.

No Estado da Guanabara, fundação que ostentava tal posição era a *Fundação Garantia do Atleta Profissional — Fugap,*[39] instituída sob o patrocínio do Governo do Estado da Guanabara, e que administra um fundo de garantia

[38] A atual situação das *fundações governamentais* leva a perplexidade quanto à participação do *Parquet* em relação às mesmas. Sobre nossa posição, ver *Fundações* cits., p. 101 e segs.; e nossa tese, aprovada no IV Congresso Fluminense do Ministério Público (Nova Friburgo, Estado do Rio de Janeiro, de 4 a 7 de julho de 1972), O Ministério Público e as fundações instituídas pelo Estado. In: *Revista do Ministério Público Fluminense.* 1. 2, nº 3, p. 249 e segs., 1972). Ver item 28 da Portaria *E* nº 3/75, de 7.2.75, Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, no sentido da tese. Ver Competência do Ministério Público Federal para fiscalizar as fundações instituídas pela União e limites da fiscalização institucional, de Roberval Clementino Costa do Monte. In: *Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara,* nº 19, p. 11 e segs., 1974, que reproduz parecer do citado autor, aprovado pelo procurador-geral da Justiça. Ver A atuação do Ministério Público como órgão fiscalizador das fundações, de Armando de Oliveira Marinho e Celso Fernando de Barros (In: *Revista do Ministério Público Fluminense,* v. 2, nº 3, p. 291 e segs., 1972; *Rev. Dir. Adm.,* p. 34 e segs.), tese apresentada no IV Congresso Fluminense do Ministério Público já referido, e cuja parte das conclusões que foi aprovada consta das fls. 314 da *Rev. M.P. Fluminense,* v. 2, nº 3, 1972.

N. da R.: O art. 73, 1º do Decreto-lei nº 11 de 15.3.75, do novo Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre o Ministério Público, exclui expressamente o controle deste, quando se tratar de "fundações instituídas pelo poder público estadual e por ele supervisionadas."

[39] Cf. Decretos *N* nº 107, de 9.12.63; e *N* nº 127, de 6.1.64.

constituído, principalmente, por contribuição que faz parte integrante e complementar do preço dos ingressos nos estádios da ADEG.

Na mesma situação encontramos[40] as *Fundações Vieira Fazenda* (que mantém o *Museu da Imagem e do Som*),[41] *Otávio Mangabeira*[42] e *Cesgranrio*.[43]

É de se assinalar, porém, que a tendência de integração das fundações, que têm ligação governamental, na Administração Indireta, é tão acentuada, que a Fugap passou ao sistema da plena *tutela administrativa,* por força do Decreto estadual *E* nº 6 153, de 10.5.73, que a considerou vinculada à Secretaria de Cultura, Desportos e Turismo, para fins de supervisão.[44]

[40] É de assinalar-se que o Legislativo não participou do processo de criação das fundações referidas neste tópico.

[41] Decreto *E* nº 385, de 24.4.64, escritura de 16.11.65, livro 2 396, fls. 43v., do 17º Ofício de Notas: o instituidor foi o Banco do Estado da Guanabara S. A. (sociedade de economia mista) mas o próprio Governador do Estado é Presidente do Conselho de Administração — é quem nomeia o Diretor Executivo. O ato de instituição diz que a fundação tem "como objetivo primordial cooperar com os poderes públicos na recuperação, preservação, guarda e exposição de documentos audiovisuais que constituem patrimônio histórico da Cidade do Rio de Janeiro." N. da R.: O recente Decreto-lei nº 60, de 9.7.75, do novo Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 2, autorizou a Secretaria de Estado de Educação e Cultura a, após o cumprimento das formalidades legais necessárias, incorporar à recente *Fundação Estadual de Museus do Rio de Janeiro* (Femurj) o acervo da Fundação Vieira Fazenda, inclusive o seu Museu da Imagem e do Som, que passará a constituir uma unidade da Femurj.

[42] Decreto nº 294, de 7.12.60; escritura de 23.1.1961, no livro 1 193, fls. 54v., do 18º Ofício de Notas (*D.O.* GB., Parte I, de 29.7.61, fls. 16 963 e segs.). Foi co-instituída a Fundação por várias figuras da sociedade carioca, com o objetivo de "construir escolas públicas e suprir as deficiências do ensino público no Estado da Guanabara, contribuindo efetivamente para exterminar o deficit escolar, através de estreito contato com os Poderes Públicos locais". Para novos estatutos, v. *D. Of.* GB., Parte I, de 19.3.64, fls. 4 457 e segs.

[43] O designação completa da entidade é *Fundação Cesgranrio-Centro de Seleção de Candidatos ao Ensino Superior do Grande Rio,* co-instituída por entidades de ensino superior públicas (autarquias, como as Universidades Federais do Rio de Janeiro e Fluminense; fundação governamental como a Universidade do Estado da Guanabara; e particulares, como a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), com a finalidade de "selecionar candidatos ao ensino superior na área do Grande Rio, em decorrência do despacho dado, em 30.9.72, pelo Sr. Ministro de Estado da Educação e Cultura, ao aprovar o parecer nº 126/72 da Consultoria-Jurídica do Ministério da Educação e Cultura, no processo nº GM/BSB nº 5 819/72, v. *D. Of.* União, S.I.P.I., de 6.10.72, fls. 8 942, escritura de 4.1.73 livro 1.423, fls. 94, e de 7.3.74, livro 1 539, fls. 9v., ambas do 22º Ofício de Notas.

[44] *Nota.* O Decreto nº 3, de 15.3.75, do novo Estado do Rio de Janeiro, situou a Fugap vinculada à Secretaria do Governo, pela qual é supervisionada.

Conclusões

1. De há muito, no Brasil, são instituídas *fundações de direito privado* pelo poder público, dentro do fenômeno da *descentralização administrativa.*

2. Integravam tais fundações a *administração indireta,* em razão da *descentralização institucional,* estando, em conseqüência, submetidas à *tutela* ou *supervisão* de ministérios e secretarias, situação que se manteve no regime do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (art. 4º, § 2º).

3. O Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969 (arts. 2º e 3º) prescreveu a exclusão das *fundações* em apreço da *administração indireta,* com a inclusão das mesmas no processo da *descentralização por cooperação,* mantendo, entretanto, a *supervisão administrativa* plena para aquelas que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento público.

4. A evolução da legislação e da realidade administrativa brasileiras evidenciaram a manutenção, praticamente, da identificação, do regime jurídico das *fundações governamentais* com o dos órgãos da *administração indireta.*

5. Cabe, destarte, a alteração do Decreto-lei nº 900/69, reintegrando, *de iure,* as *fundações de direito privado instituídas pelo Estado* na *administração indireta,* com a sujeição ao regime das respectivas *pessoas administrativas privadas,* e sem as limitações da letra *b* do art. 2º do referido diploma legal.

6. Continuaria o poder público, como já fazia antes do próprio Decreto-lei nº 900/69, a ter a possibilidade, todavia, de participar da instituição de *fundações* dentro do regime de *descentralização por cooperação,* desde que assim o justifiquem razões de ordem político-administrativa, sujeitando-se ditas entidades às normas pertinentes às *fundações de direito privado* em geral, com as peculiaridades dos chamados *entes de cooperação* da Administração Pública.