

# As fundações de direito público e o controle de suas atividades

**JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO**

Diretor da Faculdade de Direito da UFMG

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. Formas descentralizadas da Administração Estatal — 3. Fundações. Conceito. Espécies — 4. Tendências referentes às Fundações de Direito Público — 5. O controle das atividades descentralizadas.

## 1. INTRODUÇÃO

A participação do Estado na Economia, com a conseqüente ampliação da ação estatal, objetivada através dos processos de intervenção no domínio econômico, tem propiciado diversos estudos que procuram delinear as diferentes nuances do papel a ser desempenhado pelo Estado, por meio de múltiplas formas de intervenção indireta. Esta atuação leva-nos a reflexões sobre as instituições clássicas da Administração, em uma época em que as maneiras de descentralização e das próprias tarefas pertinentes ao Estado passam a ser questionadas.

A intervenção do Estado na ordem econômica leva a indagações em torno das causas que motivaram o intervencionismo, bem como os limites e as formas desse procedimento, ao lado dos levantamentos em torno dos regimes jurídicos a que estão submetidos, tendo em vista as regras constitucionais. Examina-se o controle da legalidade, e as vezes, da legitimidade da ação intervencionista do Estado, preci-

sando-se as formas de fiscalização, realizadas pelos órgãos por ele criados. Em certo sentido, como modalidades de intervenção podem ser apontadas: as de disciplina e controle e as de intervenção direta do Estado.

O Estado atua diretamente ou através de entes da administração descentralizada ou surge como agente do processo econômico, sendo que em certas oportunidades, por via indireta, usa seu poder normativo, disciplinando e controlando os agentes econômicos. Intervindo de maneira supletiva ou corretiva, procura o Estado realizar os objetivos da justiça social, ao mesmo tempo que alcança o aprimoramento e o equilíbrio do sistema econômico, contribuindo, em certas ocasiões, para o fortalecimento do poder político, especialmente do executivo e dos organismos administrativos.

O Estado contemporâneo, com tarefas cada vez mais amplas e complexas, acarretou sensíveis modificações na Administração Pública, que determinaram nova técnica de organização dos serviços públicos, que permite retirar do poder central certos serviços e institucionalizá-los. Os encargos remetidos ao Estado levaram a importantes modificações nos mecanismos da Administração, que além da hierarquia centralizada, passou a perceber a necessidade de constituir entidades que colocadas ao lado da administração geral, ganharam personalidade e patrimônio, com o objetivo de atender às conveniências e os interesses públicos.

Além de prestar maior número de serviços públicos, com a transferência de diversas atividades, que até então eram entregues ao setor privado da economia e de exercer com profundidade o poder de polícia, o Estado viu-se obrigado a participar, efetivamente, de múltiplos setores, por via de formas de descentralização as mais variadas, circunstância que acarretou a procura de novas modalidades de regimes jurídicos para institucionalização de uma variada gama de entidades.

## 2. FORMAS DESCENTRALIZADAS DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL

A descentralização é um dos capítulos mais ricos da moderna organização administrativa. Em consequência dessa tendência, a Administração Indireta ou Descentralizada constituída de pessoas jurídico-administrativas criadas pelo Estado, passa a determinar fórmulas para transferência de certas atividades administrativas.

Mostra Alberto Venâncio Filho que a intervenção do Estado iria acarretar o aparecimento de novas pessoas jurídicas de direito público, para atender a descentralização dos serviços, desde que a organização administrativa clássica não suportaria a flexibilidade exigida pelas questões econômicas.<sup>1</sup>

O intervencionismo estatal está bem presente na importância que vem sendo dada às Empresas Públicas no Direito Comparado, quando se examina a participação dos poderes públicos nas atividades econômicas.

O Estado contemporâneo, ao lado de suas atividades político-administrativas, exerce outras atividades dirigidas à produção e intercâmbio de bens e serviços. Em muitos casos, o intervencionismo do Estado, em matéria econômica, realiza-se através de planificação, que se opera por meio do setor público fortemente constituído, onde merece destaque às Empresas Públicas.

O desenvolvimento crescente do papel do Estado, no domínio de atividades tradicionalmente tidas como próprias dos sujeitos privados, bem como a diversificação dos procedimentos utilizados para a realização de uma política econômica, contribuiu para novas modalidades de descentralização e desconcentração.

A Empresa Pública é tida como parte integrante do intervencionismo estatal, assentada em um processo econômico que se caracteriza pela coexistência da iniciativa, com um setor do intervencionismo público.

---

1. VENANCIO FILHO, Alberto, «A Intervenção do Estado no Domínio Econômico». O Direito Público Econômico no Brasil, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1968, p. 357.

A doutrina francesa, italiana e espanhola dedicaram estudos a questões dos fins da empresa pública, ao mesmo tempo que salientam as suas múltiplas tendências: empresas públicas para gerir serviços públicos, com finalidades sociais, redistributivas e econômicas; empresas que operam para contribuir com o desenvolvimento econômico do Estado, atuando nos setores produtivos, estratégicos e propulsivos, a fim de evitar estrangulamento no desenvolvimento econômico; empresas que regulam a estrutura do mercado econômico, evitando formações monopolíticas ou oligopolíticas ou estabilização do mecanismo dos preços; empresas com finalidades político-sociais; empresas que procuram estabelecer equilíbrio de bens e serviços em diferentes regiões e para conferir a elevação das condições econômicas de áreas em depressão.

A Empresa Pública, em todas as suas modalidades, visa satisfazer as necessidades da coletividade, mas nem sempre desenvolveu as mesmas funções, pois atendem a diversos setores da intervenção. Como estão ligados à economia pública, não têm autonomia de que goza a empresa privada, além de ter metas e fins gerais, mais amplos e complexos. A titularidade de uma empresa pelo Estado ou outro ente público só é justificável quando persegue finalidades de interesse geral. Apesar de estar submetida às normas de Direito Privado, está vinculada às exigências conexas com os fins públicos. Os fins do interesse coletivo é que justificam, a nível constitucional, o surgimento de Empresas Públicas.

As diferentes finalidades das Empresas Públicas no Ocidente são apontadas em certos autores como: execução de projetos que pela sua grandeza e risco econômico, ou por razão de segurança, não podem ser assumidas pelo capital privado; gestão de monopólios naturais; luta contra monopólios naturais; luta contra monopólios estrangeiros; ampliação da produção, quando a empresa privada não é atraída para novas atividades; empresas que surgem em decorrência da planificação. Como instrumento de execução da planificação econômica, as Empresas Públicas têm grande importância, pois participam na elaboração e execução do plano.

Qualquer que seja a forma jurídica sob a qual apresenta a Empresa Pública, a característica comum de todas elas é ser instrumento para o Estado conseguir seus fins. O Estado reconhece às Empresas gerenciadas direta ou indiretamente por ele, a necessidade de comportar-se como a empresa privada, no que toca a sua forma jurídica ou conduta econômica, não significa que exista identidade de fins entre os dois modelos empresariais. Entende-se aí que o controle e fiscalização não devem anular a capacidade de iniciativa e a liberdade de ação da Empresa Pública. As críticas ao modelo organizativo societário, utilizado pelas empresas privadas, com certo desvio que a sociedade anônima acarreta na Administração Pública, quando o patrimônio público surge com o privado, com fins coletivos, levam à defesa de um estatuto organizativo de Direito Público. A utilização do Direito Privado é de forma instrumental e tática, mas as atividades são substancialmente públicas, visam a satisfação dos interesses coletivos. Nesse sentido, a doutrina italiana distingue uma atividade administrativa de Direito Público, uma atividade administrativa de Direito Privado e uma atividade privada da Administração.

A cooperação Estado-Empresa é tida como uma das condições que pode produzir amplos benefícios na elaboração do plano, na estruturação setorial e no processo social. Este processo de colaboração opõe-se à forma estatal e autoritária dos planos econômicos dos Estados Comunistas, com a aceitação de planejamentos empresariais descentralizados.

A Empresa Pública, seus fatores, fins e funções, sendo esta vista como fonte central do desenvolvimento do intervencionismo estatal e seus aspectos políticos e institucionais, constituem aspectos constantes de recentes estudos.<sup>2</sup>

---

2. YSERN, Enrique Rivero, «Derecho Publico y Derecho Privado en la Organización y Actividad de las Empresas Publicas». Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales, maio/agosto, nº 86, 1978, págs. 11 e seguintes; SOUZA, Washington Peluso Albino de, «Primeiras Linhas de Direito Econômico». Fundação Brasileira de Direito Econômico, Série Manuais, nº 1, Belo Horizonte, 1977, págs. 242 e

As maneiras de atuação do Estado são responsáveis pelo crescimento de múltiplas fórmulas que visam dinamizar a atuação do mesmo, acarretando o que J. Cretella Júnior denomina de o processo descentralizante do Estado Moderno.<sup>3</sup>

As denominações de Entidades Paraestatais vem demonstrar a variedade de instituições que se encarregam de agilizar o processo de atuação do Estado Contemporâneo. A fixação do contrato e das características dessas entidades, parte do entendimento de que elas são dotadas de pessoa jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou mistos, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas de controle do Estado, não se confundem com autarquia, nem se identificam com entidade estatal. Paraestatal quer dizer paralelamente ao Estado, com finalidade de executar atividades de interesse do Estado, mas que não são privativas do Estado. Ao passo que as atividades efetuadas pelas autarquias são consideradas como atividades públicas típicas, as entidades paraestatais executam atividades atípicas do Poder Público, mas de utilidade jurídica, de interesse da coletividade, incentivados pelo Estado, que permite o surgimento de pessoas jurídicas com personalidade privada, para realizar tarefas apoiadas oficialmente.<sup>4</sup>

---

seguintes; COMTE, Philippe, «Un espoir pour les entreprises publiques: Les Contrats de Programme». Notas e Études Documentaires N<sup>os</sup> 4167 — 4168, fevereiro de 1975; D'ESTAING, Olivier Giscard, «Les rapports entre États et entreprises». Revue Politique et Parlementaire, nov./dez., n<sup>o</sup> 877, 1978, págs. 23 e seguintes; KAPLAU, Marcos, «Intervencion del Estado y Empresa Publica en la America Latina Contemporánea: Los Aspectos Politicos e Institucionales». Revista de Estudios Politicos, Centro de Estudios Constitucionales, julho/agosto, n<sup>o</sup> 4 (Nueva Epoca) 1978, págs. 5 e seguintes.

3. CRETELLA JÚNIOR, J., «Empresa Pública». José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1973, págs. 13 e seguintes.

4. MEIRELLES, Hely Lopes, «Autarquias e Entidades Paraestatais». Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, abril/junho, vol. 68, 1962, págs. 30 e seguintes.

Os exames das sociedades de economia mista, das empresas públicas, dos serviços sociais autônomos, dos estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial, das Empresas do Estado, Empresas nacionalizadas, autarquias e fundações merecem exames detalhados, quando se pretende racionalizar as formas e os procedimentos de atualização do Estado, em uma época em que aumenta a sua atuação na economia, as reações frente às crises internacionais, os contornos das deficiências de escassez de capitais, a crise do petróleo, os anseios de industrialização, os motivos de segurança, os planejamentos e a ocupação dos espaços vazios deixados pela iniciativa privada.<sup>5</sup>

## 5. FUNDAÇÕES. CONCEITO. ESPÉCIES

O artigo 16, I, do Código Civil Brasileiro enumera entre as pessoas jurídicas de direito privado as fundações, que são consideradas como um tipo especial de pessoa jurídica, que não associam pessoas, mas assentam-se num conjunto de bens, a que se atribui finalidade. Nesse sentido, as fundações não possuem membros, mas órgãos, são "universitates bonorum".

Formados de bens destinados a certo fim, constituem-se em um conjunto personalizado de bens, que visa conseguir

---

5. NOGUEIRA, Rosa Maria Esteves, «Empresa Pública no Brasil — a Entropa». Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, julho/setembro, vol. 12, nº 3, 1978, pág. 56; MEYNAUD, Jean, «Aspectos Atuais da Empresa Pública na França». Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1957, págs. 28 e seguintes; BIELSA, Rafael, «Derecho Administrativo». Tomo I, Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, págs. 278 e seguintes; BLAEVOET, Ch., «Le contentieux des établissements publics industriels et commerciaux». Revue du Droit Public et de la Science Politique, L.G.D.J., jan./fev., 1957, nº 1, págs. 5 e seguintes; GORDILLO, Agustín A., «Empresas del Estado (empresas nacionalizadas, sociedades de economia mista, sociedades del Estado, etcétera)». Ediciones Macchi, Cordoba, 1966; RIVERO, Jean, «Le regime des Entreprises nationalisés et l'évolution du Droit Administratif, em La Distinction du Droit Public et L'Entreprise Public». Recueil Sirey, 1952, págs. 147 e seguintes.

certo objetivo. Três são os elementos que lhe dão configuração própria: complexo de bens, personalização e finalidade. Sua estrutura jurídica repousa num complexo patrimonial, desde que este elemento constitui exigência legal e conceitual do ente fundacional. Conforme determina o artigo 25 do Código Civil, sem patrimônio não existe fundação, pois quando este é insuficiente para constituí-la, os bens doados serão convertidos em títulos da dívida pública, se de outra coisa não dispuser o instituidor, até que, aumentados os rendimentos ou novas dotações que perfaçam capital bastante.

O patrimônio da fundação é fornecido pelo instituidor, que tanto pode ser um particular como o Estado. Os órgãos da instituição são servientes, suas decisões ficam adstritas aos limites delineados pelo instituidor. Formada por um complexo de bens destinados a um fim específico, de caráter permanente, é uma universalidade de bens personalizados, em atenção ao fim, que lhe dá unidade.

Como pessoa jurídica de direito privado, é constituída por dois atos essenciais: um, o de fundação, que pode ser por escritura pública ou testamento, pelo qual o instituidor cria a entidade; e o segundo, o de dotação, que fixa o conjunto de bens livres, os fins a que se destina e a forma que serão administrados. A existência surge com a inscrição de seus atos constitutivos no registro público.

Apesar de sua origem privatística, com o correr do tempo surgiram duas espécies de fundações:

- a) fundações de direito privado, reconhecidas pelo Direito Civil e que têm nessas normas as suas regras de estruturação;
- b) fundações de direito público, aceitas pelo Direito Administrativo.

Ferrara classifica as pessoas jurídicas quanto à estrutura em corporativas e fundacionais. No que toca à capacidade classifica as fundações em públicas e privadas. No que se refere à nacionalidade, em nacionais e estrangeiras.<sup>6</sup>

---

6. FERRARA, Francisco, «Teoría de las Personas Jurídicas». Madrid, 1929, trad. esp.



As fundações de direito privado têm características que lhe são peculiares. O Ministério Público é responsável pela fiscalização institucional, desde que se trata de administração pública de interesse privado. Nos termos do Código Civil, em seu art. 26, o Ministério Público velará pelas fundações do Estado onde estão situadas. Já o anteprojeto do Código Civil, artigo 64, parágrafo único, transfere para o Ministério Público Federal os encargos de velar pela fundação, que estende sua atividade a mais de um Estado.

As atribuições do Ministério Público são bem amplas, incidem sobre todos os momentos de funcionamento dessas entidades. O Supremo Tribunal Federal, ao definir esta fiscalização institucional afirma que tal procedimento significa exercer toda atividade fiscalizadora de modo efetivo e eficiente, pelo que deve velar pela defesa da finalidade das fundações e de seus patrimônios, em decisões que considere prejudiciais às fundações, fica obrigado a recorrer das mesmas.

No que toca à inalienabilidade do patrimônio fundacional, não se pode esquecer que o complexo patrimonial está vinculado a um fim determinado e preestabelecido por ocasião de sua instituição. Este elemento patrimonial, sendo essencial ao conceito de fundação, reflete no que toca a questão da inalienabilidade dos bens. Em regra geral o patrimônio fundacional é inalienável, não pode ser desviado de seu destino. Deve atender a concretização de fins preestabelecidos pelos instituidores, não podendo os administradores alterar os seus fins. Aceita-se, entretanto, a relativa inalienabilidade dos bens fundacionais, pois, desde que sejam vendidas permite-se que os resultados devem ser aplicados na aquisição de bens que atendem ao mesmo fim para o qual foi proposta a fundação.

Conclui-se, à primeira vista, que são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de sub-rogação os bens vinculados à finalidade da fundação ou clausulados no mesmo sentido, apenas não sofrem estas limitações, os bens destinados à realização de meios adequados aos objetivos da fundação.

Afetados por uma finalidade, a condição jurídica dos bens integrantes do patrimônio da fundação, não podem ser des-

viados de seu destino. A inalienabilidade é absoluta, em regra, apenas em relação aos bens diretamente vinculados aos fins da fundação. Os bens destinados a propiciar meios para a execução de seus objetivos são perfeitamente alienáveis.

Outra discussão que surge em torno do assunto é a que se refere à revogabilidade do negócio jurídico fundacional, instituído por escritura pública ou mediante testamento.

As considerações acima expostas são aplicáveis às fundações privadas, no que toca às fundações públicas surgem diversas particularidades.

#### 4. TENDÊNCIAS REFERENTES ÀS FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

As fundações de direito público passaram a ganhar relevo, ultimamente, à proporção que o Estado ampliou as suas fórmulas de atuação. Muitos juristas resistem ao reconhecimento destes entes, pelo que aparecem diversas interpretações sobre a natureza jurídica e o regime legal das mesmas.

Marcelo Caetano, conclui que a fundação pública surge quando a lei individualiza um patrimônio a partir de bens de uma pessoa jurídica de direito público e o afete, à realização de um fim administrativo e o dote de organização adequada: "O que há de essencial na fundação é a afetação de um patrimônio à realização de um certo fim duradouro, mas essa afetação só toma corpo no mundo jurídico e se torna suscetível de personalização quando disponha de organização suficiente para administrar o patrimônio e aplicá-lo segundo a intenção dos instituidores. Se, portanto, a lei autoriza um patrimônio de entre o conjunto dos bens da Administração e o confia a uma organização própria para que esta realize permanentemente um fim administrativo, poderemos admitir que há uma fundação pública: esse caráter resulta da criação e organização por lei, da natureza dos bens patrimoniais e do fim a realizar.

Repare-se na diferença que existe entre a fundação pública e a autarquia dotada de autonomia financeira".<sup>7</sup>

José Cretella Júnior, mostra que o instituto da fundação é realidade tradicional e estruturada no campo do direito privado, mas assinala que a figura jurídica paralela — fundação pública ou fundação de direito público — não é bem recebida por certos autores, o que para este administrativista é resquício do preconceito privatístico.

Ao afirmar que a fundação pública surge no começo do presente século, com precedência à noção de autarquia, mostra que os italianos compuseram a doutrina no que toca a estruturação dos dois conceitos. A fundação é considerada como originária de um conceito da Ciência do Direito, ao passo que a fundação privada e a fundação pública decorreu de uma segunda etapa.

Dentro desta metodologia, parte do exame do instituto da fundação, pública ou privada, para chegar às notas típicas, que levam à categoria fundação, como gênero, que não se confunde com as espécies, modalidades diversificadas, que atendem às particularidades inerentes ao Direito Civil e ao Direito Administrativo: "Toda fundação, pública ou privada, é tipificada por três atributos, a fundação, simplesmente, não existe. Assim, genericamente, fundação é: a) patrimônio, b) personalizado, c) afetado ou dirigido a um fim. Eis a fundação definida como categoria jurídica. Com esta definição, a fundação não é ainda pública nem privada: é simplesmente fundação. Com ela pode trabalhar o direito civil e, neste caso, temos a fundação privada ou a fundação de direito privado; com ela também pode trabalhar o direito administrativo; é neste caso, fundação pública ou fundação de direito público".<sup>8</sup>

A fundação pública, entidade que considera mais nova e discutida, em relação à fundação privada, é estruturada

---

7. CAETANO, Marcelo, «Princípios Fundamentais do Direito Administrativo». Forense, Rio, 1977, 1ª ed., págs. 74/75.

8. CRETELLA JÚNIOR, José, «Fundações de Direito Público». Forense, 1976, 1ª ed., págs. 21/22.

pelo Direito Administrativo, com patrimônio público, personalizado no momento da publicação da lei que lhe dá nascimento e afetação a determinado fim: “a fundação de direito público pode ser definida como “a pessoa jurídica de direito público interno, de índole exclusivamente administrativa, criada pelo Estado, constituída de substrato patrimonial, instituído pela entidade de matriz criadora para que o novo ente persiga os fins específicos que tem em mira, informada por princípios publicísticos, derogatórios e exorbitantes do direito comum”<sup>9</sup>.

No entender de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao classificar as entidades autônomas a que se atribuem personalidade privada, as fundações surgem ao lado das empresas públicas, as primeiras surgem pelo reconhecimento específico. Pelo que em razão do ato instituidor, o Poder Público ao criá-las, deverá conceder poderes necessários à atuação discricionária, decorrente da personalidade jurídica.

Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, depois das autarquias, passada a febre das sociedades de economia mista, surgem as fundações, na área da administração e do direito administrativo, como o acontecimento mais importante de descentralização e desconcentração, desde que as considera como a iniciativa legal mais apropriada para a execução de certas obrigações estatais e públicas: “Separados fins, discriminada a finalidade, adotado o processo privado de personificação jurídica, a posição das fundações como das empresas públicas no quadro da administração institucional é a mesma, irrelevantes que se tornam as formas e os tipos casuísticos, ou as correlações com a organização administrativa”.

Para este publicista, a função do fim fundacional no regime jurídico das fundações, apesar da estrutura das mesmas, não se conflita com a idéia de empresa, desde que o patrimônio esteja destinado à efetivação dos resultados econômicos e comprometido com a intenção do fundador no ato da instituição. Neste sentido é que o conceito atual de fundação não

---

9. CRETELLA JÚNIOR, José, «Fundações de Direito Público». Ob. cit., págs. 30/31.

se equivale ao tradicional, superadas que foram as finalidades clássicas, tendo em vista a expansão do interesse público em setores entregues antes à iniciativa particular, em que o Estado fiscalizava e não tutelava.

As fundações, como afirma, não se classificam tão somente como culturais, caritativas, beneficentes ou religiosas. Surgem com a intervenção direta do poder público, quando o Estado procura atender setores diversos, surgindo como fundador de entes que prestam serviços públicos: "Em resumo: quer as empresas públicas quer as fundações atendendo à peculiar personalidade jurídica, constituem-se através de patrimônio estatal, personalizado sob a forma de pessoa de direito privado, criados por lei para gerir interesses públicos afetados a fins econômicos, sociais, assistenciais ou educacionais, sempre um serviço público".<sup>10</sup>

Este publicista salienta que as fundações podem tomar forma peculiar de entes administrativos, pois nada impede o Estado em organizá-las dentro e fora da Administração: "Não foi tão feliz o legislador de 1969, com o evento do Decreto-Lei nº 900, revogando o § 2º do art. 4º com respeito às fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União, quaisquer que fossem as suas finalidades. Estava correta a posição anterior. Nada impedia que as fundações ficassem equiparadas às empresas públicas. Os inúmeros exemplos fundacionais aí estão para justificar as excelências do regime jurídico para certas espécies de fins públicos não econômicos. Precisamente quando a figura da fundação-empresa assume características próprias, no Brasil se tomou uma posição antagônica aos fatos.

Não há porque não possa a fundação, caso isto seja aconselhável, trazer na sua estrutura, a forma empresarial. E a recíproca também é verdadeira. Não necessariamente,

---

10. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, «Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil». Revista de Direito Público, abril/junho, nº 12, 1970, págs. 14 e seguintes; Idem, «Fundação Pública e Empresa Pública». Revista de Direito Administrativo, vol. 108, abril/junho, 1972, págs. 1 e seguintes.

está claro. Quem sabe, o que impressionou o reformista de 1969, tenha sido o verbo equiparar, conquanto a “equiparação” tenha sido focada para os “efeitos desta lei”, não para os demais efeitos de natureza jurídica. Não se pretendia, pela redação do § 2º, comparar formações diferentes, mas trazer a fundação a colaborar na prestação de serviços públicos”.<sup>11</sup>

Ao fixar os atuais instrumentos operacionais da administração, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho não aceita que ocorre uma crise administrativa nos sistemas jurídicos, por falta de alguns modos que possibilitassem o exercício mais completo das fundações estatais ou administrativas, mas conclui que os argumentos valem para as autarquias, para as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações. No entanto, no que toca as fundações, salienta: “Com as fundações o ato criador, instituidor, ou de vontade explícita, não requer indagações subjetivas. Sendo uma peculiar modalidade institucional reflete-se organicamente e na sua exteriorização, em função do que diz a lei e o regime jurídico. Não cabem, portanto, quanto a elas sutilezas teóricas que se inclinam contra padrões clássicos ou tragam o vezo de confundir os meios jurídicos com os fins administrativos”.<sup>12</sup>

Como agentes da Administração, as fundações públicas, descentralizando serviços, têm papel importante para o Estado, devido os objetivos que na organização administrativa estatal correspondem a interesses públicos qualificados.

Ao tratar da problemática da Administração Indireta no Brasil, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho volta às fundações, após referir-se a autarquias, empresa pública e sociedade de economia mista: “As fundações, como:

— entidades que, apesar de poderem ser instituídas pelo poder público, guardam os requintes estabelecidos na legis-

---

11. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, «Comentários à Reforma Administrativa Federal». Edição Saraiva, 1975, págs. 65/66.

12. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, «Empresas Públicas no Brasil. Ação Internacional». Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1975, p. 5; Idem, «Curso de Direito Administrativo». Edição Saraiva, 1979, págs. 62/63.

lação pertinente (artigos 24 e seguintes do Código Civil), submetidos à supervisão tutelar ministerial (artigos 19 a 26 do Decreto-Lei nº 200), pessoa pública quanto aos fins, privada quanto a personalização jurídica. Panoramicamente, desde que aí está o Decreto-Lei nº 900, complementando o Decreto-Lei nº 200, ambos os diplomas fazendo regime jurídico administrativo, todas as quatro entidades nomeadas desde que instituídas em virtude de lei, passam de plano a integrar a Administração estatal. O que valem são as características que as singularizam, que as tornam distintas uma das outras, diferentes no serviço público que prestam”.<sup>13</sup>

As fundações pondera, ainda, apesar da alteração de posição no plano do regime administrativo, situam-se quando instituídas pelo Estado como pessoas administrativas, na área da administração indireta. A exclusão das fundações da categoria das entidades que compreendem a administração indireta, todas dotadas de personalidade jurídica própria, não impede que as pessoas fundacionais exercitem propósitos de prestação de serviços. Nesta situação, aceita que as fundações integram a administração indireta, porque pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 900, presentes os requisitos e condições, podem ser instituídas pelo poder público e submetidas ao controle da supervisão ministerial: “A remissão aos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200 pelo que se contém no art. 3º do Decreto-Lei nº 900, veio para assegurar a efetivação dos objetivos fixados nos atos de constituição e para colocar as fundações públicas entre os órgãos da administração federal, embora a expressão órgão surja aqui no sentido de pessoa jurídica autonomizada. Difícil, no posicionamento legal, outro melhor entendimento.

No momento em que o art. 3º do Decreto-Lei nº 900 impôs a observância do art. 26 do Decreto-Lei nº 200, textualmente falando “no que se refere a administração indireta”, *ipso facto* em função do disposto legal categórico, está, sem dúvida, dentro de uma sensível lógica hermenêutica, reme-

---

13. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, «A Problemática da Administração Indireta no Brasil, em Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Ráo». Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976, p. 274.

tendo as fundações governamentais à esfera de uma atividade que indiretamente corresponde ao Estado".<sup>14</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, salienta que aos doutrinadores estrangeiros jamais passou despercebida a categoria "fundação pública".<sup>15</sup>

Ao examinar as Fundações governamentais e seu regime jurídico, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello: "Contudo, assim como o Estado pode criar pessoas (que retracem o modelo jurídico "fundação") com capacidade de direito público — e seriam, então, autarquias — também pode, como é notório, criar pessoas de direito privado cujo figurino jurídico seja o de fundação. Eis, pois, que da vontade estatal tanto podem nascer fundações de direito público como fundações de direito privado".<sup>16</sup>

Ao apreciar fundação de direito público ou governamental, dotada de personalidade de direito público, aceita, também, que se trata de pessoa autárquica como outra qualquer, pelo que deve submeter-se ao regime comum das autarquias:

a) No que toca à relação com o Poder Público, deve partir-se de sua criação e extinção. Como são pessoas de direito público, só podem ser criadas e extintas por lei;

b) No que concerne ao controle, submetem-se à tutela administrativa e financeira, de mérito ou de legitimidade, conveniência, oportunidade, lisura jurídica dos atos, de maneira preventiva ou repressiva;

c) Quanto à situação tributária, as fundações como pessoa de direito público, beneficiam-se de imunidade de impostos relativos ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais;

---

14. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, «A Problemática da Administração Indireta no Brasil». Ob. cit., pág. 285.

15. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, «Natureza e Regime Jurídico das Autarquias». Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 363 e ss.

16. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, «Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta». Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 147 e ss.



d) O regime jurídico do pessoal fica adstrito àqueles que existem no direito brasileiro.<sup>17</sup>

Este autor examina, também, o regime jurídico das fundações governamentais de direito privado, criados pelo Poder Público, submetidos às regras do Código Civil, que pelo fato de surgirem da vontade estatal ou terem patrimônio constituído, mesmo que parcialmente, por recursos públicos ou subvencionados por cofres governamentais, delineiam efeitos peculiares em seus regimes.

O controle das fundações privadas criadas por lei federal, além de comportar como qualquer outra fundação privada, a fiscalização do Ministério Público, está sujeita à supervisão ministerial fixada nos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, de acordo com o art. 3º do Decreto-Lei nº 900.

O Decreto-Lei nº 900, em seu art. 2º passou a exigir, sob pena de não serem instituídas pelo Poder Público novas fundações, a satisfação cumulativa dos requisitos e condições seguintes:

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 (arts. 24 e seguintes do Código Civil).

Heli Lopes Meirelles não atribui às fundações personalidade jurídica própria, reconhece-os como típicos de direito privado. São órgãos que se colocam ao lado do Estado, não

---

17. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, «Prestação de Serviços». Ob. cit., pág. 161 a 165; MEDANAR, Odete, «Controle Administrativo das Autarquias». José Buskatsky Editor, São Paulo, 1976.

dentro dele, não estão incorporados ao sistema estatal. Considera-os como órgãos paraestatais que possuem personalidade jurídica privada, como ocorre com as fundações educacionais, oficiais ou públicas: “As fundações como “universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade “ou como” um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado”, sempre estiveram nos domínios do direito civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de direito privado.

Ultimamente, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo — educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. — com a personificação de bens públicos, e, em alguns casos, fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir, erroneamente, personalidade pública”.<sup>18</sup>

Aceita que as fundações não perdem a personalidade privada, nem se estatizam a ponto de serem consideradas órgãos autônomos estatais, ou entidades públicas. Continuam como pessoas jurídicas de direito privado, sujeitas às normas civis das fundações, com o fim de realizar atividades de interesse público, com amparo e controle permanente do Estado. Vê o controle na linha institucional e governamental, em uma fundação que surge a serviço do Estado, mas que não perde a característica de instituição privada, que se coloca como ente auxiliar do Poder Público e recebe recursos para a consecução de seus fins estatutários.

A posição das fundações na organização administrativa brasileira é vista, por vários autores, como espécie do gênero autárquico. Para Sérgio D'Andréa Ferreira, a administração indireta aparece através da instituição pelo Estado, de outras pessoas administrativas de direito privado, por meio do emprego de instituição de direito civil ou comercial, de estrutura comparativa ou fundacional, distinta da figura autárquica. Daí surgem, no seu entender, entidades paraestatais, como

---

18. MEIRELLES, Hely Lopes, «Direito Administrativo Brasileiro». Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, págs. 334/335.

peças jurídicas de direito privado criadas pelo Estado. Estas entidades paraestatais contrapõem-se à noção orgânica de serviço público, desde que não organismos de direito público ou estatais, mas serviço público virtual em gestão privada de serviços públicos. Dentre deste raciocínio, a Administração Indireta, no processo da descentralização institucional, abrange as fundações privadas instituídas pelo Poder Público: "As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, no Brasil, antecedem, as autarquias, e assim, as fundações públicas, como forma de personificação de serviços públicos, tendo sido a sua fonte".<sup>19</sup>

Nos diversos estudos sobre as fundações públicas no Brasil, merece referência a afirmação de Miguel Reale ao estudar a natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, que é apresentada como uma pessoa jurídica de direito público, embora de tipo ou modelo privado, não sujeita às normas do Código Civil, mas à lei e aos regulamentos baixados pelo Estado. No mesmo sentido, aceita que apesar de obedecidas as formalidades civis, a fundação não é uma entidade civil. Para exemplificar, enumera a Fundação da Universidade de Brasília, instituída pelo Decreto nº 500, que diz expressamente tratar-se de órgão "não governamental". Mesmo assim, entende que não é possível retirar dessa fundação o caráter de pessoa de direito público. É nesse sentido que apresenta as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as "fundações oficiais" como uma classe "se" das autarquias, ou se quiserem dos "entes públicos não territoriais", uma classe "a se" das "autarquias de tipo privado" ou "de estrutura privada".

Entende-se que o conceito de fundação é muito menos a estruturação de sua noção pertencer ao direito público ou privado. A Teoria Geral do Direito poderá fornecer elementos para sua definição, com o surgimento de uma noção aceita pelos dois campos. As fundações, patrimoniais personalizadas

---

19. FERREIRA, Sérgio D'Andréa, «As Fundações na Organização Administrativa Brasileira». *Justitia*, vol. 96, São Paulo, 1977, págs. 39 e seguintes.

dirigidas a um fim, pode satisfazer as exigências de direito civil ou de direito administrativo, daí as fundações particulares e as fundações públicas:

a) o conceito genérico de fundação, pelos dados de uma teoria geral do direito, aproveita elemento do Direito Civil e do Direito Administrativo, aceitando-se as notas típicas de um ou de outro ramo;

b) a fundação de direito público, como afetação por uma pessoa pública de um patrimônio a um serviço público personalizado, criado por pessoa pública, com regime jurídico próprio, baseado em princípios de direito público, configura este tipo de fundação.

São vários os que entendem que mesmo criada pelo Estado, a fundação é entidade de direito privado, não pode ser considerada espécie do gênero autarquia, mas que por imperativo de moral administrativa, havendo aplicação sistemática de dinheiros públicos, está obrigada à prestação de contas ao órgão público específico.<sup>20</sup>

Em um apanhado sobre o florescimento das fundações no Brasil, mostra Sérgio D'Andréa Ferreira que a partir de 1940 surgiram novas fundações: Decreto-Lei nº 5.760, criou a Fundação Abrigo do Cristo Redentor, em 19-08-1943; Decreto nº 5.878, Fundação Brasil Central, de 04-10-1943; Fundação Getúlio Vargas, 1944; Fundação Rádio Maria, 1945; Fundação da Casa Popular, 1946; Fundação de Assistência aos Garimpeiros, 1957; Fundação Serviço Especial de Saúde Pública e das Pioneiras Sociais, 1960; após 1961, época da criação da Fundação da Universidade de Brasília foram instituídas pelo Governo Federal muitas fundações de ensino e culturais; a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, 1964; Fundação Nacional do Índio, 1967.

São denominados no trabalho acima referido como "Fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público", desde

---

20. MEINBERG, Guido Henrique, «Da natureza jurídica das fundações». *Justitia*, vol. 72, São Paulo, 1971, págs. 63 e seguintes; REALE, Miguel, Natureza Jurídica da «Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo», *Justitia*, vol. 40, pág. 87.

que a expressão “Fundações Públicas” foi utilizada para designar “autarquias fundacionais”. Reconhece, ainda, que a expressão fundações públicas é utilizada como sinônimo de “fundações instituídas pelo Poder Público”, inclusive as de direito privado.

O Estado, como instituidor ou co-instituidor, destas fundações, utiliza para formalizar o negócio fundacional a escritura pública ou o decreto executivo, após prévia autorização legislativa.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, no § 2º do art. 42, fixara: “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”.

Com o Decreto-Lei nº 900, de 1969, ocorreram modificações no regime jurídico das fundações privadas estabelecidas pelo Poder Público Federal: “O Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, introduziu, pois, um novo regime no que concerne às fundações de direito privado instituídas pela União. As disposições do artigo 3º abrangem todas as fundações privadas federais, quer de criação anterior, quer de instituição posterior à vigência do citado diploma legal: tais fundações não integram a Administração Indireta da União, não estando, conseqüentemente, inclusive, sujeitas à tutela administrativa, salvo, especificamente (artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200, de 1967), quando se tratar de entidades que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento federal. As determinações do artigo 2º do mesmo Decreto-Lei dizem respeito às novas fundações a serem instituídas com base em lei federal, e que têm de obedecer aos requisitos estabelecidos pela citada norma.

Excluídas da Administração Descentralizada, as fundações de direito privado instituídas pela União passaram a enquadrar-se na categoria dos entes de cooperação, ou seja, passaram a integrar a descentralização em regime de cooperação”.<sup>21</sup>

---

21. FERREIRA, Sérgio D'Andréa, «As Fundações na Organização Administrativa Brasileira». Ob. cit., págs. 39 e seguintes.

Mostra Themístocles Cavalcanti a existência de certas entidades que fogem à estrutura geral dos órgãos da administração. Por serem organizações privadas, apesar de criadas por leis e que gozam de certas prerrogativas, que lhes atribuem proximidade com os serviços públicos, não se confundem com eles, no que toca à estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, apesar de se aproximarem dos mesmos pelos seus objetivos e finalidades. Configura-os como dentro de zona cinzenta que é influenciada pelo Direito Administrativo, embora privado, pela natureza e origem jurídicas.

Convém salientar as críticas formuladas ao Decreto-Lei nº 900, de 1969, que não foi bem aceito na prática legislativa e administrativa local. Como ponto crítico, salienta-se que preservou o diploma legal a prática da criação pelo Poder Público, de fundações governamentais, que apesar da exclusão da Administração Indireta, mantém a supervisão administrativa: "A evolução da legislação e da prática administrativa brasileiras evidenciaram a manutenção, na realidade, da identificação das fundações governamentais com os organismos da Administração Indireta".

Como outros, Sérgio D'Andréa Ferreira conclui que as fundações governamentais são de direito privado, apesar de instituídas pelos Poderes Públicos, sendo que somente as considera públicas pela sua origem. Não aceita a fundação de direito público como oposta às autarquias e às fundações privadas governamentais: "O que ocorre, muitas vezes, é que a própria legislação (e a Lei Federal nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, sobre a organização e o funcionamento do ensino superior, comete, em seu artigo 4º, esse pecado) usa, inadvertidamente, a denominação fundações de direito público, quando quer referir-se às fundações governamentais, isto é, de direito privado instituídas pelo Poder Público e, nessa medida, fundações públicas".

Além das fundações de cooperação, surgem aquelas da descentralização por colaboração, quando o Estado delega a entes privados, particulares determinados encargos públicos

ou reconhece o interesse público dessas atividades. Isto ocorreu com fundações civis, com participação do Poder Público, nos casos da Fundação Cesgranrio, Centro de Seleção dos Candidatos ao Vestibular do Grande Rio e a Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior ou a Fundação Eletrobrás de Seguridade Social (ELETROS). A Fundação Ataulpho de Paiva é outro exemplo de entidade de colaboração com os Poderes Públicos.

No exame das fundações percebe-se, em muitos casos, uma maior vinculação ao Poder Público, tanto no ato fundacional como após o mesmo.

Mesmo que a constituição da fundação seja proveniente de um ato de iniciativa privada, reconhece-se que ela seja uma pessoa jurídica de direito público, desde que foi instituída pelo Estado, com o fim de interesse público. Sady Cardoso de Gusmão aceita que as fundações da União escapam à fiscalização do Ministério Público Estadual, mas não do Ministério Público Federal. Este mesmo autor ao classificá-los, apresenta os seguintes tipos: fundações de direito público externo ou interno, as primeiras de Direito Internacional e as segundas de Direito Administrativo e em fundação de Direito Privado.

As fundações de direito público, criadas por lei, por ato administrativo ou decretos que façam configurar a natureza de direito público, podem ter tanto um patrimônio destinado pelo Estado ou uma dotação particular. Convém salientar que elas recebem as características orgânicas da lei que autoriza a instituição: "Para Miguel Reale (RDA, vol. 72/412), as fundações criadas por lei não se subordinam aos preceitos aplicáveis à fundações civis "quer quanto às formalidades de constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização.

Ainda, Miguel Reale aponta como exemplo de fundação de direito público a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, segundo parecer do Prof. Honório Monteiro".

Várias são as fundações de direito público instituídas pela União, pelos Estados e pelos Municípios, muitas delas fizemos referência acima. A Fundação Educacional de Brasília, que surgiu com o Decreto nº 47.832-A, de 04-03-1960, é tida

como fundação de direito público, com os estatutos aprovados pelo Ministro da Educação e Cultura, é mantida pela União e seus dirigentes designados pelo Presidente da República. Mostra Miguel Reale que a expressão não governamental inserida no art. 4º do Decreto nº 500, não é suficiente para lhe retirar a finalidade de pessoa de direito público. Acrescenta, ainda, que as fundações de direito público não precisam de inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, pois a personalidade decorre da própria lei, no que toca às contas, como pessoas jurídicas de direito público fogem ao controle do Ministério Público.

Entidades como a Fundação Centro Brasileiro de TV Educativa, instituída pela Lei Federal nº 5.198, de 03-01-1967; a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, pelo Decreto-Lei Federal nº 161, de 13-02-1967; a Fundação Interestadual para o Desenvolvimento dos Vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá, pelo Decreto-Lei nº 179, de 16-02-1967; a Fundação Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada (IPEA), autorizada pelo artigo 190 do Decreto-Lei nº 200, de 25-02-1967; Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho, instituída pela Lei Federal 5.161, de 21-10-1966; Fundação Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL), criada no art. 4º, da Lei Federal nº 5.379, de 15-12-1967, com estatutos aprovados pelo Decreto Federal 62.454, de 22-03-1968, vêm demonstrar a constante utilização desta figura jurídica.<sup>22</sup>

A insegurança do legislador em definir as fundações instituídas pelo poder público tem sido assinalada: "No que diz respeito ao tema das fundações públicas, a concepção germânica, de certo modo, favorece a opinião de quantos crêem, no ato de criação, de um simples ato administrativo, à margem do sistema do Código Civil; é que a realidade das fundações instituídas pelo Poder Público, no Brasil, revela

---

22. BITTENCOURT, Mário Diney Corrêa, «Fundação de Direito Público». Revista de Direito Público, jan./março, nº 11, 1970, págs. 140 e seguintes.



muitas que são instituídas por lei, têm o seu estatuto aprovado por Decreto, designados os ocupantes de seus órgãos de administração, tudo por ato da administração pública e efetivamente iniciam o funcionamento segundo os seus fins definidos nas respectivas leis de criação; podem até ter os seus atos constitutivos devidamente inscritos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e o patrimônio permanece aguardando os atos que configurem uma transferência efetiva do Estado instituídos para a entidade que se pretenda seja uma fundação. Muitas fundações criadas em virtude de leis estaduais e municipais, especialmente as que se destinam a fins educacionais, enquadram-se nesta situação; isso se explica antes pelo desconhecimento das normas que disciplinam a matéria do que por uma deliberada tendência ao estabelecimento de um tipo especial.

O fato é que, no panorama atual do Direito Brasileiro, coexistem dois tipos de fundações: as particulares, instituídas nos termos do Código Civil e sujeitas ao controle e fiscalização do Ministério Público, e as públicas, instituídas por ato do Poder Público, com ou sem a observância dos requisitos preconizados pelo Código Civil, sujeitas ou não ao efetivo controle do Ministério Público e, as mais das vezes, sujeitas ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas. A controvérsia emergente vincula-se à caracterização destas como pessoas jurídicas de direito público, de um tipo diverso das fundações privadas, embora configurado a personificação jurídica de um patrimônio ou de interesses de utilidade pública.<sup>23</sup>

A doutrina não é pacífica no que toca ao reconhecimento da Fundação Pública, mesmo aquelas instituídas pelo Poder Público, para exercer atividade própria do Estado não perde a característica de pessoa jurídica de direito privado, nos termos do Código Civil: "Tendo em vista a origem do instituto, muitos e eminentes juristas têm defendido a natureza

---

23. COELHO, Luís Fernando, «Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público». Arquivo do Ministério da Justiça, A. 33, nº 139, jul./set., 1976, págs. 107 e seguintes.

privada das fundações, mesmo que o seu ente instituidor tenha sido o Poder Público".<sup>24</sup>

Entretanto, este mesmo autor mostra as posições doutrinárias daqueles que admitem a existência de fundações públicas ou de direito público: "Estabelecida a controvérsia e colocadas as posições doutrinárias antagônicas, serão conseqüentemente diversos, em função de uma ou de outra posição que se venha a adotar, os entendimentos aplicáveis à vida e funcionamento das fundações criadas pelo Poder Público, tanto no que concerne à sua criação, como no que diz com o seu relacionamento externo frente ao Estado e terceiros e, ainda, no que se refere ao seu relacionamento interno, relativamente ao regime de pessoal aplicável ao seu quadro funcional".

Após examinar a criação das Fundações de Direito Privado pelo Poder Público (ato legislativo formal, instituição, patrimônio, tutela administrativa e controle), Sérgio D'Andréa Ferreira faz referência às Fundações Paraestatais: "Quando se trata de fundações paraestatais, tem aplicação o art. 62 da Constituição Federal, quando estabelece que "o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento". Também incide o § 1º, segundo o qual "a inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita dos órgãos da administração indireta será feita em dotações globais e não lhes prejudicará a autonomia na gestão legal de seus recursos".<sup>25</sup>

---

24. SZNICK, Valdir, «Fundação Pública — Uma contradição». *Justitia*, São Paulo, vol. 85, 1974, págs. 275 e seguintes; EICK, Arno Leo, «As Fundações Criadas pelo Poder Público — Sua Natureza Jurídica». *Estudos Jurídicos, Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo*, vol. VI, nº 17, 1976, págs. 35 e seguintes.

25. FERREIRA, Sérgio D'Andréa, «As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado». Editora Rio, Rio de Janeiro, 1973, pág. 108.

Dedicando-se ao exame da tutela administrativa e controle das fundações de direito privado instituídas pelo Estado, acrescenta o autor acima referido:

a) cabe ao Ministério Público local a fiscalização das fundações privadas;

b) a fiscalização, pelo Ministério Público, das fundações paraestatais, é desnecessária, desde que a tutela administrativa dá ao Ministério este poder;

c) as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público têm órgãos internos de controle da entidade, Conselho Diretor e Conselho Fiscal;

d) critica-se a precariedade do controle das empresas estatais;

e) o controle externo é exercido pelas Assembléias Políticas, com o auxílio dos Tribunais de Contas, no campo da fiscalização financeira e orçamentária, sendo que este abrange as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, na medida que compreende nos termos do § 1º do art. 70 da Constituição Federal, o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos;

f) o Decreto-Lei nº 199, de 25-02-67, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União dispõe em seus artigos 33 e 34, II e IV, que ele tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, que abrange todo aquele que arrecadar ou gerir dinheiros, valores e bens da União ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores das entidades da Administração Indireta ou de outras entidades;

g) no que se refere a licitações e contratos administrativos nada impede, por norma expressa, que sejam aplicados os preceitos do Decreto-Lei nº 200 e suas ulteriores modificações, às fundações instituídas pelo Poder Público;

h) às leis autorizadoras da instituição de fundações pelo Poder Público, que são instituições de educação, renda e assistência social, aplica-se o art. 19, III, C, da Constituição Federal;

i) o regime do pessoal das fundações civis instituídas pelo Poder Público é o da legislação trabalhista, sendo discutível a aplicação dos princípios da acumulação de cargos.

Através de exame de trabalho de Sérgio D'Andréa Ferreira, podemos perceber as dúvidas que surgem no que toca às fundações, quando passam a examinar a nossa legislação: "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 de 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").

As leis orçamentárias, por seu turno, colocaram, 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.

A recente Lei nº 6.184, de 11-12-74, deu o mesmo tratamento à integração de funcionários públicos nos quadros da sociedade de economia mista, empresa pública e fundações resultantes de transformação de órgãos da Administração Federal Direta e Autarquias".<sup>26</sup>

A tendência de integração das fundações, com vínculos governamentais, na Administração Indireta ganha terreno. Do mesmo modo, o crescimento das modalidades de fundações,

---

26. FERREIRA, Sérgio D'Andréa, «Fundações Privadas Governamentais: Entidades da Administração Indireta». Arquivos do Ministério da Justiça, A. 33, nº 137, jan./março, 1976, págs. 73/74; «Fundação Pública». Revista de Direito Público, abril/junho, 1970, nº 12, p. 105.

tem gerado as mais variadas denominações: “Relevante é a caracterização da fundação de direito privado instituída pelo Poder Público, a fundação privada governamental, a fundação privada administrativa (ou, simplesmente, fundação governamental ou administrativa), como instrumento de descentralização administrativa”.<sup>27</sup>

Outro setor em que surgem novos dados para a caracterização desses modelos de fundações, é o que se refere ao Controle do Tribunal de Contas, como temos acentuado. A Lei Federal nº 6.223, de 14-07-75, ao dispor sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Congresso Nacional, no art. 8º, afirma que se aplicam os preceitos do diploma normativo, no que couber às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

Mesmo assim, várias dúvidas ocorrem: “A adoção de certos princípios de direito administrativo, com vistas a um efetivo controle pelo Estado das atividades de suas associações, corporações e fundações, não lhes tira a característica fundamental de entidade privada na sua gênese histórico-jurídica e princípios básicos de organização e fundamento.

Assim, atribuir aos Tribunais de Contas a competência para exercer o controle das atividades econômicas de órgãos da administração indireta, sujeitá-los à supervisão dos Ministérios ou Secretarias de Estado, padronizar-lhes a elaboração e controle de orçamentos e balanços segundo princípios vigentes para o Estado e suas autarquias, não lhes destrói a natureza jurídica eminentemente privada, dimanada do fato de terem sido instituídas sob forma de organização vinculada ao direito privado.

Isto vale tanto para as empresas quanto para as fundações instituídas pelo Poder Público.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista continuam a ser pessoas jurídicas de direito privado, a des-

---

27. FERREIRA, Sérgio D'Andréa, «As Fundações na Organização Administrativa Municipal». Arquivo do Ministério da Justiça, A. 34, nº 141, jan./março, 1977, p. 78.

peito da intensidade cada vez mais acentuada com que o Estado as dirige e controla. Por que, então, considerar de direito público às Universidades Federais e Estaduais organizadas sob a forma de fundação"?<sup>28</sup>

Em trabalho que realiza detalhado exame das Fundações no campo educacional, Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro salientam o crescimento das Fundações Públicas, com referência à Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, no seu art. 81 que determina que as universidades oficiais seriam constituídas sob a forma de autarquias ou fundações: "Ademais, já tem sido algumas Universidades brasileiras transformadas em fundação (como a do Amazonas, do Maranhão, de Sergipe, da Guanabara e de Brasília) nem por isso as grandes empresas (nacionais e estrangeiras) se apressaram em contribuir para a sua manutenção, a fim de poderem influir na fixação dos respectivos currículos, de acordo com seus interesses particulares ocultos. Ao contrário, continuam essas Universidades a lutar com dificuldades financeiras de toda ordem e a obedecer, na elaboração de seus programas e planos de ensino, às intenções emanadas do MEC, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional."<sup>29</sup>

A controvérsia doutrinária é bem ampla, pelo que entre as concorrentes levantadas por estes autores, surge aquela que emprega o "gênero estatal", no qual distingue-se as espécies: a) sociedades de economia mista; b) empresa pública; c) serviços sociais autônomos; d) fundações culturais e e) outras entidades congêneres.

Para Hely Lopes Meirelles, as fundações com finalidade cultural — educação, ensino, pesquisa — apresentam, ultimamente, sensíveis transformações na sua estrutura, constituição, patrimônio e composição dos dirigentes. Aproximam-se do Poder Público, com delegações para realização de serviços de

---

28. COELHO, Luiz Fernando, «Fundações Públicas». Forense, Rio de Janeiro, 1978, 1ª ed., pág. 102.

29. SENNA, Homero; MONTEIRO, Clóvis Zobaran, «Fundações no Direito, Na Administração». Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1970, págs. 173/4.

interesse coletivo, contribuições para fiscais, com o objetivo de mantê-las, pelo que seriam nova espécie do gênero paraestatal.

A aproximação das fundações culturais com os entes paraestatais procura conciliar o caráter privado da instituição com as atividades de interesse público que lhe são deferida, na pesquisa, na educação e no ensino.

A aceitação de fundações públicas e privadas entre as criadas pelo Poder Público é sempre consignada: "No Brasil, estamos diante desta realidade: o legislador, não raro, cria ou autoriza que se crie uma fundação, que classifica como pessoa jurídica de direito privado, porém, de seguida, lhe confere estrutura, capacidade jurídica, características que a fazem uma fundação de direito público.<sup>30</sup>

Carlos Roberto Ramos aponta as limitações legais imposta às fundações instituídas pelo Poder Público, ocasião em que mostra não poder ocorrer alteração do estatuto da Fundação, se a mesma contraria o fim previsto pelo instituidor, orientação que amplia até à Fundação instituída pelo Poder Público.<sup>31</sup>

## 5. O CONTROLE DAS ATIVIDADES DESCENTRALIZADAS

O controle das entidades descentralizadas da administração pública vem muitas vezes acompanhado de estudos sobre os contornos dos diversos entes estatais que têm surgido.

A Lei nº 6.223, em seu art. 7º dispõe: "As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo

---

30. LIMA, Thereza Helena e S. de Miranda, «Fundações criadas pelo Poder Público, Natureza Jurídica — Posição da Doutrina — Conclusões». Revista do Tribunal de Contas da União, junho de 1977, Brasília, 15, pág. 12.

31. RAMOS, Carlos Roberto, «Natureza Jurídica das Fundações Educacionais Instituídas pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal e que destes recebem recursos». Monografia publicada na Revista Jurídica, Lemi, 1978, p. 19.

capital pertença, exclusiva ou majoritariamente, à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo”.

A fiscalização dos Tribunais de Contas ocorrem mediante:

I — desempenho da auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das entidades;

II — o julgamento da prestação de contas anuais, com base nos seguintes documentos:

a) relatório anual e os balanços da entidade;

b) parecer dos órgãos interessados que devem dar seu pronunciamento sobre as contas;

c) certificado de auditoria sobre a exatidão do balanço, emitido pelo órgão de controle interno do Ministério a que se vincula a entidade, acompanhado do respectivo relatório;

d) pronunciamento do Ministro de Estado ou autoridade delegada”.<sup>32</sup>

A projeção das Cortes de Contas, é salientada por Seabra Fagundes, que em certa parte de seu trabalho conclui: “Sim, porque pela desconcentração e descentralização crescentes das atividades administrativas, mediante apelo a entes com estrutura, de direito privado, apelo por vezes abusivo (como o feito ao descaracterizado instituto da fundação, freqüentemente descaracterizado na sua essência pela criação de órgãos sem auto-suficiência patrimonial), abriram-se comportas perigosas à disposição dos recursos públicos. A gestão em moldes privados pode tornar-se ensejo fácil para liberalidades e levianidades na aplicação de recursos, que o controle de órgãos especializados e independentes, como os Tribunais de Contas poderá evitar ou reprimir”.<sup>33</sup>

---

32. CAMPOS, Wagner Estelita, «O Controle das Entidades Descentralizadas da Administração Pública». Revista do Tribunal de Contas da União, dezembro de 1977, nº 16, pág. 5.

33. FAGUNDES, M. Seabra, «Posição Institucional dos Tribunais de Contas». Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, dezembro de 1975, nº 12, pág. 7.



Roberto Rosas, em exame de controle da administração indireta, no que toca ao Tribunal de Contas, explica: "Dentre as normas da administração financeira e de contabilidade fixadas na reforma administrativa está o dever da administração federal, *lato sensu*, logo direta e indireta, de prestar ao Tribunal de Contas os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitar a realização de inspeções de controle (Decreto-Lei nº 200, art. 75).

Daqui já entrevemos os contratos que sofre a administração do ponto de vista financeiro e orçamentário. O primeiro já identificado é o controle técnico, feito pelo Tribunal de Contas. Cabe a este o exame da legalidade e da regularidade dos gastos que envolvem bens e valores públicos. Não cabe ao Tribunal de Contas examinar da conveniência ou oportunidade desses atos, e sim que nas práticas sejam embasadas em aspectos legais e de regularidade institucional.<sup>34</sup>

A apreciação da regularidade das contas dos responsáveis ocorre pelos levantamentos contábeis, dos certificados, de auditoria e dos pronunciamentos de autoridades administrativas. A extensão, profundidade e imparcialidade deste controle é de grande importância: "Desde o início, transpôs o Tribunal a verificação meramente aritmética da exatidão das contas. Partindo dos balanços e das notas explicativas, cujo detalhamento e particularização para finalidades específicas passou a recomendar, entrou na análise dos elementos complementares fornecidos pelos órgãos de controle internos ou requisitados às entidades, e ingressa após prudente e gradativamente na etapa das inspeções, principiada depois de ministrado curso especial de auditoria, destinado ao adestramento e atualização dos Técnicos de Inspeção-Geral competente".<sup>35</sup>

A fiscalização ou controle da administração pública tem obtido vários questionamentos: "Teria a expressão usada pro-

---

34. ROSAS, Roberto, «Controle da Administração Indireta». Revista de Informação Legislativa, jan./março, 1978, nº 57, pág. 62.

35. GALLOTTI, Luiz Otávio, «O Tribunal de Contas da União e a Prática de Sua Competência Constitucional». Revista de Direito Administrativo, vol. 131, janeiro/março de 1978, págs. 1 e seguintes.

curado distinguir, para o efeito do controle financeiro, as fundações oficiais com personalidade jurídica de direito privado, das outras, reconhecidas por alguns estudiosos como autarquias fundacionais ou fundação de direito público?

Ou teria visado diferenciar as fundações mantidas com recursos exclusivos do poder público, das que recebem apenas subvenção ou transferência à conta do orçamento".<sup>36</sup>

Certas indagações apontam ainda aspectos duvidosos no que toca ao controle das fundações.<sup>37</sup>

As várias utilizações do sistema de fundações, quando o Estado amplia o seu campo de atuação, levará a importantes modificações na estrutura tradicional da fundação.

As afirmações em torno da existência no direito brasileiro de fundação pública ou fundação de direito público, quando se sabe que este instituto originário do Direito Privado, passa a ser utilizado para o exercício de atividades típicas da administração pública, levam às conclusões mais diversificadas, como aquelas que a aproxima da autarquia ou equiparam à empresa pública.

Apesar de afirmativas sobre a inexistência das fundações públicas, os estudos em torno do assunto são constantes, sendo que os trabalhos a respeito do controle destas entidades merecem referências constantes: "O que tem confundido os ilustres juristas que seguem a orientação contrária é a referência ao controle da fundação. Estado ou particular traçam essas normas de controle e nem por isso tal controle, se exercido pelo Poder Público, publiciza a fundação, pois, como disse muito bem Forsthoff (Tratado de Derecho Administrativo, Trad. esp. ed. de 1958, pág. 650), a fundação enquanto

---

36. BARROS JÚNIOR, Carlos S. de, «A Fiscalização ou Controle da Administração Pública. O Controle Financeiro da Administração Descentralizada». Revista de Direito Administrativo, vol. 131, jan./março, 1978, Rio de Janeiro, págs. 23 e seguintes.

37. BARROS JÚNIOR, Carlos S. de, «A Fiscalização ou Controle da Administração Pública. O Controle Financeiro da Administração Descentralizada». Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 11, dez./1977, pág. 32.

afetação de uma massa patrimonial pela vontade do fundador, se encontra em ambos os ramos do direito, mas, tal afirmativa não se deve levar à catastrófica consequência desejada pelos opositores da corrente dominante que afinal não passa de uma suposição ingênua”.<sup>38</sup>

O crescimento das atividades estatais tem levado a questionamento a respeito dos mecanismos tradicionais da Administração, que pelas suas crescentes necessidades utiliza institutos jurídicos acabados, que refletem as novas intenções para as quais são os mesmos solicitados. Os instrumentos compatíveis com o exercício das tarefas do Estado, muitas vezes sofrem alterações para que possam adaptar-se às novas funções que passam a exercer, sendo que o Estado quando atribui a estes organismos privados, para muitos, o exercício de atividades de interesse da coletividade geram transformações nestes institutos clássicos do direito privado, ocorrendo acentuadas formas de controle que geram discussão quanto à natureza jurídica dos mesmos e os vínculos deles com a Administração.

---

38. LEITE, Gervásio, «Inexistência das Fundações Públicas». Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, abril a junho de 1973, nº 38, págs. 45 e seguintes.