

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA

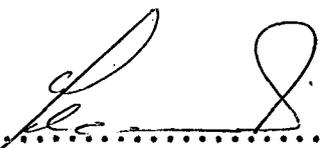
FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO
A EXPERIÊNCIA DE SANTA CATARINA

Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade Direito.

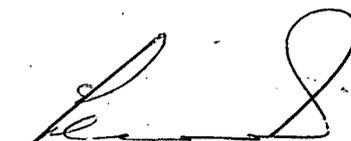
Jaime Sprícigo

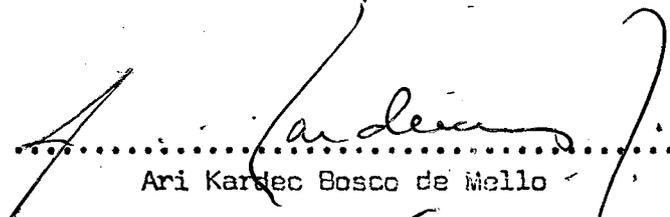
Setembro - 1977

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção de título de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação.


.....
Prof. Paulo Henrique Blasi - Orientador
e Coordenador do Curso.

Apresentada perante a banca examinadora composta dos professores:


.....
Paulo Henrique Blasi


.....
Ari Kardec Bosco de Mello


.....
Osvaldo Ferreira de Mello

A Neide, minha esposa, e ao Maurício, meu filho.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. A fundação como instrumento da descentralização administrativa ...	4
2.1. Estado liberal x Estado intervencionista	5
2.2. O Estado brasileiro como prestador de serviços	10
2.3. Natureza jurídica privada das fundações	14
2.4. Fundações criadas pela União	17
2.5. Controvérsia doutrinária	21
2.6. Posição das fundações na administração	36
2.7. Fundações privadas da União: aspectos jurídicos	43
3. A experiência fundacional em Santa Catarina	62
3.1. Os Estados-membros e as fundações	63
3.2. Fundações instituídas pelo Estado de Santa Catarina	68
3.3. Posição das fundações na administração estadual	74
3.4. Aspectos jurídicos das fundações oficiais catarinenses	77
4. Conclusões	91
5. Bibliografia	95

RESUMO

As contradições do Estado Liberal e as transformações sociais e econômicas da revolução industrial determinaram o intervencionismo na sociedade, com a conseqüente mudança para o Estado de Serviços. Neste processo a estrutura estatal se descentraliza com a utilização de novos instrumentos de atuação: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

O Estado brasileiro adaptou-se a estes fenômenos e buscou no direito privado a figura jurídica da fundação para atingimento de finalidades de interesse coletivo, em virtude de sua estrutura simples e flexível. Ao servir-se dela, ficou indeciso, ora submetendo-a a um regime público, ora a um regime misto, público-privado. Estabeleceu-se, em decorrência, acirrada controvérsia doutrinária, justificável pelos reflexos práticos e jurídicos que dimanam de sua conceituação. A partir dos Decretos-lei 200/67 e 900/69 o legislador brasileiro optou pela natureza privada deste instituto, condicionando sua instituição ao cumprimento de vários requisitos.

Os Estados-membros, com a competência constitucional para organizar a própria administração, também lançaram mão deste instrumento de descentralização. O Estado de Santa Catarina vive uma experiência fundacional, com a qual assimilou, em parte, a orientação do direito positivo federal. A análise da atuação e desenvolvimento destas entidades - objetivo do presente trabalho - permitiu constatar, inicialmente, o propósito da administração estadual em dar-lhes autonomia, mas, agora, a exacerbação da tutela administrativa levou à sua descaracterização. Sem patrimônio suficiente para manter-se e com sua atividade administrativa entravada por excessivos mecanismos de controle e de centralização, estas fundações diferem, muito pouco, dos órgãos da administração direta estadual.

RÉSUMÉ

Les contradictions de l'État Libéral et les transformations sociales et économiques de la révolution industrielle déterminèrent l'interventionnisme dans la société, entraînant un changement vers l'État de Services. Dans ce processus la structure étatique se decentralise par l'utilisation de nouveaux instruments d'action: établissements publics, sociétés d'économie mixte, entreprises publiques et fondations.

L'État brésilien s'est adapté à ces phénomènes et a emprunté au droit privé la figure juridique de la fondation, pour atteindre aux fins de l'intérêt collectif, en raison de sa structure simple et souple. Dans son usage, il s'est montré indécis, tantôt la soumettant à un régime de droit public, tantôt à un régime mixte public-privé. Il en est résulté une vive controverse doctrinale, justifiée par les effets pratiques et juridiques issus de sa conceptualisation. A partir des décrets-lois 200/67 et 900/69, le législateur brésilien opta pour la nature privée de cette institution, imposant de nombreuses conditions pour sa création.

Les États-membres, constitutionnellement compétents pour organiser leur administration, utilisèrent également cet instrument de décentralisation. L'État de Santa Catarina utilise l'instrument de la fondation, à travers laquelle il a partiellement assimilé l'orientation du droit positif fédéral. L'analyse de l'action et du développement de ces entités - objet du présent travail - a permis de constater l'intention initiale de l'Administration de l'État, de les laisser autonomes; mais l'exacerbation de la tutelle administrative actuelle a amené leur atipicité. Leur patrimoine étant insuffisant pour les maintenir, et leur activité administrative étant entravée par des mécanismes excessifs de contrôle et de centralisation, ces fondations ne diffèrent que très peu des organes d'administration directe de l'État.

1. INTRODUÇÃO

A Fundação é um instituto jurídico modelado historicamente pelo Direito Privado. Com o fenômeno da descentralização administrativa do Estado contemporâneo passou a ser utilizado largamente pelo Direito Administrativo, em virtude de suas características estruturais.

Desde o início do século, a administração brasileira socorreu-se desta entidade, revigorando-a na década de 40 e aproveitando-a, intensamente, nos dias atuais.

O direito positivo nacional não tratou o instituto de modo coerente, máxime, quanto à sua natureza jurídica, finalidades, privilégios, controle e posição na administração pública, apesar da pretendida sistematização com a Reforma Administrativa Federal.

Esta indecisão refletiu-se nos Estados-membros que, também, escolheram este instrumento para atender problemas administrativos e comunitários.

O presente trabalho objetiva analisar a experiência fundacio-

nal catarinense frente à federal, procurando detetar erros, acertos e possível contribuição a uma futura unificação da legislação nesta matéria.

Para tanto valeu-se dos métodos descritivo e histórico, com apoio na bibliografia pertinente ao tema, na legislação federal e estadual e nos subsídios colhidos junto aos dirigentes destas entidades.

2. A FUNDAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

2.1. ESTADO LIBERAL X ESTADO INTERVENCIONISTA

O liberalismo foi gerado pela nova sociedade econômica surgida no final da Idade Média. Seus elementos que "nascem no seio da aristomonarquia correspondem ao renascimento da indústria, do comércio, das trocas comerciais e à aparição de uma burguesia", sendo que, "alguns estavam latentes dentro do sistema de valores existente, o qual comportava importantes contradições que se foram progressivamente desenvolvendo." ¹

A contestação dos senhores ao poder real permitiu que o liberalismo difundisse as idéias de eleição, representação e de governo moderado. Por outro lado, a Igreja ao tentar limitar o poder do governo civil através da conceituação de um direito natural auxiliou grandemente o liberalismo, pois de acordo, ainda, com MAURICE DUVERGER "a teoria moderna da limitação do

¹ DUVERGER, Maurice. As Modernas Tecnodemocracias. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1975, p. 37.

Estado pelo direito daí decorre diretamente." ² Além disso, a idéia cristã da igualdade dos homens é, posteriormente, proclamada pelos liberais. A reforma protestante também impressiona o liberalismo, pois o pluralismo religioso, dela decorrente, permitiu o nascimento do pluralismo político. No campo econômico, o liberalismo contou com a ética protestante que, baseada na predestinação, incentivava o êxito material.

Em suma, no aspecto político, o liberalismo pretendia a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado, ao mesmo tempo em que preconizava oportunidades iguais para todos, independente do nascimento, classe ou de credo. No aspecto econômico, o liberalismo afirma uma ordem natural que se estabelece espontaneamente. Os indivíduos aspiram o máximo lucro e agindo livremente, realizam a ordem econômica natural. Como o indivíduo passa a ser o agente econômico é necessário que o Estado lhe dê total liberdade de ação, permitindo a livre concorrência.

"O Estado liberal, resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o Estado mínimo ou o Estado polícia, com funções restritas quase que à mera vigilância, da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação política favoreceu a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade." ³

A diminuta interferência do Estado na vida social trouxe duas conseqüências principais. Uma positiva, criando as condições necessárias ao surgimento da revolução industrial, com todo o séquito de modificações estruturais na sociedade humana. "Por meio dela tomou o homem consciência da possibilidade efetiva em que se encontrava de proceder ao controle da natureza, alterando-a a seu bel prazer para produzir coisas suscetíveis de lhe trazer van

² DUVERGER, Maurice. Op. cit. p. 37.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, Edição Saraiva, 1972, pp. 240-241.

tagens em sua vida diária, tornando-a algo mais seguro, mais confortável e principalmente, capaz de um lazer até então sequer vislumbrado. O homem viu-se alçado da situação de simples besta de carga, à qual se atribuía no processo de produção, a maior parte do ônus (até mesmo o de gerador de energia), à posição de usuário de benefícios os mais diversos. A máquina tudo mudou, gigante envolvente que é, suscetível de modificar até mesmo as relações sociais, na medida em que concedia a seus detentores maior poder e submetia o resto da humanidade a situações de dependência até então desconhecidas." 4

A outra consequência foi negativa, e decorreu do novo sistema econômico: a formação do proletariado "sem nenhuma garantia de salário justo, sem limitação das horas de trabalho e sem qualquer preocupação pela segurança e pela saúde dos trabalhadores." 5

Na França, o próprio Estado impedia a associação de operários ou patrões e o Código Penal previa o crime de coligação. Não demoraria, porém, a reação através do sindicalismo revolucionário e reformista. Em 1848, o Manifesto Comunista prega a luta do proletariado no sentido de centralizar nas mãos do Estado todos os instrumentos de produção. Deste momento em diante, a classe operária sofre a influência socialista, que predomina sobre as outras tendências, almejando edificar uma nova sociedade.

Já no início do século XX um surto intervencionista do Estado começou a se efetivar. Na Primeira Guerra Mundial a situação dos operários se agravou. Em 1917 surge o primeiro Estado Socialista. E no mundo ocidental, a Alemanha de Weimar, de modo pioneiro, consagra em sua Constituição artigos à ordem econômica e social, à representação de interesses e à organização profissional.

A crise do sistema capitalista logo após a Primeira Guerra atingiu, na maioria dos países, proporções alarmantes. O desemprego crescen-

4 LAGOA, Paulo F. Rocha. As fundações instituídas pelo Poder Público: sua natureza jurídica e seu controle. In Revista de Direito Administrativo, nº 127, p. 16.

5 DALLARI, Op. cit. p. 150.

te, o aumento do número de falências, a diminuição da produção industrial, a passagem de milhares de propriedades agrícolas para entidades bancárias leva a economia a uma verdadeira tempestade. Obviamente diante desta amplitude, "a intervenção do Estado se demonstra necessária. É reclamada mesmo pelos mais sólidos partidários da livre empresa. A Câmara de Comércio dos Estados Unidos pede em outubro de 1931 a adoção 'de um programa racional de produção e distribuição' (Comitê Harriman). A ação dos poderes públicos varia muito segundo os países: mas eles intervêm em toda parte para limitar a concorrência, regular os preços e os salários, organizar a produção, realizar grandes trabalhos, desenvolver o setor público de economia, coisas absolutamente opostas ao capitalismo. Nos Estados Unidos, o New Deal constitui a primeira experiência coordenada de economia dirigida, baseada no ato de recolocar em marcha a produção através de uma injeção de poder de compra (aumento de salários, subvenções aos agricultores, elevação das pensões dos veteranos, etc.) e em uma organização limitativa da concorrência (acordos industriais, inclusive acordos interprofissionais, controle dos bancos e da atividade da bolsa, orientação e redução das culturas, etc.). A França do "Front Populaire" desenvolve um programa do mesmo gênero." ⁶

O processo intervencionista, a esta altura, torna-se irreversível. "Desde então, como assinala HAROLD LASKI, o Estado de polícia foi substituído pelo Estado de serviço, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica." ⁷

A Segunda Guerra Mundial motiva u'a maior intervenção, a ponto da ação estatal abranger todos os campos da vida social.

Na hora atual, a tentativa de superação das desigualdades mundiais leva os Estados em desenvolvimento, através de uma ação planejada e racional, a perseguir o desenvolvimento econômico e social, para diminuir o fosso que os separa dos países ricos do hemisfério Norte.

⁶ DUVERGER, Op. cit. pp. 115-116.

⁷ DALLARI, Op. cit. p. 243.

A decorrência do intervencionismo é que "paulatinamente o poder público ingressou em todas as formas da vida econômica, seja pessoalmente, seja através a associação com particulares. O Estado tornou-se agricultor, industrial, segurador, comerciante, transportador, banqueiro, exercendo, simultaneamente, todas as três atividades econômicas básicas (produção, intermediação, serviços) nas quais concorre ao lado da iniciativa privada em igualdade de condições, inclusive pagando impostos. Para tanto não lhe foi possível continuar utilizando a estrutura tradicional do Estado centralizado, sendo forçoso criar novas formas de entidades, seja adaptando aquelas já conhecidas às suas necessidades, seja instituindo outras até então inexistentes." ⁸

Na busca de novos instrumentos para as novas incumbências, o Estado personificou serviços, dando autonomia administrativa e financeira. Foram as autarquias. No campo econômico, associou-se aos particulares e criou as sociedades de economia mista. E quando quis atuar com seu próprio capital, por motivo de contingência ou conveniência, criou as empresas públicas.

⁸ LAGOA, Op. cit. pp. 18-19.

2.2. O ESTADO BRASILEIRO COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS

Até 1930 a administração pública brasileira era constituída por uma estrutura rudimentar. Praticamente, toda a prestação de serviços era feita, diretamente, pelos próprios órgãos governamentais, com exceção de setores como energia elétrica, gás, telefone e transportes que estavam entregues à concessão.

PAULINO JACQUES assevera que "a socialização progressiva, democrática e parlamentar que o primeiro após-guerra (1918-1938) impôs ao mundo cristão somente repercutiu no Brasil depois do Movimento de 1930, que encaminhou o País para novos rumos políticos, econômicos e sociais.

"Essa socialização começou afetando determinados serviços públicos, até então sob forma precária, como a Previdência Social e outros, sem definição jurídica perfeitamente caracterizada, quais as Caixas Econômicas. Criaram-se serviços específicos, entretantes, para disciplinar as atividades profissionais, como a Ordem dos Advogados e o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, e regular a produção e o consumo de certos produtos, tais os

Institutos do Açúcar e do Alcool, do Mate e do Pinho." ⁹

OSCAR SARAIVA examinou a crise do Estado nesse momento histórico e denominou-a, além de política, "marcadamente administrativa. A hipertrofia do Estado contemporâneo e a multiplicidade de seus encargos sociais e econômicos, encontram-no desaparelhado de meios adequados de ação." ¹⁰ Por isto, engendraram-se esforços na procura de novas formas e processos que possibilitassem uma efetiva ação do Estado. E chegou-se ao fenômeno da delegação que o Estado faz de suas funções administrativas.

O Estado brasileiro começa por descentralizar-se. São criadas as autarquias para executar serviços públicos de natureza industrial, atividades atinentes à produção, atendimento à previdência e assistência sociais, operações financeiras, fiscalização do exercício de profissões liberais e ensino universitário. Procurou-se, com elas, desemperrar a máquina estatal.

A discussão sobre sua natureza jurídica foi logo superada, já que a maioria dos estudiosos reconheceu-lhe, com exatidão, o caráter de pessoa jurídica de direito público e o direito positivo acompanhou esta doutrina. Iniciando com o Decreto-lei nº 6.016, de 22.11.1943, que dispunha sobre imunidade tributária, passando pela Lei nº 830, de 23.09.1949, que reorganizou o Tribunal de Contas, chega-se ao Decreto-lei 200, de 25.02.1967, que ao organizar a administração federal, conceitua esta entidade de maneira clara, referindo-se aos seus elementos caracterizadores: serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Largamente utilizadas, passaram as autarquias a ser preteridas por outras formas de administração. Os motivos deste abandono seriam a insuficiente autonomia de gestão, aliada ao desvirtuamento da ação controladora do Estado e progressivo controle hierárquico.

⁹JACQUES, Paulino. A Administração Indireta no Estado Brasileiro (Crítica Científica). In Revista de Informação Legislativa, nº 28, pp. 25-26.

¹⁰ Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado. In Revista Forense, nº 100, p. 233.

"Envelheceram, assim, precocemente entre nós, as autarquias pois, embora trouxessem em si condições de independência de movimentos e liberdade administrativa que as tornavam flexíveis e práticos instrumentos de ação, foram sendo dominadas pela preocupação de padronizar por proibições e controles oriundos dos mais diversos setores, tornando-se, em muitos casos, sua administração, tão rígida e emperrada quanto a do próprio Estado." 11

As sociedades de economia mista proliferaram no Brasil a partir de 1940, quando foram criados o Instituto de Resseguros do Brasil, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Nacional de Alcalis, a Companhia Hidrelétrica de São Francisco e outras. No entanto, o Banco do Brasil, criado em 1808, já era admitido como tal. As sociedades de economia mista visam explorar atividade econômica, regem-se pelas normas de direito privado, sendo que o controle acionário pertence à União ou à entidade da administração indireta. Adotam a forma de sociedade anônima.

Já as empresas públicas, a par de se regerem pelo direito privado, exploram atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa. Todo o patrimônio e capital pertencem, exclusivamente, ao Estado.

A adoção da empresa pública ou da sociedade de economia mista depende, para ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, dos objetivos visados e, conseqüentemente, da atividade a ser exercida. "O apelo à empresa pública há de ser levado a efeito se se tratar de execução de serviço público, reservando-se a sociedade de economia mista àquelas hipóteses em que o Estado vise apenas estimular ou amparar a iniciativa privada, nas atividades consideradas como de interesse geral." 12

Não parou aqui, porém, a tendência de personificação de serviços. Para a realização de certas atividades de caráter cultural, assistencial, educacional ou supletivas à ação do Estado, e que não implicavam na obtenção

11 SENNA, Homero & MONTEIRO, Clóvis Zobaran. Fundações no Direito, na Administração. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 21.

12 Apud SENNA & MONTEIRO, Op. cit. p. 42.

de resultados industriais ou comerciais, utilizou-se de um instituto que possui extrema elasticidade estrutural: a fundação. A tal ponto multiplicaram-se as fundações na órbita da administração pública que não será exagero dizer, como HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, que vive-se "a era das fundações."

2.3. NATUREZA JURÍDICA PRIVADA DAS FUNDAÇÕES

Segundo PAULO L. ROCHA LAGOA ¹³, o direito romano clássico não chegou a conhecer as fundações, mas somente a idéia diretora. Com o Cristianismo surgiu grande número de legados destinados a fins caritativos ou mesmo puramente religiosos, e era necessário se dar uma administração própria a eles. Designava-se o bispo do lugar onde os benefícios seriam prestados. Com o tempo reconheceu-se personalidade jurídica a estes bens, sendo que na Idade Média as fundações já estavam configuradas como hoje: patrimônio personalizado, no fim previsto pelo instituidor. O reconhecimento da personalidade jurídica pelo Estado decorria do fato de, frequentemente, ser vultoso o patrimônio. Também, sempre houve uma tutela sobre as fundações: primeiramente do bispo, e posteriormente, do Estado, quando a sociedade se secularizou.

MATOS PEIXOTO, citado por OSCAR SARAIVA, reconhecia no direito

¹³ Op. cit. p. 20.

romano clássico a ficção jurídica das fundações que eram "somente alguns templos de divindades pagãs; no direito post-clássico, as igrejas, os mosteiros, os hospícios, os hospitais e os estabelecimentos de beneficência (pia corpora, piae causae, venerabiles domus)."¹⁴

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁵, apoiado em ROBERTO DE RUGGIERO, justifica que o direito romano só veio a sentir e criar a universitates bonorum muito tarde, por inspiração cristã da pia causa, em razão do abstracionismo que permite personificar um patrimônio.

MARCELLO CAETANO ressalta o papel da Igreja Católica no desenvolvimento das fundações ao afirmar que elas "tiveram justamente a sua época de eleição na Idade Média, à sombra da Igreja Católica. Por um lado, a idéia de um fim sobrenatural, transcendente, a que estariam afetos os bens da Igreja, Corpo Místico de Cristo; por outro o respeito da vontade dos defuntos, baseado na crença na imortalidade da alma, haviam de conduzir à autonomia os patrimônios afetados a fins caridosos, ad pias causas, como genericamente se dizia. Foi essa a época da multiplicação dos hospitais (não apenas estabelecimentos para doentes, mas hospícios de velhos e peregrinos), albergarias, gafarias ... e das capelas destinadas ao sufrágio perpétuo das almas dos instituídos.

"Mas, embora a Igreja tivesse tido papel de relevo neste movimento, dados os seus objetivos espirituais, o Poder civil nunca se alheou dele, como se vê já do Código de Justiniano. E em Portugal cedo os Monarcas reivindicaram o direito de inspeção e de jurisdição sobre as capelas, albergarias e hospitais quando fossem fundados e administrados por leigos."¹⁶

Mais enfaticamente ainda, LUÍS FERNANDO COELHO reconhece o nascimento de origem privada das fundações. Para ele a fundação é uma estrutura decorrente da variedade das relações privadas que a ordem jurídica atribui

¹⁴ SARAIVA, Op. cit. p. 235.

¹⁵ Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Edição Forense, 1974, vol. I, pp. 303-304.

¹⁶ CAETANO, Marcello. Das Fundações. Lisboa, 1962, pp. 66-67.

personalidade. Assim, no Direito Ocidental, as fundações "nas suas origens, estão ligadas às doações, em caráter privado, (o grifo é nosso) feitas pelo soberano em benefício das comunidades, segundo os meios que o direito colocava ao alcance do cidadão em particular. Neste sentido registram-se os antecedentes da doação da biblioteca de Alexandria pelos Ptolomeus e os templos e bens dedicados ao culto dos deuses. Precursora notável das fundações foi a escola de Platão, nos jardins de Academos; outros exemplos: a transferência de um patrimônio que, no direito romano clássico, se fazia a uma cidade ou collegium, com a imposição de fins de utilidade pública, mediante testamento ou por ato inter vivos; as fundações alimentares dos primeiros tempos do Império Romano, as fundações fiduciárias e as piae causae do Império Romano posterior, e a Gesammte Hand do antigo direito germânico que, embora distanciada do conceito de patrimonialidade das fundações, parece ter influenciado toda a doutrina germânica sobre essas instituições.

"O desenvolvimento doutrinário e normativo do instituto deu-se nos quadros do direito privado e só recentemente assinalam-se tentativas de caracterizá-lo como ente de direito público." 17

Quem interpreta a origem histórica da fundação de maneira diversa é A. B. COTRIM NETO. A fundação teve origem eclesiástico-pública, porque suas finalidades só poderiam ser ad pias causae ou de benemerência e instrução, as quais pertenciam com exclusividade à Igreja. E no período Medieval, quando as fundações tiveram largo desenvolvimento, a Igreja praticamente detinha todo o jus publicum, conseqüentemente, a fundação por ele era regida.

A personalidade privada só ocorreu no início da idade moderna, quando a fundação se desvincula da Igreja, e o Estado-Nação, com a minimização de suas atividades, cria condições para o direito civil se agigantar sobre o público. Com o Estado intervencionista, na época contemporânea, retomam-se, novamente, as fundações. 18

17 COELHO, Luís Fernando. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 139, p. 120.

18 Regime Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1966, pp. 156-159

2.4. FUNDAÇÕES CRIADAS PELA UNIÃO

As primeiras fundações criadas pela União, no entender de destacados autores, teriam sido de direito público. Seriam os seis institutos de instrução secundária e superior subordinados ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, mantidos pelo Decreto nº 11.530, de 18.03.1915, que reorganizou o ensino secundário e superior da República. Possuíam autonomia didática e administrativa, além de serem dotados de personalidade jurídica para receberem doações e legados, bem como adquirirem bens e celebrarem contratos. Podiam cobrar taxas de matrícula e de frequência e a metade das de exames, que constituiriam seu patrimônio, com o objetivo de assegurar-lhes a autonomia financeira.

Tem-se como primeira fundação pública a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O professor HONÓRIO MONTEIRO, desta mesma Faculdade, em parecer exarado em 1940, sobre a obrigatoriedade da Faculdade de Direito se desfazer da renda que lhe era própria para incorporá-la ao orçamento do Estado, reconheceu-lhe o caráter de fundação oficial, pois, possuía um pa-

trimônio próprio, e conseqüentemente, personalidade jurídica, desde 1891 com o Decreto nº 1.232-F, de 2 de janeiro. Qualquer dúvida que ainda pairasse sobre este fato foi arredada pela Lei Orgânica do Ensino Superior (Lei Rivadávia), aprovada pelo Decreto nº 8.659 de 05.04.1911, e sem alteração pela nova reforma do ensino de 1915, pelo Decreto nº 11.530, de 18 de março. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclamou que os "estabelecimentos de direito administrativo com personalidade jurídica, tal como acontece com a Faculdade de Direito de São Paulo, são fundações de direito público..." 19

Em observações ao art. 24 do Código Civil e, taxativamente, referindo-se a estes institutos, assim se expressou CLÓVIS BEVILAQUA: "Entre as fundações criadas ultimamente pelo Estado, em nosso país, merecem menção os estabelecimentos de instrução pública superior e secundária 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 do Ensino e do Ministério dos Negócios Interiores." 20

SEABRA FAGUNDES também admite que os estabelecimentos superiores de ensino eram fundações e que, inclusive, foram a origem remota das autarquias. "Outrora, o Estado, ante a necessidade de tornar autônomos certos serviços, valia-se do instituto privado da fundação, erigindo em pessoa jurídica, sob 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 Capítulo II, Seção IV, do Código Civil. 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

¹⁹ MONTEIRO, Honório. Fundação Pública. In Revista de Direito Público, nº 2, p. 128.

²⁰ Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1953, vol. I, p. 193.

objetivo da autonomia de certos serviços públicos, com proveito para a atuação estatal, que assim ganhava um novo instrumento. Se bem que, em contrapartida, ao adquirirem personalidade de Direito Civil, os departamentos assim tornados autônomos, privados da condição de integrantes de uma pessoa jurídica de Direito Público (a União, algum Estado ou Município), perdiam certas situações e privilégios de tal condição oriundas. Era o preço, em sacrifício, das vantagens ganhas com a autonomia." 21

Uma análise da descentralização administrativa brasileira permite verificar que, numa primeira fase, elegeu-se as autarquias, com intensa multiplicação a partir de 1937. No entanto, desde 1943, com a criação da Fundação Brasil-Central, cujas finalidades eram o desbravamento e a colonização das regiões do Brasil central e ocidental, notadamente as dos altos rios Araguaia e Xingu, ganha vulto a preferência pela criação de fundações por parte do Estado. Nessa época, em estudo pioneiro, OSCAR SARAIVA, após analisá-las, observou: "achamo-nos, pois, em face de nova modalidade de delegação administrativa com a revivescência das fundações civis às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um 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." 22

De lá para cá foram criadas inúmeras fundações, tanto no âmbito federal quanto no âmbito dos Estados-membros, e, a título meramente informativo, segue um rol incompleto das criadas na órbita federal: Fundação Getúlio Vargas, Fundação Rádio Mauá, Fundação da Casa Popular, Fundação de Assistência aos Garimpeiros, Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, Fundação das Pioneiras Sociais, Fundação Universidade de Brasília, Fundação Universidade do Amazonas, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, Fundação Casa de Rui Barbosa, Fundação Museu do Café, Fundação Escola de Medicina e Cirurgia do

21 Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. In Revista de Direito Administrativo, nº 78, p. 7.

22 Op. cit., p. 235.

Rio de Janeiro, Fundação Ensino Especializado de Saúde Pública, Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho, Fundação Universidade do Maranhão, Fundação Centro Brasileiro de TV Educativa, Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Fundação Interestadual para o desenvolvimento dos vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá (FIRTOP), Fundação Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA), Fundação Universidade de Sergipe, Fundação Nacional do Material Escolar (FENAME), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL), Fundação Universidade Federal de São Carlos, Fundação Universidade do Piauí, Fundação Instituto Osvaldo Cruz, Fundação Faculdade Católica de Medicina de Porto Alegre, Fundação Legião Brasileira de Assistência, etc.

Pela própria denominação dessas fundações percebe-se que elas abrangem um variado campo de atuação, sendo que, ultimamente, avoluma-se a tendência desta técnica jurídico-organizacional na órbita das atividades educacionais e culturais, em parte por força das Leis nº 4.024, de 20.12.1961 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e nº 5.540, de 28.11.1968, que fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior. Ambas prescrevem que as universidades se constituiriam sob a forma de autarquias, fundações ou associações.

2.5. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

A discussão doutrinária instalada sobre a natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público - se de direito público ou de direito privado - é perfeitamente justificável pelos reflexos práticos e jurídicos que decorrem de sua conceituação.

"A atribuição de personalidade de direito público", enfatiza ALICE M. GONZÁLEZ BORGES, Procuradora do Estado da Bahia, "às entidades que atuam em setores vitais para o Estado, nas quais se investem volumosos recursos orçamentários, traz como corolário, em nosso direito positivo, o gozo de certas prerrogativas e privilégios, tais como imunidades tributárias, impenhorabilidade dos bens de seu patrimônio, privilégios recursais e outros. Tais prerrogativas e privilégios resguardam e asseguram o pleno funcionamento dos serviços públicos, sem embaraço ou descontinuidade.

"Ao invés, a atuação do Estado através de formas de organização regidas pelo direito privado, tais como a empresa pública ou a sociedade de economia mista, não lhe garante nenhum tratamento excepcional, mesmo por-

que a Constituição Federal as subordina expressamente às normas aplicáveis às empresas privadas (art. 169, §§ 2º e 3º do Texto Emendado)." 23

Deste modo, se o Estado institui fundações para a execução de objetivos de interesse público, porém atípicos, completa a autora, a questão de desfrutarem garantias ou privilégios perde maior interesse prático. Mas o mesmo não ocorre quando as fundações se destinam a concretizar seus serviços próprios, típicos.

Por estes motivos faz-se necessário repassar neste trabalho, ainda que sucintamente, a polêmica doutrinária que ainda persiste entre os juristas e doutrinadores pátrios.

FRANCISCO CAMPOS, em clássico parecer sobre o Instituto Mineiro do Café, deixava claro seu posicionamento: "serviço público erigido em pessoa jurídica não pode ser uma fundação de direito privado; a pessoa jurídica investida de direitos de poder público para administrar um serviço público, é, necessariamente, uma pessoa de direito público, e a fundação é, pelo nosso direito (Código Civil, art. 16), pessoa jurídica de direito privado. Uma pessoa jurídica de direito público não pode ser, portanto, uma fundação e uma fundação não pode nunca consistir em serviço público cuja administração exija o exercício de imperium ou de direitos de poder público." 24

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI argutamente percebeu que "tem havido (...) certa plasticidade no encarar o problema das fundações, orientando-se a legislação entre nós, no sentido de conservar a estrutura privada, embora gozando de certas isenções e prerrogativas concedidas por lei, assim como de recursos financeiros que asseguram a eficiência e a produtividade de suas atividades." 25 E cita como exemplo as fundações Getúlio Vargas, Casa Popular e Brasil Central.

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, em parecer exarado em 1951 sobre a natureza jurídica da Fundação Paranaense de Colonização e Imigração,

23 Fundações. In Revista de Direito Administrativo, nº 126, pp. 573-574.

24 Direito Administrativo. Ric de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943, p. 297.

25 Tratado de Direito Administrativo. Ric de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, vol. II, p. 139.

ao traçar os elementos distintivos entre a autarquia e fundação, assim conclui: "Não podemos criar confusão onde não há confusão: uma fundação não pode ser de direito público! As fundações serão de direito privado, como pessoas jurídicas de direito privado, ou não são fundações." E mais adiante: "Querer admitir a existência da fundação de direito público será o mesmo que admitir as empresas concessionárias de serviço público como pessoas jurídicas de direito público!!!" 26

Mais tarde, dentro de uma orientação filosófica de não afastar o direito da lei afirmou: "A pessoa jurídica chamada fundação, não há como forçar argumentos que se perdem na abstração, sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão ser de direito privado, porque assim está institucionalizada e consagrada pelo direito positivo". E contesta a tendência publicizante das fundações, "pois não encontramos da parte do Estado inclinação para descaracterizar um instituto já bastante considerado pela experiência e capaz de atender os interesses da Administração." 27

Franco Sobrinho deixa transparecer que pretende resolver o problema da personalidade jurídica adotando o critério volitivo, ao frisar categoricamente que a personalidade jurídica da fundação, bem como sua capacidade decorre do ato criador-instituidor, embora haja a preponderância de um interesse fundamental público que exprime a vontade estatal ou pública. 28

Por fim, ao tentar dirimir as indecisões do pensamento doutrinário sobre a administração indireta, baseado no teor-conceito definido pelo legislador, entende as fundações como "entidades que, apesar de poderem ser instituídas pelo poder público, guardam os requisitos estabelecidos na legislação pertinente (arts. 24 e seguintes do Código Civil), submetidas à supervi

26 Autarquia - Fundação criada pelo Poder Público ... In Revista de Direito Administrativo, nº 25, pp. 392-393.

27 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Fundações e Empresas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 10-11 e 13.

28 Idem, p. 25.

são tutelar ministerial (arts. 19 e 26 do Decreto-lei nº 200), pessoa pública quanto aos fins, privada quanto à personalização jurídica." 29

O mestre paulista HELY LOPES MEIRELLES defende igual ponto de vista. Parte do princípio de que a fundação só pode ser de direito privado porque assim está institucionalizada pelo direito positivo brasileiro. O que realmente importa é a instituição da entidade como fundação. E num parecer em que define a natureza jurídica da Fundação Santo André, expressa: "O fato de o Estado servir-se de institutos do direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura as instituições civis em entidades públicas, nem autarquiza esses meios de ação particular. Mesmo porque, quando o Estado busca uma instituição de direito privado para a realização de atividades de interesse público, ele está desejando, precisamente, servir-se de um instrumento civil desvinculado das normas estatais, para o pronto atingimento de objetivos que não seriam alcançados pelos meios administrativos rígidos e convencionais, ou seja, pelas repartições públicas centralizadas, ou descentralizadas em autarquias. O que o Poder Público deseja, em tais casos, é valer-se exatamente da presteza e flexibilidade de instituições de personalidade privada, já institucionalizadas e utilizadas com êxito na vida civil. Para tanto, apodera-se de instituições regidas pela legislação civil e comercial, coloca-as a serviço do Estado, comete-lhes encargos de interesse público, amolda-as às suas conveniências, mantendo-lhes, porém, a personalidade privada e as características institucionais que as definem como entidades particulares ou instrumentos da livre empresa." 30

Baseado no fato de que, na legislação brasileira, a respeito de fundações, só existe o que preceitua o Código Civil, VALDIR SZNICK, Promotor Público em São Paulo, advoga que a intenção do legislador foi criar fundações com personalidade de direito privado. 31

29 A Problemática da Administração Indireta no Brasil. In Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 18, vol. VII, p. 43.

30 Fundações instituídas pelo Poder Público - Natureza Jurídica de Direito Privado. In Revista Forense, nº 220, p. 66.

31 Cf. Fundação Pública, uma contradição. In Revista de Direito Administrativo, nº 118, pp. 34-48.

Na mesma trilha segue GERVÁSIO LEITE e é peremptório em negar, como publicização do instituto, o tratamento especial que o Estado dispensa a algumas fundações. "Não importa que o Poder Público outorgue a determinadas fundações uma série de favores e vantagens fiscais e administrativas para caracterizá-las como públicas. O interesse público, a política governamental ou a atividade administrativa podem aconselhar que o governo adote uma política de favorecimento às fundações destinadas a cumprir atividades específicas. Nem por isso elas se tornam públicas.

"É sabido que o Poder Público pode outorgar a particulares uma série de favores visando incentivar determinadas atividades privadas, mas tal favorecimento não as descaracteriza, não as publiciza." 32

CAIO TÁCITO também reconhece que as fundações instituídas pelo Estado conservam as características de direito privado. Em relatório apresentado à reunião da "Association Henri Capitant", em julho de 1963, assim se reportou: "Inspirando-se no direito civil, o legislador brasileiro adotou, como um dos meios de descentralização administrativa, a constituição de fundações destinadas à prática de atividades culturais ou assistenciais. Trata-se de outra forma de recepção no direito administrativo de instituições tradicionais ao direito privado.

"Instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado. Incumbem-se da administração de patrimônio público e têm como fonte de receita a disponibilidade de subvenções ou outras parcelas da receita pública." 33

Por sua vez, ANTÔNIO EDVING CACCURI, em trabalho aprovado pelo I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1971, após lamentar a inexistência de um estatuto ou lei orgânica para as entidades paraestatais, extrai do nosso ordenamento positivo o suporte jurídico para filiar-se

32 Inexistência de Fundações Públicas. In Revista de Informação Legislativa, nº 38, p. 53.

33 Sociedades Comerciais e Fundações do Estado. In Revista Forense, vol. 205, pp. 418-419.

à corrente doutrinária que atribui personalidade privada às fundações. O primeiro argumento alinhado é que a equiparação das fundações instituídas pelo poder público às empresas públicas (art. 4º, § 2º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967), "as quais, por seu turno, ostentam personalidade jurídica de direito privado (art. 5º, nº II) traduziu o indisfarçável propósito de conservar a sua feição privada, tanto mais que às empresas públicas, nos termos do parágrafo único do art. 27, serão asseguradas condições de funcionamento idênticas às do setor privado, cabendo-lhes tão-somente, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do governo." ³⁴ Além disso, confiando a lei de reforma administrativa atividade de exploração econômica às sociedades de economia mista e às empresas públicas, atribuiu-lhes, expressamente, personalidade de direito privado, face ao mandamento constitucional contido no art. 170, § 2º, o que reforça a colocação anterior. A modificação introduzida pelo Decreto-lei 900, de 29.09.69, fazendo desaparecer a equiparação "vantajosamente confirma, de maneira clara e irresponsável, a natureza privada daquelas entidades ..." ³⁵ Como segundo argumento CACCURI relaciona aproximadamente doze fundações instituídas pela União, entre 1960 e 1970, onde destaca que seus diplomas legais, sem exceção, proclamam expressamente a natureza privada, com a aquisição da personalidade jurídica através da inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, dos atos constitutivos.

Para o autor a expressão "fundação de direito público" empregada na Lei 5.540, de 28.11.68, que fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior, é uma imprecisão de linguagem. "Cai no vazio, porque nem o dispositivo ora comentado, nem qualquer outro do nosso ordenamento positivo, oferece uma conceituação que lhe dê conteúdo. Significa isso que aquele dispositivo não veio enriquecer nosso universo jurídico com um novo tipo de fundação." ³⁶ E acrescenta que o art. 4º da Lei 5.540 ao estabelecer que "as universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-

³⁴ Das Fundações Públicas. In Revista dos Tribunais, nº 444, p. 35.

³⁵ Idem, p. 40.

³⁶ CACCURI, op. cit., p. 36.

se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações* de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações" não revogou a segunda parte do art. 81, da 4.024 de 20.12.61 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que diz: "A inscrição do ato constitutivo no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, será precedida de autorização por decreto do governo federal ou estadual." Para abono de seu pensamento, cita o fato de a Fundação Universidade de Uberlândia, instituída pelo governo federal, após os diplomas legais acima referidos (Leis nºs 4.024 e 5.540), ser uma entidade jurídica de direito privado, tendo o estatuto sido aprovado pelas entidades instituidoras e pelo representante do Ministério Público na cidade de Uberlândia.

Por fim, chama a atenção para a distinção entre poder de império e delegação de poderes. Apoiado na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO relembra que a pessoa pública é a que apresenta as características de poder de império em nome próprio, a sujeição ao controle de tutela e o enquadramento na administração, sendo que somente a primeira característica é capaz de, por si só, identificar a entidade pública. De modo que a fundação é pessoa jurídica de direito privado porque "quando o Estado investe as entidades da administração indireta, entre as quais as fundações, de certas regalias e prerrogativas que se caracterizam como verdadeiras porções de poder de império, o que ele faz é uma delegação de poderes, que aquelas entidades exercerão, não em nome próprio, mas em nome do Estado." 37

LUÍS FERNANDO COELHO, em trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, observa que, mesmo em se notando a insegurança do legislador no panorama atual do Direito brasileiro, quanto ao regime jurídico das fundações instituídas pelo Poder Público detecta-se uma tendência privativista no legislador federal, máxime, em decorrência da equiparação às empresas públicas pelo Decreto-lei nº 200, de 25.02.67 e, posteriormente, pela opção decisiva à tese da natureza privada acolhida pelo Decreto-

37 CACCURI, Antônio Edving. Op. cit., p. 41.

lei 900, de 29.09.69.

Ao referir-se sobre a incongruência do Decreto-lei nº 779, de 21.08.69, que institui privilégios processuais, também estendidos às "fundações de direito público federais, estaduais ou municipais", demonstra que ela está superada, porque "a jurisprudência de nossos tribunais trabalhistas encarregou-se de corrigir a equivocidade de terminologia empregada pelo Decreto-lei 779." ³⁸

Complementando sua posição é categórico em aliar-se àqueles que acham que o maior ou menor controle exercido pelo Estado sobre as fundações por ele instituídas "não lhes tira a característica fundamental de entidade privada na sua gênese histórico-jurídica e princípios básicos de organização e funcionamento." ³⁹

O argumento final o autor extrai da própria realidade atual: "O Estado se serve das formas privadas institucionalizadas, não por mero desleite do legislador ou atendendo à inspiração criativa dos governantes, mas com vistas a objetivos práticos: é o excesso de burocracia no serviço público que está na origem da atual proliferação de entidades da administração indireta; ora, se o Estado tem o seu instrumento típico de organização - a autarquia - por quê então instituir fundações públicas, se estas em nada diferem daquelas? Na realidade, quando o Estado lança mão do instituto privado da fundação é para que ela atue, como entidade privada, gerando recursos pela exploração econômica de seu patrimônio e destinando-se à consecução dos fins para os quais foi instituída." ⁴⁰

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA distingue as fundações de direito privado instituídas pelo Estado das autarquias fundacionais, estas sim, pessoas jurídicas de direito público. ⁴¹ Inclusive sua tese de livre-docência versa, pormenorizadamente, sobre os principais aspectos das fundações de di-

³⁸ Op. cit., p. 115.

³⁹ Idem, p. 121.

⁴⁰ Ibidem, pp. 121-122.

⁴¹ V. Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado. Rio de Janeiro Editora Rio, 1972, pp. 27 e seguintes, 58 e seguintes e 69-71.

reito privado instituídas pelo Estado.

Já no passado, muitos juristas definiam a fundação pública como instituto regido pelo Poder Público. CLÓVIS BEVILAQUA reconhecia que os institutos de ensino eram "fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou;" ⁴² JOÃO MENDES JÚNIOR, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em relatório apresentado em 1911 à sua Congregação e publicado na Revista da Faculdade de Direito, vol. 20, deixa evidenciado o caráter de fundação de direito público e HONÓRIO MONTEIRO, em lapidar parecer sobre a mesma Faculdade de Direito, afirma que sua situação jurídica em face do Estado é simples e clara: fundação de direito público ou oficial, criada pela União e transferida ao Estado com este caráter. ⁴³

PONTES DE MIRANDA vê as fundações de direito público, quase sempre como instrumentos de socialização ou de planificação econômica. E as define como sendo "as que têm função pública. Qualquer outro critério para se distinguirem das pessoas de direito privado, especialmente das fundações de direito privado, as de direito público, tem de ser repellido. Só é de direito público a fundação a que o poder estatal, o poder de senhoria, foi atribuído." ⁴⁴

MIGUEL REALE não acha porque afastar-se da doutrina dos autores citados nos dois últimos parágrafos. Taxa de anacronismo o fato de se fazer prevalecer a forma extrínseca sobre a substância ou a essência da entidade. Sua tese é mais abrangente, pois, além de negar o caráter jurídico privado das fundações oficiais, também o rejeita nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas. "A regra, ao contrário, é a publicidade de tais entidades, o que não quer dizer, absolutamente, que, consagrado este critério, ficariam equiparadas aos órgãos de administração direta ... ⁴⁵ Vai além o pro-

⁴² Op. cit., p. 232.

⁴³ Op. cit., p. 130.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. Fundações - Pessoas Jurídicas de Direito Privado e de Direito Público. Atribuições do Ministério Público. In Revista Forense, nº 192, p. 76.

⁴⁵ REALE, Miguel. Natureza Jurídica da "Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo". In Justitia, vol. 40, p. 91.

fessor REALE. Propõe, para que se evite os problemas insolúveis, dificuldades e absurdos que a caracterização privatista destas entidades acarreta, que "melhor será, portanto, reconhecer que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações oficiais (qualquer que seja o seu conteúdo, ou objetivo, cultural, econômico, técnico ou assistencial) constituem, no vasto gênero das "autarquias" ou, se quiserem, dos "entes públicos autônomos não territoriais", uma classe "a se", a das "autarquias de tipo privado," ou "de estrutura privada." 46

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, estribado em FERRARA, expõe que a pessoa jurídica pode ser considerada sob três aspectos: estrutura, capacidade e nacionalidade. Quanto à estrutura, as pessoas jurídicas se dividem em corporações ou fundações. Sob o prisma da capacidade serão corporações públicas ou privadas e fundações públicas ou privadas. Infere-se, logicamente, que a estrutura de uma pessoa jurídica não determina sua capacidade. Donde conclui que, "o fato de uma pessoa ser fundação nada tem a ver com sua capacidade. As fundações tanto podem ser públicas como privadas: a estrutura fundacional não é - contrariamente à desavisada suposição de alguns - exclusiva das pessoas privadas." 47 Mais adiante, de modo incisivo afirma que "todas as pessoas de direito público ou tem base associativa ou fundacional, sendo todas elas entidades autárquicas quando sua capacidade for exclusivamente administrativa. (...) A fundação pública, isto é, a fundação que é pessoa de direito público é espécie do gênero autarquia." 48

Neste mesmo sentido, JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA, em parecer sobre a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo: "Criada pelo Estado, por ele mantida (mediante inclusão constitucionalmente compulsória no orçamento, da parcela a que se refere o parágrafo único do art. 123 da

46 REALE, Miguel. Op. cit., p. 92.

47 Personalidade de Direito Público. In Revista de Direito Público, nº 1, p. 166.

48 Idem, p. 118. V. também Fundações Públicas, in Revista dos Tribunais, nº 338, pp. 62-84 e Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, São Paulo, Edição Revista dos Tribunais, 1973.

Constituição do Estado), perseguindo fins estatais, informada de estrutura pública, configura, esta Fundação, rigorosamente o instituto jurídico da autarquia." 49

JOSE CRETELLA JÚNIOR é um ardente defensor das fundações de direito público e, na obra sob este título, procura demonstrar que a idéia de fundação pública se enraíza no início do século, precedendo, inclusive, a noção de autarquia. Para equacionar o problema da natureza jurídica da fundação, objetiva e imparcialmente, adota o método científico de trabalho, consistente em examinar os institutos aos pares (público e privado) visando conseguir, com o depuramento contínuo, a categoria jurídica que sobrepaira sobre os dois ramos do direito. Além disso, a distinção precisa das entidades de direito público das paralelas entidades jurídicas de direito privado deverá ser feita adotando-se diversos critérios, e não um apenas. Estes critérios, recolhidos da doutrina estrangeira são: teleológico, orgânico, da posição relativa ao Estado e a outros entes, da participação do grupo, do regime jurídico especial, volitivo e da obrigatoriedade da consecução de seus objetivos.

Deste modo, fundação de direito público é "a pessoa jurídica de direito público interno, de índole exclusivamente administrativa, criada pelo Estado, constituída de substrato patrimonial, instituído pela entidade 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." 50

No direito italiano, o autor cita como exemplos a maior parte das instituições de beneficência, os institutos de instrução revestidos de personalidade jurídica pública, o Instituto Nacional de Exportação, a Obra Nacional de Previdência para os empregados; no direito belga, as Comissões de Assistência Pública e a Obra Nacional da Infância. E no direito pátrio arrola a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a Fundação de Amparo à

49 As fundações públicas são imunes a tributos. In Revista dos Tribunais, nº 338, p. 73.

50 Fundações de Direito Público. Rio de Janeiro, Editora Forense, pp. 30-31.

Pesquisa do Estado de São Paulo, os Institutos de Previdência, as Caixas Econômicas, os Institutos de Ensino, os Institutos de Pesquisa, o Departamento Nacional de Obras e Saneamento, a Comissão Nacional de Energia Nuclear, a Fundação das Pioneiras Sociais, a Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública, a Fundação Universidade de Brasília e outras. ⁵¹

Para PAULO F. ROCHA LAGOA, o Estado, como fonte geradora de ordenamento jurídico primário, detém poderes resultantes de sua dupla capacidade, de direito público e de direito privado. Desta forma pode criar fundações cuja personalidade seja de direito privado e fundações com personalidade de direito público. ⁵²

Um outro posicionamento é o que tem como paladino ALBERTO S. COTRIM NETO. Apoiado na construção de JOÃO LYRA FILHO e exposta na obra "Regime de Controle das Empresas Públicas", exara que "a fundação é um dos elementos capazes de se constituírem órgão da própria ação mediata do Estado (autarquia em potência), ou até de receber a outorga do status autárquico, quando será uma autarquia de direito." ⁵³

PAULINO JACQUES critica o legislador brasileiro e alguns especialistas porque, de acordo com o que revela a eidética (estudo da "essência ideal"), teriam se afastado da boa doutrina, por influência pragmática, ao caracterizarem as empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas. Preocupado com a tendência de privatizar as entidades paraestatais ⁵⁴, sugere um "estatuto da administração indireta" que "haveria de deixar bem clara a natureza pública das entidades criadas pelo Estado ou por ele autorizadas, para realizar fins públicos e com patrimônio total ou parcialmente público, sob a vigilância e tutela estatais." ⁵⁵

⁵¹ Cf. Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil. In Revista Forense, nº 221, p. 32; Fundações de Direito Público, pp. 51 e 60.

⁵² Op. cit., p. 27.

⁵³ Op. cit., p. 167.

⁵⁴ O autor entende como tais as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. V. op. cit., p. 48.

⁵⁵ Op. cit., p. 50.

Por derradeiro, após exaustivo estudo, HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO concluem: "as fundações criadas entre nós nos últimos anos, por iniciativa do Poder Público, são uma nova forma de descentralização, por serviço, das atividades administrativas do Estado. Nem sempre são pessoas jurídicas de direito privado, espécie do gênero "entidades paraestatais", como quer HELY LOPES MEIRELLES. Também não são espécie do gênero "autarquias" como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Do mesmo modo, não diríamos que são "autarquias de tipo privado", segundo a extravagante classificação de MIGUEL REALE nem "autarquias potenciais", como sustenta COTRIM NETO. Preferimos reconhecer simplesmente que se trata de uma nova categoria de "pessoa administrativa".⁵⁶ Finalizam, observando que o legislador pretendeu situar estas novas entidades no campo do direito privado. Mas por diversos motivos "o instituto da fundação, tal como conceituado e definido no Código Civil, foi totalmente descaracterizado, surgindo em seu lugar uma outra entidade, muito mais próxima da autarquia, e que passou a ser chamada fundação oficial ou pública."⁵⁷

A doutrina estrangeira trata a matéria com maior propensão para a existência da fundação de direito público. Assim é que ERNEST FORSTHOFF preleciona: "la fundación, en cuanto afectación de una masa patrimonial a un fin determinado por el acto de voluntad del fundador, se encuentra en ambas ramas del Derecho y las formas de su realización presentan entre si amplias analogias estructurales, dadas sin mas en las características conceptuales de patrimonio, vinculación a un fin y voluntad del fundador." Mas reconhece adiante que "resulta extraordinariamente difícil reconocer la fundación de derecho público y diferenciarla de las del privado, ya que también en la creación de estas participan las autoridades estatales y su fin es a menudo también de utilidad pública."⁵⁸

⁵⁶ Op. cit., p. 231.

⁵⁷ Idem, p. 231.

⁵⁸ Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 650-651.

ANDRÉ BUTTGENBACH doutrina: "O estabelecimento público é uma fundação de serviço público. É uma fundação pública realizada pelo Estado ou por outros poderes públicos - províncias ou comunas." ⁵⁹

Também CINNO VITTA: "Os entes públicos, como os privados, podem se distinguir pela base corporativa ou de fundação. Esta distinção é conhecida de todos os autores do direito." ⁶⁰

Para não alongar o rol das citações, cita-se por fim, MARCELLO CAETANO, que alerta no início de sua obra: "trataremos apenas das fundações de direito privado, abstração feita, portanto, das que possam considerar-se de direito público, que entram na categoria dos institutos públicos." ⁶¹

Em que pese os ponderáveis argumentos construídos pela doutrina, tanto estrangeira como nacional, um exame do ordenamento jurídico brasileiro permite arrematar que o legislador quis dar à fundação instituída pelo Estado, o caráter de direito privado. À guisa de subsídio a este raciocínio, a Consultoria Jurídica do Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) em parecer de CLENÍCIO DA SILVA DUARTE sobre a Universidade Federal de Pelotas se manifestou: "as fundações instituídas pelo Poder Público são, entre nós, entidades públicas, mas têm personalidade jurídica de direito privado, pelo modelo civilista que adotaram. Só na expressa determinação legal em sentido contrário é que tais entes poderiam conceituar-se como pessoas jurídicas de direito público." ⁶² Ainda neste sentido o Consultor-Geral da República, ROMEO DE ALMEIDA RAMOS, em parecer sobre acumulação de cargos, das fundações instituídas por lei federal e que obteve a aprovação do Presidente da República, entendeu, face o Decreto-lei nº 900, de 29.09.69, que referidas fundações por serem pessoas jurídicas de direito privado não se incluem entre as entida

⁵⁹ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello, Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, p. 155.

⁶⁰ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 152.

⁶¹ Op. cit., p. 8

⁶² Personalidade Jurídica de Fundação Instituída pelo Poder Público. In Revista de Direito Público, nº 15, p. 116.

des cujos servidores estão impedidos de acumular cargos. ⁶³

A jurisprudência dos Tribunais do país se afina com esta inteligência. O Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 37.583-GB, em que era agravante a Universidade da Guanabara, se pronunciou: "Fundação. Embora instituída por lei, e com recursos dados pelo Estado, trata-se de Sociedade de Direito Privado." ⁶⁴

Outro julgado, igualmente do Supremo Tribunal Federal, é o Recurso Extraordinário nº 75.315-60, sendo parte a Fundação I.B.G.E. Do texto colhe-se: "a orientação, inclusive do legislador ordinário, é no sentido de equiparar tais entidades às pessoas jurídicas de direito privado, tanto que a lei nº 5.638, de 03.12.70, ao disciplinar o processo e julgamento das ações trabalhistas contra a União, suas autarquias e empresas públicas, dispõe no art. 3º, que as reclamações contra as sociedades de economia mista e fundação só serão da competência da Justiça Federal se a União intervier, na qualidade de assistente ou oponente." (...)

"Assim sendo e tendo em vista que o I.B.G.E. não é autarquia nem empresa pública, mas simples fundação, bem decidiu o aresto recorrido ao entender como competente para o processo e julgamento da ação a Justiça Estadual." ⁶⁵

⁶³ Pareceres da Consultoria Geral da República. Departamento de Imprensa Nacional, 1972, vol. 80, pp. 128-132.

⁶⁴ V. Revista Trimestral de Jurisprudência nº 37, p. 151.

⁶⁵ V. Revista Trimestral de Jurisprudência nº 65, p. 566.

2.6. POSIÇÃO DAS FUNDAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO

A organização da administração federal, pelo Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, está dividida em administração direta, constituída pelos serviços integrados nos Ministérios e na estrutura administrativa da Presidência da República e, em administração indireta, correspondente à descentralização, realizada por meio das autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas. ei

O critério utilizado para fazer a distinção entre administração direta e indireta, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, foi o do sujeito prestador da atividade. Por conseguinte, as fundações deveriam ter sido consideradas expressa e forçosamente como entidades da administração indireta. "Entretanto, não foi exatamente o que sucedeu. O Decreto-lei nº 200, indeciso na matéria, deixou de elencar expressamente as fundações entre as entidades da administração indireta: contudo, optando por solução de compromisso,

declarou que tais pessoas se equiparam às empresas públicas." 66

Para OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO houve equívoco do legislador em colocar na Administração Indireta pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. As autarquias, sim, devem ser consideradas participantes da Administração Indireta, mas as empresas públicas e sociedades de economia mista deviam integrar a Administração Federal Complementar, por não fazerem parte, propriamente, da Administração Pública e por suprirem, apenas, a falta, a deficiência ou inconveniência da ação privada. Isto ocorre também com as fundações. 67

A equiparação feita pelo § 2º do art. 4º, do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, foi muito criticada, mormente, por ser inadequada, "em razão das diferenças estruturais e teleológicas entre as empresas públicas e as fundações governamentais." 68

Mas, houve também quem a justificasse. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, comentando a Reforma Administrativa Federal, aduz: "nada impedia que as fundações fossem 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, 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 na

66 Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 33.

67 Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1974, vol. II, p. 249.

68 FERREIRA, Sérgio de Andréa. Fundações Privadas Governamentais: Entidades da Administração Indireta? In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 137, p. 62.

tureza jurídica. Não se pretendia, pela redação do § 2º, comparar formações diferentes, mas trazer a fundação a colaborar na prestação de serviços públicos." 69

No entanto, a não classificação das fundações na administração indireta foi motivada pelo intenção de "resguardar, ao máximo, sua condição de entidade privada, basicamente relacionada com o Código Civil." 70

É o que garante JOSÉ DE NAZARÉ TEIXEIRA DIAS, com a autoridade de ter sido o Secretário Executivo da Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa, adicionando ainda que, a necessidade de estender sobre elas a supervisão ministerial é que obrigou a já aludida equiparação e, justamente com a empresa pública, porque esta auxiliaria a respeitar a condição de pessoa jurídica privada.

A partir do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69, o citado § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67 foi revogado, desaparecendo a equiparação e, expressamente, se consigna que as fundações instituídas em virtude de lei federal não constituem entidades da administração indireta, ficando sujeitas, entretanto, à supervisão ministerial desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Por que razões isto teria ocorrido?

Novamente recorremos à sábia lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que, ao comentar o problema da acumulação de cargos, vê neste particular o traço diferencial de maior realce entre o regime das fundações instituídas pelo poder público e o das pessoas privadas da administração indireta. Esta constatação leva-o a pensar que "a circunstância em apreço abriria até ensanchas à maliciosa suposição de que é esta a única razão (o grifo é nosso) pela qual o Decreto-lei nº 900 as excluiu da categoria "administração indireta", em que se achavam, transversalmente incluídas por sua anterior equipara-

69 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à Reforma Administrativa Federal. São Paulo, Edição Saraiva, 1975, pp. 65-66.

70 DIAS, José de Nazaré Teixeira. A reforma administrativa de 1967. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1969, p. 80.

ção às empresas públicas." 71

Realmente, a discussão estabelecida em torno da acumulação de cargos durante a vigência do § 2º do art. 4º do Decreto-lei 200, e a mudança de orientação com o advento do Decreto-lei 900, leva fatalmente a esta conclusão. Consultores Jurídicos do DASP, em pareceres sobre o assunto consideram verdadeiro privilégio instituído em favor dos empregados das fundações públicas, máxime, agora, quando estas são, "desenganadamente", formas de Administração Indireta. A própria Consultoria Geral da República endossa esta opinião.⁷²

Para terminar com este chamado privilégio o mesmo DASP levou à consideração do Presidente da República um anteprojeto de lei em que visava incluir as fundações instituídas pelo Poder Público dentre as entidades da Administração Indireta, catalogadas no Decreto-lei 200, de 25.02.67 e revogar a letra "c" do art. 2º e o art. 3º do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69.

Com esta alteração pretendia o DASP resolver os problemas que estavam repercutindo na administração de pessoal, "particularmente na área de acumulação de cargos", em virtude da exclusão dos servidores das fundações da aquele regime "sem nenhuma razão de ordem técnico-jurídica que justificasse tal tratamento."⁷³ Referido anteprojeto recebeu opinião desfavorável do Consultor-Geral LUIZ RAFAEL MAYER por entender que o deslinde da questão, acima de qualquer controvérsia, estaria na reforma do texto constitucional, tendo sido aprovado pelo Presidente da República.

Retomando o tema da desequiparação, o Decreto-lei nº 900, de 29.09.69 trouxe outras modificações, condicionando a instituição de novas fundações pelo Poder Público aos seguintes requisitos e condições: "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, equi-

⁷¹ Op. cit., p. 170.

⁷² Cf. Parecer I-032. Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1972, vol. 80, pp. 128-132.

⁷³ Cf. Parecer L-057. Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1976, vol. 85, pp. 340-352.

valentes a, no mínimo, 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 e d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (arts. 24 e seguintes do Código Civil)."

Estas alterações caracterizam, perfeitamente, a opção do legislador em incluir as fundações na órbita do direito privado e possibilitam a criação de um novo tipo de fundação, que para SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, passam a se inserir na chamada descentralização em regime de cooperação.⁷⁴ Descentralização esta que, segundo SEABRA FAGUNDES, consiste na união do Estado com o particular para a consecução comum de certos objetivos.⁷⁵

Mas e as anteriores a este Decreto, que dispensaram a co-participação de particulares?

O mesmo SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA responde: "as anteriores passaram a integrá-la" (descentralização em regime de cooperação), "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."⁷⁶

HELLY LOPES MEIRELLES não tem dúvida em considerar a fundação instituída pelo Poder Público como uma entidade paraestatal⁷⁷ e, nesta condição, integra o serviço descentralizado da Administração Pública. É um ente de cooperação.⁷⁸

⁷⁴ As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado, p. 65.

⁷⁵ Apud Sérgio de Andréa Ferreira, op. cit., p. 62.

⁷⁶ Fundações Privadas Governamentais: Entidades da Administração Indireta? In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 137, p. 68.

⁷⁷ Helly conceitua as entidades paraestatais como sendo "as pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado" (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, p. 319).

⁷⁸ Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, pp. 340-341.

Diferente é o juízo de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. O Decreto-lei nº 900 de 29.09.69 teria tornado a situação das fundações mais confusa, pois, embora subordinadas à supervisão ministerial "deixou-as no ar quanto à posição jurídica na Administração Federal." ⁷⁹

Além disso, para ele, as exigências criadas pelo art. 2º do supra citado decreto para a instituição de novas fundações "de certo modo, as equiparou, embora sem nada dizer, às sociedades de economia mista, ante o caráter de patrimônio misto exigido para a sua constituição, uma para realizar fins econômicos e outra para efetivar fins de benemerência a terceiros." ⁸⁰

A verdade é, porém, que a erradicação das fundações da Administração Indireta provocou acerbas críticas, justamente pela contradição que encerra ao submetê-las, por outro lado, à supervisão ministerial, comum às entidades da Administração Indireta.

E com o passar do tempo aumenta o coro daqueles que propugnam por um enquadramento mais consentâneo na órbita do direito administrativo.

Assim, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA analisando a inobservância do próprio legislador federal quanto à instituição de fundações com a co-participação de recursos privados e a prática generalizada dos diplomas normativos sobre Administração Pública disporem de modo simultâneo para a Administração Indireta e as fundações instituídas pelo Poder Público, assinala: "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." (...) 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 insti-

⁷⁹ Op. cit., p. 249.

⁸⁰ Idem, p. 249.

tucional, voltem a integrar, podemos dizer oficialmente, a Administração Indireta." 81

Também JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, num trabalho de fôlego e quase pioneiro sobre Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa, perfilha desta posição. "O que se conclui, sem o mais leve temor de incorrer em erro, é que estar sujeito à tutela administrativa, tendo sido criado por lei para a realização de parcela de atividade administrativa, equivale a pertencer à administração indireta, o que nos remete a contradição de nosso tempo, entre o país legal e o país real: diz o Decreto-lei 900/69 que as fundações instituídas pelo poder público não pertencem à administração indireta; mas todo o sistema administrativo e sua prática apontam para a direção oposta." 82

Na própria área administrativa encontram-se vozes concordantes. Entre elas, a do Consultor-Geral LUIZ RAFAEL MEYER: "é de ver que a posição das fundações instituídas pelo poder público, consideradas, ainda, as suas leis institucionais e os fins que lhe são ordinariamente atribuídos, não as fez estranhas ao complexo administrativo e, se não formalmente, materialmente (o grifo é nosso) corresponde-lhes a qualificação de órgão da administração indireta." 83

81 Fundações privadas governamentais: entidades de Administração Indireta? In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 137, p. 77.

82 Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa. In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 139, p. 171.

83 Parecer L-057. Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1976, vol. 85, p. 342.

2.7. FUNDAÇÕES PRIVADAS DA UNIÃO: ASPECTOS JURÍDICOS

É indiscutível que, num Estado de Direito, a fixação originária da vontade do Estado compete, unicamente, ao Poder Legislativo. Decorre deste dogma que a administração pública está condicionada ao princípio da legalidade. Os atos administrativos estão sempre subordinados à lei. FRITZ FLEINER leciona: ... "O poder executivo, a administração, recebe da lei os impulsos à sua atividade" ... "Administração legal significa então: administração posta em movimento pela lei e exercida no limite de suas disposições." ⁸⁴

Toda promoção que o ato administrativo insere na vida jurídica é alimentada e limitada pela lei, não podendo ultrapassá-la nem contrariá-la.

Em consequência, a criação de uma nova pessoa jurídica pelo Estado, que será um novo centro de direito e obrigações, mesmo sendo de direito privado, depende de um ato legislativo formal.

⁸⁴ Apud Celso Antônio Bandeira de Mello. Personalidade de Direito Público. In Revista de Direito Público, nº 1, p. 132.

CAIO TÁCITO, referindo-se às sociedades comerciais e fundações do Estado é explícito: "a sua instituição depende, no entanto, de autorização legislativa, tanto porque envolve a aplicação de recursos públicos, como porque significa a execução de uma determinada incumbência do Estado." E aludindo especificamente às fundações usa a expressão "instituídas em virtude de lei."⁸⁵

O diploma legal básico referente à Reforma Administrativa deixa patente a necessidade de haver participação legislativa no processo de criação de pessoas jurídicas, mesmo que de direito privado.

O Estado, como já visto, pode criar pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Ao instituir uma fundação sob o modelo previsto no direito civil, através do Poder Executivo, deve fazê-lo mediante a forma de escritura pública consoante estabelece o Código Civil, já que se abandona a hipótese da instituição por testamento.

A prática administrativa tem utilizado, largamente, uma nova forma, que é o decreto executivo.

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA sustenta que o decreto "é um instrumento público que preenche, mais ainda do que a escritura lavrada pelos tabeliães, as finalidades de publicidade, acessibilidade, segurança e certeza quanto aos atos jurídicos que exterioriza."⁸⁶ E critica a posição em que se coloca FERREIRA COELHO, julgando necessário a escritura pública, considerando-a ultrapassada, em virtude da época em que foi emitida.

Atualmente, no entanto, o pensamento de FERREIRA COELHO encontra simpatizantes. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, abordando o regime jurídico das fundações governamentais de direito privado, acresce: "por se tratar de entidade privada, não bastaria a lei autorizadora. Seu processo de origem requer a obediência aos requisitos previstos no diploma civil para a entronização da criatura no Universo Jurídico. Daí que se impõe a realização de escritura pública e registro para personalização da entidade."⁸⁷

⁸⁵ Op. cit., pp. 417-419.

⁸⁶ Fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado, p. 81.

⁸⁷ Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, p. 167.

HELLY LOPES MEIRELLES também participa desta opinião. "Não nos parece correta a instituição da fundação por decreto, como há exemplos na prática (...). Mas a verdade é que o decreto não substitui a lei; serve, apenas, para aprovar o estatuto depois de autorizada a instituição por lei e formalizada pela escritura pública, mesmo porque o ato criador da fundação e seu estatuto devem ser inscritos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (Decreto-lei 9.085/46, art. 1º, I) ⁸⁸ para que o novo ente tenha existência legal (Código Civil, arts. 18 e 19) e seria estranho inscrever decreto: o que se inscreve é o ato civil constitutivo da fundação, ou seja, a escritura e o respectivo estatuto normativo de seu funcionamento." ⁸⁹

A fundação pode ser co-instituída, através do Poder Público e dos particulares ou diversos Poderes Públicos. MARCELLO CAETANO sintonizou esta tendência: "são cada vez mais frequentes as fundações coletivas, ou, melhor dizendo, os casos de instituição coletiva." ⁹⁰ Como exemplo cita a Fundação Cardeal Cerejeira, cujo patrimônio foi reunido por subscrição pública.

O Decreto-lei nº 900, de 29.09.69 exige a co-participação de particulares, até o mínimo de um terço do total do patrimônio e recursos, para que o Poder Público crie novas fundações.

Ao ato de instituição, consoante o art. 24 do Código Civil, integra-se a dotação de um patrimônio, o fim da fundação, e facultativamente, o modo por que seja administrada.

O patrimônio é elemento essencial das fundações. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO o considera apenas necessário, "sem o qual não podem as fundações cumprir os fins que lhe são determinados. O elemento essencial está no ato instituído que corresponde ao fim: fins que sejam determinados e não indeterminados, e que resultem, em caráter duradouro, da vontade do instituidor." ⁹¹

⁸⁸ Revogado pela Lei 6.015, de 31.12.73 (Lei dos Registros Públicos) com as alterações das Leis 6.140, de 28.11.74 e 6.216, de 30.06.75.

⁸⁹ Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, pp. 343-344.

⁹⁰ Op. cit., p. 12.

⁹¹ Fundações e Empresas Públicas, p. 33

MARCELLO CAETANO aborda a idéia da fundação sem afetação inicial de patrimônio, localizando-a em autores alemães e na omissão do Código Civil alemão, que neste particular não é tão claro como os Códigos suíço e brasileiro. Também FERRARA admite criar-se fundação sem patrimônio; desde que, após criada, haja segurança de que ele afluia. No direito português não há discussão sobre o problema, pois todos os autores concordam com a necessidade da afetação do patrimônio. ⁹²

O patrimônio das fundações instituídas pelo Poder Público vem relacionado nas leis criadoras, ou decretos de instituição, sendo que os Estatutos e o Regimento Interno especificam os bens que o compõem, de maneira detalhada.

Em princípio, os bens da fundação privada são inalienáveis por destinação, o mesmo ocorrendo com as fundações de direito privado do Estado. Normalmente, porém, os diplomas legais específicos dispõem sobre esta matéria. Os bens alienáveis podem ser objeto de penhora, de usucapião e são operáveis.

PONTES DE MIRANDA, em parecer sobre bens de fundação e sua alienação proclama que "em si e por si, os bens que compõem os patrimônios das fundações não são inalienáveis. A inalienabilidade de algum, ou de alguns deles, ou de todos somente pode provir de clausulação, negocial ou ex-lege, de inalienabilidade, conforme os princípios comuns." (...) "Os bens das fundações não são, no direito brasileiro, inalienáveis e, mesmo quando os grava cláusula de inalienabilidade, é ineliminável, nos casos em que a lei admite, a sub-rogação." ⁹³

Outra característica a respeito do patrimonial é que está protegido pela ação popular, segundo se infere do art. 1º, da Lei nº 4.717, de 29.06.65 que disciplinou esta ação.

Quanto aos fins das fundações privadas estatais, guardam semelhança com as dos particulares, dirigindo-se a objetivos culturais, educacio-

⁹² Op. cit., pp. 8-11.

⁹³ Questões forenses. Rio de Janeiro, Editor Borsari, 1962, pp. 262-264.

nais, científicos, saúde pública e assistência social. Ultimamente, algumas estão voltadas para a área de proteção ao meio ambiente. Todos os fins da fundação vêm, perfeitamente, discriminados nos diplomas criadores.

O Decreto-lei nº 900, de 29.09.69 restringiu o campo de atuação das fundações, limitando-o a "objetivos não lucrativos, e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta." (art. 2º, letra c).

A estrutura administrativa da fundação vem estabelecida no texto criador, com a denominação dos órgãos e fixação de sua competência, variando de acordo com os objetivos que lhe são cometidos. Este arcabouço administrativo, via de regra, se compõe de um Conselho Deliberativo, um Conselho Diretor, um Presidente e um Conselho Curador. O Conselho Deliberativo possui funções normativas e de deliberação, traçando, geralmente, a política de ação da entidade. O Conselho Diretor tem papel eminentemente executivo, sendo que seu Presidente é, quase sempre, o Presidente da Fundação. O Conselho Curador incumbe-se de fazer a auditoria e controle das contas da Fundação. Os membros destes conselhos são designados pelo Executivo, por força da tutela administrativa.

Os estatutos da fundação, após elaborados por quem teve esta incumbência, são submetidos à aprovação do Chefe do Executivo que materializa sua concordância por meio de um decreto.

As possíveis alterações estatutárias, também, estão sujeitas ao beneplácito do Executivo, não se subordinando, entretanto, o processo de modificação, às normas do Código Civil e, sim, do direito administrativo.

Duas observações importantes, neste terreno, faz SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA. A primeira diz respeito à "alteração da própria lei autorizada, mesmo após a criação da fundação, inclusive dando nova estrutura. Nota-se, pois, que aquela vontade transcendente que domina a fundação, e que é a do instituidor, em se tratando de entidade instituída pelo Poder Público, mantém-se com potencialidade para modificar os atos constitutivos." ⁹⁴ A outra:

⁹⁴ Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado, pp. 96-97.

"Poder-se-ia pensar, à primeira vista, que, tendo a letra d, do art. 2º do Decreto-lei nº 900, de 1969, imposto às novas fundações privadas federais a satisfação dos "requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (arts. 24 e seguintes do Código Civil)", estas últimas disposições se aplicariam in totum àquelas. Deve realçar-se, porém, que a citada norma alude a "requisitos", o que faz entender que se trate dos elementos ontológicos básicos; por outro lado, estatutos posteriores ao Decreto-lei nº 900, de 1969, têm disposto de modo diverso do que faz o Código Civil." 95

Por fim, além dos estatutos, as fundações possuem Regimento Interno que detalha a sua organização administrativa.

A personificação das fundações privadas do Estado ocorre ou com a inscrição da escritura pública, juntamente com os estatutos aprovados por decreto, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, ou com a publicação dos decretos de instituição e aprovação dos estatutos.

Mesmo que a lei ou o decreto exija que os estatutos e ato constitutivo sejam inscritos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas para que a Fundação adquira personalidade, tal providência é tida como desnecessária.

Os objetivos do registro podem ser resumidos como sendo os de assegurar a estabilidade dos negócios e da vida jurídica e proporcionar a necessária publicidade a terceiros. A Lei dos Registros Públicos (6.015/73) em seu artigo primeiro realça as finalidades de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

"Com efeito", pondera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "o escopo estatal de assegurar certeza, segurança, autenticidade, validade e a necessária publicidade a certos atos jurídicos se realiza superiormente através da lei, do decreto e da publicação no Diário Oficial, que os sucede necessariamente.

"É óbvio que tais atos, emanados diretamente do Poder Público, preenchem os requisitos acima com muito maior força que o ato de registro efetivado por um particular, cuja força jurídica para autenticação, validação ou

95 Op. cit., pp. 97-98.

publicidade não advém de qualidade própria, senão apenas derivada de uma delegação que lhe faz o mesmo Poder Público, na conformidade da lei, segundo especificação de decreto e publicação no Diário Oficial." 96

MIGUEL REALE, também se mostra radicalmente contra o registro. "As entidades oficiais resultam da lei e dos regulamentos que lhes dão vida, defluindo a publicidade ou o seu conhecimento comum da promulgação do ato legislativo e seus consectários.

"Às vezes, o legislador prevê o registro dos atos constitutivos da entidade, sejam elas autarquias, fundações ou associações, mas tal exigência não é essencial, mas de caráter facultativo, e, a meu ver, redundante, brotada, como já antes salientei, do receio de que tais corpos autônomos possam se "burocratizar". 97

Pela disposição civil (art. 26) o Ministério Público deverá velar pelas fundações. Algumas leis de fundações privadas estatais referem-se expressamente à atuação do Ministério Público.

A dúvida que se levanta é esta: cabe ao Ministério Público velar por estas fundações ante a existência da tutela administrativa? As opiniões divergem. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, com a autoridade de ser o Curador de Fundações do Ministério Público no Rio de Janeiro, acha que, se existe vinculação e supervisão administrativa, descabe a atuação do Ministério Público, salvo disposição legal expressa em contrário editada pelo Governo que criou a fundação, por ser "desnecessária e inconveniente, uma vez que a tutela administrativa dá ao Ministério ou à Secretaria poderes ainda mais amplos do que aqueles que o Parquist possui, quando vela pelas fundações." 98

HELLY LOPES MEIRELLES partindo da premissa de que as fundações postas a serviço do Estado não perdem a característica de instituição priva-

96 Personalidade de Direito Público. In Revista de Direito Público, nº 1, p. 128.

97 Natureza Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. In Justitia, vol. 40, p. 94.

98 Fundações de Direito Privado instituídas pelo Estado, p. 104. V. também: As Fundações na Organização Administrativa Municipal. In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 141, p. 83.

da, conseqüentemente "não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas velará pela observância de seus Estatutos e denunciárá as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as institui (...)" E alerta: "Não se pode confundir a fiscalização institucional do Ministério Público, com o controle, da Administração instituidora. Aquela visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatutários (controle finalístico); este visa garantir a correta gestão administrativa e exata aplicação das verbas públicas, segundo a sua destinação orçamentária (controle financeiro). Um é estabelecido em defesa da instituição; o outro, o é em defesa da Administração em geral, do erário em particular. O primeiro é um controle específico das fundações (Código Civil, art. 26); o último um controle genérico dos que cuidam de bens e interesse públicos." 99

Para ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO "a supervisão não se confunde com a fiscalização do Ministério Público. Esta é de muito mais longo alcance. Não é o Ministério Público fiscal da aplicação e da execução das leis, no interesse inclusive do Estado?

"Quando muito haverá uma participação mais discreta no processo de constituição e extinção destas fundações. Nunca, porém, deixará de haver participação na fiscalização de suas atividades, da probidade de seus dirigentes, da gestão dos seus negócios, da sua viabilidade existencial e do atingimento de suas finalidades. As fundações vinculam-se e não subordinam-se ao Poder Executivo dentro da área de sua especialidade." 100

O ponto crucial a ser atacado para resolver a questão, é saber se há distinção entre a fiscalização institucional e a supervisão ministerial 101, até onde vai uma e outra. Em parte, isto já foi visto com as opi-

99 Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, p. 340.

100 O Ministério Público como órgão fiscalizador das fundações. In Revista de Direito Administrativo, nº 114, pp. 46-47.

101 Jessé Torres Pereira Júnior anota que supervisão é uma inovação terminológica acolhida pelo D.L. 200, que se identifica substancialmente ao instituto da tutela administrativa, criação secular do direito francês. V. Arquivos do Ministério da Justiça, nº 139, p. 157.

niões acima transcritas.

PONTES DE MIRANDA, num parecer onde se discutia a possibilidade de o Ministério Público pedir a suspensão dos administradores das fundações, limita sua vigilância às funções principais que são "a de aprovar estatutos e alterações, a de verificar ser nociva ou impossível a manutenção da fundação e a de documentar-se para o exercício das ações de nulidades e de anulação." Mais adiante: "O velar, a vigilância, consiste portanto, de acordo com a regra jurídica explícita do art. 653, em fiscalização dos atos da administração, em exercício de ações, para as quais tem ele legitimação. Legitimação, ou concerne a quaisquer ações declarativas, ou constitutivas, ou condenatórias, ou mandamentais, ou executivas, que o sistema jurídico produza, no sentido de boa administração e atinência dos atos à finalidade das fundações." 102

A jurisprudência brasileira, interpretando o entendimento da locução "velar" vai mais além do que quer PONTES DE MIRANDA. No acórdão do R.E. nº 44.384, de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 28.01.1960, encontra-se a seguinte ementa: "Fiscalização pelo Ministério Público - Possibilidade do afastamento provisório, administrativo ou judicial, de todos os seus diretores para apuração de alegadas irregularidades - Desnecessidade obrigatória de prévia audição dos interessados.

"Velar pelas fundações significa exercer toda atividade fiscalizadora, de modo efetivo e eficiente, em ação contínua e constante, a fim de verificar se realizam os seus órgãos dirigentes proveitosa gerência da fundação, de modo a alcançar, de forma a mais completa, a vontade do instituidor.

"O exercício das atribuições fiscalizadoras do Ministério Público que decorrem do sentido genérico da sua missão, envolve atuação de caráter meramente administrativo que dispensa regulação nas leis processuais.

"A fiscalização das fundações deixaria de ter significação, se por receio de ferir melindres e suscetibilidades, dos seus dirigentes, viesse a constituir óbice a esse dever, de ordem pública, de exigir a sua precisa ad

102 Fundação - Pessoas Jurídicas de ... In Revista Forense, nº 192, pp. 78-79.

ministração.

"Cabe ao Ministério Público o exercício de medida de vigilância em que constatará se a fundação está sendo gerida segundo a lei e os estatutos, como, outrossim, de tutela, em que verificará se a fundação está sendo gerida em moldes convenientes e oportunos para alcançar-se os seus altos objetivos. No desempenho dessas funções podem ser enumeradas entre as atribuições do Ministério Público:

a) a formulação à autoridade competente de pedido de suspensão administrativa de todos os dirigentes da fundação, envolvidos nesse ato e jurisdição graciosa, não só os órgãos ativos como consultivos, sem as suas audiências, mas em atenção ao resultado de sindicância levada a efeito por solicitação também do Ministério Público e determinação do Juízo;

b) o procedimento judicial para a destituição de todos eles, em demanda com a participação dos sujeitos da lide.

"Verificado pelo Ministério Público, fiscal nato das fundações, comportamento nocivo ou, pelo menos, perigoso a seu futuro, por parte dos administradores, tem ele o dever de promover administrativamente a suspensão provisória deles. Convencendo-se o juiz competente da necessidade dessa providência, cumpre deferi-la, antes de fazer, em demanda judicial, a respectiva deliberação.

"Sem a remoção de imediato e transitória dos dirigentes da entidade que desvirtuam os seus fins ante apuração sumária, para impedir que inutilizem as provas da sua desídia, praticamente inútil e meramente formal se tornaria a fiscalização do Ministério Público se se aguardasse sempre a segunda, de caráter contencioso e definitivo.

"A suspensão pode ser de um, de alguns, ou de todos os diretores. Aliás, em princípio, parece aconselhável seja de todos, se ela se efetua com o objetivo de intervenção nos negócios da fundação, para colher provas definitivas dos males da administração, já verificados por elementos circunstanciais." 103

A supervisão ministerial origina-se das premissas básicas e princípios fundamentais que sustentam a reforma administrativa: premissa ética - a moralidade; premissas operacionais - a racionalização e organicidade e; princípios fundamentais - planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Pode-se conceituá-la como sendo "o controle no acompanhamento da ação administrativa para comprovar se ela se desenvolve segundo o modo estabelecido e de acordo com os objetivos visados. O controle tem por fundamento a necessidade vital de manter a normalidade de organização. Seu suporte jurídico é conferir proteção aos administrados." ¹⁰⁴ Ou ainda, "o poder-dever jurídico-administrativo conferido e imposto aos Ministros de Estado." ¹⁰⁵

A supervisão ministerial vem disciplinada no Título IV, do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967.

"Art. 19 - 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.

"Art. 20 - O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência.

"Parágrafo único - A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei."

O art. 26 estabelece que, com relação à administração indireta e, também, às fundações (Decreto-lei nº 900, art. 3º), a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente, o seguinte:

"I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

¹⁰⁴ Benévolo de Andrade, apud Jessé Torres Pereira Júnior. Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa. In Arquivos do Ministério da Justiça, nº 139, p. 153.

¹⁰⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 153.

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."

O seu parágrafo único enumera medidas que a supervisão deve adotar:

"a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes 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, balancezes, 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."

Os dispositivos legais acima transcritos dão uma idéia clara dos limites concretos da tutela administrativa.

A esta altura já se pode dimensionar com mais acerto o papel do Ministério Público junto às fundações instituídas pelo Estado. É inegável,

analisando-se a extensão da supervisão ministerial, que esta "suplanta em efetividade e em objetivos a fiscalização do Ministério Público." ¹⁰⁶ Ainda JESSE TORRES PEREIRA JÚNIOR demonstra que o conflito de competência para exercer o controle sobre as fundações é aparente. Aplicando-se os princípios da hermenêutica, a norma específica da supervisão ministerial para as fundações vinculadas deve prevalecer sobre a provisão legal genérica estabelecida pela fiscalização do Ministério Público. Além disso, seria incoerente admitir-se a duplicidade de ação da supervisão ministerial e fiscalização do Ministério Público, quando uma das premissas axiais da reforma administrativa é a racionalização. ¹⁰⁷

Em que pese a abrangência da supervisão ministerial, a fiscalização do Ministério Público deve permanecer, por questão de coerência e fidelidade aos dispositivos da legislação civil, embora sua atuação deixe muito a desejar. A supervisão ministerial é que precisa ser abrandada em benefício da autonomia e da ação desembaraçada da fundação. Para compensar o abrandamento os Ministros ou Secretários de Estado devem ser mais conscientes e sábios na escolha dos dirigentes fundacionais, selecionando pessoas afinadas com os objetivos governamentais, cientes do âmbito de ação e das finalidades destes institutos. A ênfase e a prática desta atitude contribuirá para o fortalecimento e credibilidade do desempenho da estrutura fundacional, como instrumento flexível e indispensável da descentralização administrativa do Estado atual.

A vida financeira das fundações privadas do Estado é submetida a um controle interno, exercido pelo Conselho Diretor e pelo Conselho Curador, cuja finalidade precípua é o exame da prestação de contas da Diretoria, dar parecer sobre orçamento, balancetes, planos de contas e controlar a execução financeira e a contabilidade.

Por força da supervisão ministerial, o responsável por ela,

¹⁰⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, op. cit., p. 165.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 165.

também participa da atividade financeira da fundação.

O orçamento destas entidades deve integrar o orçamento governamental, na forma do art. 62 da Constituição Federal. ¹⁰⁸ Na hipótese de fundações sob o regime do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69, a aprovação orçamentária é regulada por lei especial.

Consoante o disposto no art. 70, § 1º da Constituição Federal ¹⁰⁹ as contas das fundações são submetidas à apreciação do Tribunal de Contas.

Toda discussão acaso existente sobre este controle e fiscalização acabou ruindo ante a lei federal nº 6.223, de 14.7.75, que dispõe sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional. Seu art. 8º é expresso em aplicar os preceitos da lei, no que couber, às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.

As normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, em princípio, só se aplicam à administração direta e autarquias (art. 125, do Dec.-lei nº 200). Esta liberdade concedida às fundações mereceu críticas, principalmente de Ministros do Tribunal de Contas da União, como se vê na edição do Jornal do Brasil do dia 06.10.75, que publicou pronunciamento do Ministro Otávio Gallotti.

No entanto, nada impede que, por norma expressa, o regime acima seja a elas estendido.

As fundações oficiais de direito privado não gozam de imunidade tributária. É ponto pacífico que o art. 19, III, a e o § 1º da Constitui

¹⁰⁸ "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 recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento."

¹⁰⁹ "O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos."

ção Federal não agasalham as fundações, pois a imunidade alcança somente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e de modo limitado, as autarquias. E o Supremo Tribunal Federal interpretou que a palavra autarquia foi empregada, pelo Constituinte, no sentido especial, isto é, sem abranger sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de direito administrativo. ¹¹⁰

O que pode haver para elas é isenção.

O regime jurídico do pessoal das fundações é o da legislação trabalhista. Conforme já visto, a partir do Decreto-lei nº 900, de 29.09.69, cessou a vedação para a acumulação de cargos. ¹¹¹ Há, porém, por entendimento da Consultoria Geral da República, com caráter normativo, limite máximo de retribuição pecuniária de servidores civis e militares previsto na lei nº 4.863, de 29.11.65, pois as fundações equiparam-se às entidades públicas. ¹¹²

De acordo com os arts. 8º, XVII, c, da Constituição Federal e 3º, I, da Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 77.077, de 24.01.76) os empregados das fundações são segurados obrigatórios do INPS, e abrangidos, em matéria de acidentes do trabalho, pela Lei nº 6.367, de 19.10.76. Descontam, também, para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço face o art. 1º do seu regulamento (Decreto nº 59.820, de 20.12.1966): "A lei nº 5.107, de 13.09.1966, com as alterações do Decreto-lei nº 20, de 14.09.1966, aplica-se, nos termos deste Regulamento, aos empregados e aos respectivos empregadores, inclusive entidades de direito público, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)."

O direito de greve previsto na Constituição Federal (art. 165, (art. XX e 162) não é permitido nos serviços públicos e atividades essenciais, defi

¹¹⁰ MAYER, Luiz Rafael. Parecer. In Revista de Direito Administrativo, nº 123, p. 377.

¹¹¹ Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1972, vol. 80, p. 128.

¹¹² Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1968, vol. 76, p. 228.

nidas em lei. A lei reguladora do direito de greve é a de nº 4.330, de 1º.06. 1964, que teve em mira o art. 158 da Constituição Federal de 1946. Não há legislação posterior a esta que defina serviço público e atividade essencial. Para solução deste impasse SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA julga que "o critério de finidor será verificar-se se a fundação pertence, ou não, à administração indireta.

"Com efeito, embora pessoas jurídicas de direito privado, as fundações componentes da administração descentralizada são, como vimos, serviços públicos virtuais, correspondendo à gestão de serviços públicos.

"Dentro deste critério, salvo a legislação expressa aludida acima, os servidores das fundações federais em função do disposto no art. 3º do Decreto-lei nº 900/69, não estariam abrangidos pela restrição constitucional." 113

Poucos são os privilégios concedidos por lei às fundações. O Decreto-lei nº 779, de 21.08.1969 estende às "fundações de direito público", que não explorem atividade econômica, as seguintes regalias nos processos perante a Justiça do Trabalho:

I - a presunção relativa à validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão de seus empregados ainda que não homologados nem submetidos à assistência mencionada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 477 da C.L.T.;

II - o quádruplo do prazo fixado no art. 841 "in fine" da C.L.T.;

III - o prazo em dobro para recurso;

IV - a dispensa de depósito para a interposição de recurso;

V - o recurso ordinário "ex-officio" das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias;

VI - o pagamento de custas a final, salvo quanto à União Federal que não as pagará.

A jurisprudência trabalhista, inicialmente, entendeu como inexistente a expressão "fundação de direito público". A ementa do acórdão, referente ao recurso de revista nº 768/72 da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, assim sintetiza o julgado: "as fundações de direito público referidas pelo Decreto-lei 779, de 21.08.69, são obviamente apenas aquelas fundações que, sem prejuízo de sua personalidade jurídica de direito privado (eis que inexistem as de 'direito público' que entrariam na categoria de institutos públicos), tenham sido instituídas diretamente pelo Poder Público Federal, em virtude de lei, com patrimônio e dotações, total ou parcialmente, oriundos do Estado e recebendo deste delegações para a execução de serviços e atividades de interesse público. São as chamadas 'fundações paraestatais'." 114

Mudou de orientação, porém, logo em seguida, conforme se constata do acórdão do Pleno do mesmo T.S.T., no Processo E 3.890/73: "Fundação, personalidade jurídica de direito privado, nos termos do Decreto-lei nº 900, não goza dos privilégios instituídos pelo Decreto-lei nº 779." 115

Não possuem, porém, foro especial. Suas causas relativas a empregados são da competência da Justiça do Trabalho (art. 142 da Constituição Federal). As ações trabalhistas em que for parte a fundação criada por lei federal só passará à competência da Justiça Federal se a União intervier como assistente ou oponente (art. 3º da Lei 5.638, de 03.12.70). E a jurisprudência tem-se manifestado neste sentido. 116

A proibição de os empregados das fundações oficiais de direito privado se sindicalizarem persistiu até 09.12.1976, quando a Lei 6.385 deu nova redação ao art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ficaram excluí-

114 SILVA, Carlos Alberto Barata. Direito do Trabalho interpretado no TST. São Paulo, Edições LTr, 1973, p. 305.

115 BONFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionários de decisões trabalhistas. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas S.A., 1977, p. 220.

116 V. R.E. nº 75.315-60, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 65, p. 565 e R.E. nº 72.640-68, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 67, p. 478.

dos da proibição os empregados das sociedades de economia mista e das fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios.

Pelo art. 327, parágrafo único, do Código Penal, os empregados das fundações oficiais de direito privado do Poder Público são equiparados aos funcionários públicos, porque estas fundações se enquadram na categoria paraestatal. Seus dirigentes, para fins criminais, mandado de segurança e ação popular, são considerados funcionários públicos (art. 327, parágrafo único, do Código Penal) e autoridades (Lei nº 1.533/51, art. 1º, § 1º e Lei nº 4.717/65, art. 1º).

A responsabilidade civil das fundações instituídas pelo Poder Público é regida pelo direito privado, não havendo responsabilidade civil solidária ou subsidiária do Estado. Não se aplica o art. 107 da Constituição Federal, pois se refere especificamente às pessoas jurídicas de direito público.

Os beneficiários, "quando se trata de fundação instituída pelo Poder Público, (...) serão os administrados que se enquadrarem entre os que, pela lei autorizativa, pelos estatutos e outros atos normativos, podem usufruir seus serviços.

"Aplicam-se, quando pertinentes, os princípios relativos à situação jurídica dos usuários dos serviços públicos, situação, em geral estatutária ou regulamentar, embora possa ser subjéctiva contratual.

"São reconhecidos aos particulares que preencherem os necessários requisitos o direito de acesso ao serviço e, uma vez na posição de utentes, o direito de efetivo funcionamento, segundo os princípios da continuidade, da regularidade e eficiência. Poderão ser usados para garantia de tais direitos remédios administrativos e judiciais.

"Com relação ao acesso ao serviço, torna-se, por vezes, necessário procedimento de admissão. Em algumas hipóteses, carece o acesso de declaração de vontade, mas, em outras, a utilização do serviço se dá sem necessidade de nenhum requisito prévio, confundindo-se a própria fruição do serviço com a admissão. Finalmente, existem os exemplos de admissão e utilização de serviço prestado por fundação, independente da e, até mesmo, contra a vontade

do usuário.

"Há casos de serviços gratuitos e de serviços remunerados." 117

As fundações podem ser extintas. Via de regra são criadas para existirem indefinidamente. Podem, no entanto, se modificarem as condições que justificaram sua criação. A extinção corresponde à eliminação da fundação do mundo jurídico e à liquidação de seu patrimônio.

As fundações oficiais de direito privado criadas por lei, somente por lei podem ser extintas. Nem um decreto teria força para tal, em virtude do princípio da hierarquia das normas jurídicas.

No caso destas fundações, normalmente, a lei criadora prevê o destino que será dado ao patrimônio, quando de sua extinção.

Podem, as fundações oficiais, ser transformadas, "compreendendo as hipóteses de mudança de fim, fusão, incorporação, conversão em associação, em autarquia" 118 ou, inclusive, passarem para a administração direta.

Já que os estatutos e atos constitutivos das fundações de direito privado do Poder Público são inscritos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, bem como averbadas as modificações, também é necessário que se averbe a extinção.

117 FERREIRA, Sérgio de Andréa, op. cit., pp. 145-146.

118 Idem, p. 148.

3. A EXPERIÊNCIA FUNDACIONAL EM SANTA CATARINA

3.1. OS ESTADOS-MEMBROS E AS FUNDAÇÕES

Não tem havido maiores dúvidas quanto à competência dos Estados-membros para instituírem fundações de direito privado. HELY LOPES MEIRELLES, que inclui a fundação oficial privada no rol das entidades paraestatais assegura: "A competência para instituir entidades paraestatais é ampla, cabendo tanto à União, como aos Estados-membros e Municípios, criar esses instrumentos de descentralização de serviços de interesse coletivo. A criação de tais entidades é matéria administrativa, e não interfere com a forma civil ou comercial com que se personifique a instituição. Esta, sim, é de direito privado cujas normas pertencem exclusivamente à União, por expressa reserva constitucional. Mas, a criação e organização da entidade, como instrumento administrativo de descentralização de serviço, é do titular do serviço a ser descentralizado." 119

119 Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, p. 321.

A instituição de fundação de Direito Público é que suscitou controvérsia. O professor SYLVIO MARCONDES sustenta a tese de que somente à União Federal cabe o correspondente poder de personificá-la, pois lhe compete, pela Constituição, legislar sobre direito privado, não cabendo aos Estados-membros, "na descentralização dos próprios serviços, o poder de modificar as regras dos sujeitos de direito privado, inclusive o da outorga de personalidade, sejam associações, sejam fundações, pois 'o legislador estadual não pode editar regra jurídica para cuja elaboração só é competente o legislador federal'." 120

TOMÁS PARÁ FILHO rebate este argumento com a posição jurídico-constitucional do Estado-membro, na federação. Para tanto socorre-se do ensinamento de TITO PRATES DA FONSECA, que estudou a questão da criação das autarquias administrativas pelos Estados-membros e Municípios, e que se aplica, inteiramente, a este tema. Diz este autor: "... Nenhuma cláusula constitucional expressa nega, explícita ou implicitamente, aos Estados o direito de organizarem a própria administração pela descentralização por serviços, vale dizer, pela outorga de personalidade jurídica a um serviço público especial, concedendo, assim, a uma pessoa, com patrimônio especial, a autonomia de gestão, e todas as suas conseqüências, tudo dentro do limite da competência administrativa do Estado.

"A concessão de personalidade jurídica a um serviço público de sua competência, constitui exercício, pelo Estado, de poderes de direito público a ele reservados expressamente pela carta constitucional. Nesse ambiente, não é lícito às leis federais, ainda que de direito público, interferir.

"Mesmo, portanto, que se emprestasse ao art. 14 do Código Civil, lei ordinária federal, a intenção de suprimir aos Estados futura competência para instituir, em seu organismo, autarquias administrativas, personalizando serviços; mesmo que se pretendesse que o Código ou outra qualquer lei ordinária federal, de direito público ou privado, viesse a retirar dos orga-

120 Apud Tomás Pará Filho, Fundações de Direito Público. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 3, p. 237.

nismos públicos estaduais a receptividade que lhes é congênita de novas formas administrativas, como as que traz consigo a descentralização por serviços, paralela à extensão das funções do Estado, impor-se-ia a inocuidade de tais dispositivos federais." ¹²¹

Admitindo-se esta argumentação também é forçoso reconhecer que, com o Decreto-lei nº 900, o legislador federal condicionou a instituição de fundações pelo Poder Público (note-se a abrangência do termo) ao modelo previsto no Código Civil. A própria União deu mostras de acatamento a esta orientação ao criar a Fundação Alexandre de Gusmão, rigorosamente nos termos dos arts. 2º e 3º do supra citado Decreto-lei (Lei nº 5.717, de 26.10.71 e Decreto nº 69.553, de 18.11.71).

Apesar disto, o Estado do Paraná, noticia LUÍS FERNANDO COELHO, criou duas fundações com personalidade jurídica de Direito Público, a Fundação de Integração e Desenvolvimento de Entidades Sociais - FIDES - (Lei nº 6.207/71) e a Fundação de Assistência aos Municípios do Estado do Paraná - FA-MEPAR - (Lei nº 6.220/71). ¹²²

ALICE M. GONZÁLEZ BORGES ao comentar a letra d, do art. 2º do Decreto-lei nº 900/69 - Obediência aos requisitos estabelecidos na legislação pertinente às fundações - conclui: "- Se a legislação federal, competente para dispor sobre matéria civil, determina que as fundações instituídas pelo poder público, em todo o país, serão regidas pelo Código Civil, falece competência ao legislador estadual para, derogando normas de direito civil, aplicar-lhes outro regime jurídico.

"Parece, pois, incontestável, que o legislador estadual somente pode instituir novas fundações, obedecendo às formalidades previstas no art. 24 e seguintes do Código Civil." ¹²³

Outra questão polêmica é relativa à co-participação de recursos particulares na instituição de fundações.

¹²¹ Apud Tomás Pará Filho, op. cit., pp. 238-239.

¹²² V. Arquivos do Ministério da Justiça, nº 139, p. 114.

¹²³ Op. cit., p. 581.

O Ato Institucional nº 8, vigente por força do art. 182 da Constituição Federal, atribuiu aos Executivos Estaduais competência para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal. Frente a este diploma legal, as normas do art. 2º do Decreto-lei nº 900/69 correspondem àqueles princípios fundamentais.

No entanto, como a própria União ousou instituir novas fundações desobedecendo o figurino estatuído no Decreto-lei 900/69,¹²⁴ principalmente quanto ao patrimônio, deu margem a algumas interpretações, como esta de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA: "Na esfera da União, estando o referido diploma normativo¹²⁵ no nível da legislação ordinária (e não da legislação constitucional complementar), e dependendo, a criação das fundações, de lei da mesma hierarquia, as prescrições desta podem contrariar as daquele."¹²⁶ Desse modo, prossegue, já que o Ato Institucional nº 8 só torna obrigatórios para os governos locais os princípios fundamentais da reforma administrativa federal "se a legislação respectiva vai alterando a orientação da mesma, é porque está inspirada em 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."¹²⁷

Apesar desta interpretação e do fato de o legislador federal vir derogando os princípios estatuídos no Decreto-lei nº 900/69 é conveniente que "sejam os mesmos seguidos pelos Estados na criação de fundações, como boa norma para que não fiquem estas conceitualmente desvirtuadas. Impõe-se, assim, que novas fundações estaduais sejam criadas com a destinação de um pa-

¹²⁴ V. Lei 6.025, de 05.04.74 e Decreto 74.706, de 17.10.74 sobre a Fundação Universidade Federal do Acre; Lei 6.310, de 15.12.75 e Decreto 77.326, de 22.03.76 sobre a Fundação Projeto Rondon e Decreto 77.319, de 22.03.76 que aprovou o Estatuto da Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho.

¹²⁵ Refere-se ao Decreto-lei nº 900/69.

¹²⁶ Da posição, na administração indireta, da Fundação de Direito Privado instituída pelo Estado. In Revista de Direito Administrativo, nº 121, p. 73.

¹²⁷ Idem, p. 73.

trimônio específico, apto a gerar rendas por sua administração, e apenas para aquelas finalidades que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executadas por outros órgãos da administração centralizada ou descentralizada." 128

3.2. FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO ESTADO DE SANTA CATARINA

O estudo da administração pública estadual, no tocante à utilização das fundações como entidade colaboradora na perspectiva de descentralização e ação flexível, permite estabelecer dois períodos distintos: o primeiro, iniciado em 1963, encerra-se em 1968. Nesta fase foram criadas as Fundações Educacional de Santa Catarina, Médico-Hospitalar Catarinense e Catarinense de Educação Especial. O segundo período tem origem na Lei nº 5.089, de 30.04.75, que organizou a administração estadual e criou mais quatro fundações: Fundação de Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente, Fundação Catarinense do Trabalho, Fundação Catarinense do Bem-Estar do Menor e Fundação Instituto Técnico de Economia e Planejamento.

Um dos motivos responsáveis pelo aparecimento destas fundações oficiais foi o dispositivo introduzido na Lei federal nº 4.024, de 20.12.61, que fixa as diretrizes e bases da Educação Nacional. Seu art. 21 preceituava que o ensino, em todos os graus, podia ser ministrado em escolas públicas mantidas por fundações, cujo patrimônio e dotações fossem provenientes do Poder

Público.

Em data de 31.01.63 o Executivo Estadual encaminhava à Assembleia Legislativa o projeto de lei nº 21/63 que dispunha sobre o Sistema Estadual de Ensino. A exposição de motivos aludia ao projeto como imperativo decorrente da lei orgânica sobre a educação nacional. E especificamente quanto à fundação que pretendia criar: "O projeto autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação Educacional de Santa Catarina, a qual absorverá, progressivamente, os diversos setores educacionais.

"É uma inovação que merece louvores; deferindo-lhe pouco a pouco, de modo cauteloso, e através de experiências vividas, a administração dos vários graus e ramos do ensino.

"A incorporação, assim - degrau a degrau - à Fundação representa caminho certo para o manejo dos negócios da Educação, em termos da sua positividade e irá afastar o tradicionalismo que não merece permanecer.

"Não receio inseri-la ao projeto, em salientando, ainda, a sua exaltação pela Campanha de auxílios às Fundações Educacionais, órgão vinculado ao Ministério da Educação e Cultura.

"Creio que a Fundação, no seu caráter de progressividade, possibilitará descentralização e liberdade de ação de acordo com os interesses do ensino." 129.

Referido projeto, após aprovação, transformou-se na Lei nº 3.191, de 08.05.63, onde seu art. 190 estabelecia: O Poder Executivo, por proposta do Conselho Estadual de Educação, poderá organizar a Fundação Educacional de Santa Catarina, com o prazo indeterminado, à qual serão delegadas, progressivamente, as atribuições da execução dos encargos educacionais e de ensino, atribuídos ao Estado, quanto ao ensino superior, médio e pré-primário.

Embora autorizado em 1963, somente dois anos após é que, mediante o Decreto nº 2.802, de 20.05.65, a Fundação Educacional é instituída com o encargo imediato de criar e manter a Universidade para o Desenvolvimento

129 Ofício nº 358, de 31.01.63, anexo ao Projeto de Lei 21/63. In Arquivo da Assembleia Legislativa do Estado.

do Estado de Santa Catarina. Seu estatuto foi aprovado pelo Decreto nº 2.884, de 25.06.65 e reformado pelo Decreto nº 7.781, de 10.04.69, máxime, adaptando suas finalidades ao espírito da Lei nº 3.191, de 08.05.63, já que a UDESC estava implantada. A nova lei que dispôs sobre o Sistema Estadual de Ensino - Lei nº 4.394, de 20.11.69 - em seu art. 158 manteve a Fundação Educacional, retirando-lhe, apenas, o encargo quanto ao ensino pré-primário e, alterando o Conselho Curador, que deixou de ser o Conselho Estadual de Educação para ser composto de sete membros nomeados pelo Governador.

A Lei nº 4.547, de 31.12.70, que dispôs sobre a reforma administrativa estadual e, consoante o espírito da reforma administrativa federal (Decretos-lei nºs 200/67 e 900/69) considerou a Fundação como órgão da administração estadual, excluída da Administração Indireta, mas submetida à supervisão da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (art. 45).

Face as alterações da Lei nº 4.394, de 20.11.69, novo estatuto foi elaborado, e aprovado pelo Decreto nº 1.432, de 24.10.74, para vigorar em 1º.01.75, e é o que está em vigor.

A Lei nº 5.089, de 30.04.75, vincula a Fundação Educacional à supervisão da Secretaria de Educação.

Também embasado na filosofia de descentralização é que o Poder Executivo instituiu a Fundação Médico-Hospitalar Catarinense. Em 14.10.65 a Assembléia Legislativa recebe o projeto de lei nº 152/65, que resulta na Lei nº 3.765, de 17.12.65. A exposição de motivos ressaltava os objetivos e a estrutura ágil que teria a novel entidade. "Os serviços médico-hospitalares que vêm sendo mantidos pelo Estado através da Maternidade Carmela Dutra e do Hospital Infantil Edith Gama Ramos, além daqueles que serão oferecidos pelo Hospital dos Servidores do Estado, passarão a ser administrados por uma organização de finalidades especificamente médico-hospitalar.

"A fundação, que por exigência implícita da sua natureza, manterá uma estrutura de organização privada, poderá oferecer maior elasticidade de procedimento e maior eficiência àqueles serviços em proveito exclusivo do elevado sentido técnico que se procura imprimir às organizações congregadas, libertando-as das implicações naturais que decorrem da sistemática público-

administrativa.

"Cumpre ressaltar, ainda, qua a autonomia que se confere àqueles serviços proporcionará, obviamente, maiores facilidades para a concretização de acordos e convênios com entidades assistenciais do país ou de organizações internacionais.

"A estrutura conferida à Fundação representa o fruto de cauteloso estudo que lhe assegura, de acordo com a mais moderna experiência, as condições indispensáveis à certeza de um bom procedimento.

"Sob a direção que se poderá reputar de eminentemente técnica, a Fundação Médico-Hospitalar Catarinense, com os recursos que lhe são proporcionados, estará aparelhada com as melhores exigências para atender as suas importantes e nobres finalidades.

"O Governo do Estado, através da vinculação preconizada na proposição, conservar-se-á zelando pelo funcionamento perfeito da entidade, providendo-lhe as medidas que se tornarem necessárias, à conclusão dos seus objetivos." 130

A Lei nº 4.547, de 31.12.70, trouxe algumas modificações à vida legal da Fundação. Sua denominação passou a ser Fundação Hospitalar de Santa Catarina, ao seu patrimônio foram incorporadas novas entidades e passou a ser supervisionada pela Secretaria da Saúde (art. 45 e parágrafo único).

Pela Lei nº 5.089 a supervisão continua a ser da Secretaria da Saúde.

A Fundação Catarinense de Educação Especial surge como complementação do regime educacional estatuído pela Lei nº 3.191, de 08.05.63. A exposição de motivos do projeto de lei nº 10/68 realçava que a Fundação seria a forma adequada ao cumprimento dos fins previstos nos arts. 103 a 106 da lei supra citada, "de modo a possibilitar entrosamento de iniciativa particular com o público. Sociedade civil, terá capacidade jurídica para promover convênios com organizações afins, públicas ou privadas, bem como receber doações, sub

130 Ofício nº 1.179 de 11.10.65, anexo ao projeto de lei nº 152/65. In Arquivo da Assembléia Legislativa do Estado.

venções e auxílios, visando à concretização de seus objetivos." 131

Referido projeto converte-se na Lei nº 4.156 que instituiu Fundação, com a finalidade de, precipuamente, planejar, orientar, supervisionar e realizar a educação de excepcionais.

Seu estatuto foi aprovado pelo Decreto nº 7.413 de 02.12.68. Pela Lei nº 4.547, de 31.12.70, passou a ser supervisionada pela Secretaria de Educação (art. 45).

A exemplo das anteriores, a Fundação Catarinense de Educação Especial foi mantida pela última lei de organização administrativa - 5.089 de 30.04.75 - não escapando, porém, da Lei nº 5.295, de 19.04.77 - denominada compactação administrativa - sendo, pelo art. 83, parágrafo único, incorporada à Fundação Catarinense do Bem-Estar do Menor. No entanto, sua real extinção não se efetivou, pois o decreto que disporia sobre a execução das medidas de transferência e incorporação dos seus bens móveis e imóveis não foi baixado. Em 07.06.77 o Executivo remeteu ao Poder Legislativo a mensagem nº 0104 mantendo a Fundação. Esta mensagem transformou-se na Lei nº 5.328 de 30.06.77, que além de mantê-la, ajustou sua estrutura às das Fundações criadas pela Lei nº 5.089.

O Decreto nº 3.133, de 09.08.77 aprovou o novo Estatuto da Fundação.

Com a Lei nº 5.089 de 30.04.75, começa o segundo período já referido, e a administração passa a contar com o apoio de mais quatro fundações. A mensagem nº 5, de 1º.04.75 do Executivo referia-se a elas deste modo: "as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações vêm criar melhores condições infra-estruturais, que não neguem à atividade privada a responsabilidade de acrescentar a sua capacidade produtiva ao nosso sistema econômico." E o relator do projeto deu-lhes este tratamento: "As fundações preconizadas são instituídas para o amparo à tecnologia e meio ambiente, objetivará (sic) acompanhar o desenvolvimento ecológico e executar o projeto específico de defesa e preservação do meio ambiente; pesquisar e analisar a

131 Projeto de lei nº 10/68. In Arquivo da Assembléia Legislativa do Estado.

situação dos recursos humanos disponíveis e necessários ao desenvolvimento do Estado, incluindo os problemas das oportunidades ocupacionais; conjugar os esforços do Poder Público e da comunidade para a solução do problema do menor. Elas possibilitarão alcançar contas de resultados compatíveis com a pretensão do planejador, pois conforme demonstrado, livres das dificuldades dos órgãos da administração direta, no que diz respeito à eficiência e ao rendimento técnico administrativo." 132

A Fundação de Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente foi instituída pelo Decreto nº 662, de 30.07.75 e seu Estatuto aprovado pelo Decreto 663, da mesma data; a Fundação Catarinense de Bem-Estar do Menor nasceu com o Decreto nº 664, de 30.07.75 e seu Estatuto aprovado pelo Decreto nº 665 da mesma data, revogado pelo Decreto nº 1.547 de 30.09.76; a Fundação Catarinense do Trabalho surgiu com o Decreto nº 733, de 11.08.75 e seu Estatuto foi aprovado pelo Decreto 734, da mesma data e por fim a Fundação Instituto Técnico de Economia e Planejamento foi instituída pelo Decreto nº 1.216 de 27.10.75, com o Estatuto aprovado pelo Decreto 1.259 de 31.10.75.

Pela Lei nº 5.089, de 30.04.75 a FATMA vinculava-se à Secretaria de Tecnologia e Meio Ambiente; a FUCABEM e a FUCAT à Secretaria do Trabalho e Promoção Social e o ITEP ao Gabinete do Vice-Governador. Com a extinção das Secretariats de Tecnologia e Meio Ambiente e, Trabalho e Promoção Social (Lei nº 5.295, de 19.04.77) a FATMA passou a receber a supervisão da Secretaria para Assuntos da Casa Civil, a FUCABEM da Secretaria da Saúde e Promoção Social e a FUCAT da Secretaria da Administração e Trabalho (Decreto nº 2.490, de 02.05.77).

132 Projeto de lei nº 19, de 1º.04.75. In Arquivo da Assembléia Legislativa do Estado.

3.3. POSIÇÃO DAS FUNDAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL

Pela Lei nº 4.380, de 21.10.69, as Fundações foram consideradas entidades da administração descentralizada para efeitos da fiscalização financeira e orçamentária.

Já a Lei nº 4.547, de 31.12.70, que dispôs sobre a reforma administrativa, seguiu a orientação da reforma administrativa federal. Determinou o seu art. 5º, § 1º, que as fundações, como entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, instituídas por lei ou ato constitutivo por esta autorizada, não se constituíam em entidades da administração indireta, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebessem subvenções ou transferências à conta do orçamento do Estado, a supervisão do Secretário de Estado. Assegurou-se a elas, igualmente, as condições de funcionamento idênticas às empresas do setor privado. Este diploma as considerou órgãos da administração estadual.

A Lei nº 5.089, de 30.04.75, que estrutura a atual administração nada altera, apenas reforça as Fundações como órgãos de apoio da adminis-

tração estadual.

Embora situadas fora da órbita da administração indireta, a legislação estadual as tem tratado em conjunto com estas entidades. Veja-se alguns exemplos:

Decreto/N/GGE - 11.11.75/nº 1.324 - Aplica às Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações, instituídas pelo Estado, as normas relativas às licitações.

Decreto nº 139, de 09.03.1976 - Dispõe sobre a aquisição de Material de Consumo, Equipamentos e Instalações, e Material Permanente. Abrange as Autarquias, Fundos e Fundações.

Decreto nº 2.076, de 28.12.76 - Institui mecanismo de acompanhamento da execução dos projetos e atividades decorrentes do Plano de Governo.

Decreto nº 2.131, de 03.01.77 - Dispõe sobre a admissão de pessoal nos órgãos da Administração Direta, Indireta e nas Fundações instituídas pelo Estado.

Decreto nº 2.447, de 22.04.77 - Dispõe sobre consumo de combustível pertencente ou a serviço da Administração Direta, Indireta e Fundação instituída pelo Estado.

Decreto nº 2.628, de 20.05.77 - Dispõe sobre a admissão de pessoal e alteração de contrato de trabalho em Sociedade de Economia Mista, suas subsidiárias, Empresa Pública e Fundação instituída pelo Estado.

Decreto nº 3.238, de 24.08.77 - Dispõe sobre a execução da política de comunicação social do Governo do Estado.

Decreto nº 3.508, de 12.10.77 - Dispõe sobre a organização e implantação do Sistema de Transportes Públicos da Administração Direta, Indireta e Fundações instituídas pelo Estado.

Decreto nº 4.267, de 29.12.77 - Que organiza e implanta o Sistema de Serviços Gerais na Administração Direta, Autarquias e Fundações instituídas pelo Estado.

Decreto nº 5.143, de 19.06.78 - Dispõe sobre a importação, o arrendamento mercantil, a locação ou a aquisição no mercado interno de bens de consumo, máquinas e equipamentos, veículos e demais produtos de origem externa, por órgãos e entidades da administração estadual direta, indireta e fundações supervisionadas.

Com o acima transcrito comprova-se que o Estado de Santa Catarina segue fielmente os passos da Administração Federal, que se equivocou em retirar as Fundações da Administração Indireta, mas dispensou-lhes tratamento igual.

O legislador Estadual poderia ter posicionado as Fundações na Administração Indireta, conforme o melhor entendimento doutrinário, porque o art. 3º do Decreto-lei nº 900/69 não é óbice para tal. Se o legislador Federal pretendesse estender este preceito aos Estados-membros e Municípios teria usado a expressão "Poder Público", como o fez no artigo segundo.

3.4. ASPECTOS JURÍDICOS DAS FUNDAÇÕES OFICIAIS CATARINENSES

Todas as fundações oficiais estaduais nasceram por força de um ato legislativo. A Fundação Catarinense de Educação Especial e a Fundação Hospitalar de Santa Catarina foram instituídas diretamente por lei, ao passo que as restantes o Poder Executivo foi autorizado a criá-las, tendo feito por meio de Decreto. O Decreto nº 2.802, de 20.05.65 que instituiu a Fundação Educacional de Santa Catarina em vez de utilizar este termo, usa a expressão "fica de finida e estruturada".

A forma prevista no Código Civil para a instituição - escritura pública - não foi empregada pelo Executivo, nem mesmo para as fundações originadas da Lei nº 5.089, de 30.04.75, vale dizer, na vigência do Decreto-lei nº 900/69.

Igualmente não houve para estas co-instituição exigida pelo mesmo Decreto-lei. Apenas a menção de que seus patrimônios poderiam ser constituídos por transferência de bens móveis ou imóveis e direitos, de pessoas naturais e jurídicas privadas, bem como doações, heranças e legados. O patri-

mônio afetado foi simplesmente uma dotação inicial em dinheiro. Cumpre ressaltar que, no caso da Fundação Educacional, da Fundação Hospitalar e da Fundação Catarinense de Educação Especial, o Executivo destacou bens móveis e imóveis, pertencentes ao Estado, para formarem seus patrimônios.

Com o caráter de inalienabilidade foi gravado o patrimônio da Fundação Hospitalar, pela lei instituidora; o das Fundações da Lei nº 5.089, por disposição estatutária, só podem ser alienados com autorização expressa do Governador do Estado, ao passo que os diplomas das Fundações Educacional - somente um estatuto, já revogado, previa a inalienabilidade - e Catarinense de Educação Especial - estrutura antiga - silenciaram a respeito.

Na hipótese de extinção das Fundações todos os seus bens reverterão ao patrimônio do Estado.

Os fins das Fundações não discrepam dos secularmente tidos como próprios destes institutos: educacionais, saúde pública, assistência ao menor. Alguns é que decorrem do atual estágio de desenvolvimento da sociedade: recursos humanos, obtenção de dados para o planejamento e amparo à tecnologia e meio ambiente. Todos, porém, dentro do espírito da letra c, do art. 2º, do Decreto-lei nº 900/69.

A estrutura administrativa tem guardado certa uniformidade em todas as fundações. Basicamente, constitui-se de órgãos colegiados: um Conselho Diretor, Diretoria ou Diretoria Executiva, com funções essencialmente executivas e algumas de planejamento; um Conselho Deliberativo, normalmente com atribuições de examinar, sugerir e opinar sobre os planos de trabalho da Fundação, como também de formular diretrizes e normas. Seus componentes são figuras ligadas a entidades públicas, associações e instituições da comunidade, que, direta ou indiretamente, estão ligadas aos fins da Fundação. Complementa a estrutura o Conselho Curador, que tem a precípua função de acompanhar a gestão financeira e patrimonial.

A forma de gerência colegiada tem-se revelado mais útil e eficaz, evitando as inconveniências da administração unipessoal.

O legislador estadual deu mostras de prudência e lucidez ao extrair da experiência fundacional o modelo de administração por conselhos.

Os estatutos das Fundações foram aprovados pelo Poder Executivo, por meio de Decreto, como também suas alterações.

Os Regimentos Internos das Fundações e o Regimento do Conselho Deliberativo, em algumas fundações, deverão ser aprovados pelo Secretário ao qual está efeta a supervisão ou por ato do Chefe do Poder Executivo.

Em todos os textos legais pertinentes às fundações oficiais, o legislador deixou bem claro a natureza jurídica de direito privado das mesmas. Os decretos instituidores das fundações previstas na Lei 5.089, declaram expressamente esta circunstância. A inscrição dos Estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas é determinada por uma disposição comum às fundações, inserida na lei reformuladora da administração estadual.

Neste particular, o legislador estadual afastou, formalmente, qualquer dúvida sobre tema tão polêmico.

A atuação do Ministério Público junto às Fundações é prevista no § 2º, do art. 94, da Lei 5.089: velará pelas Fundações o Ministério Público. E acrescentam as disposições estatutárias: podendo, para esse fim, praticar todos os atos necessários à preservação dos objetivos da Instituição. Especificamente, nas novas fundações, recebe a incumbência de apreciar a conveniência ou vantagem da venda ou permuta de bens imóveis por particulares à Fundação, sem a cláusula de inalienabilidade.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 97 da citada lei permite ao Poder Executivo decretar a intervenção, por motivo de interesse público, nas fundações por ele criadas. Ademais, o art. 6º as submete à supervisão governamental, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento do Estado. Supervisão esta que, pela leitura dos arts. 22 a 28 da Lei nº 5.089, em nada difere da supervisão ministerial do Decreto-lei nº 200/67. É evidente que a existência do dispositivo referente ao Ministério Público decorre da obediência à letra d, do art. 2º, do Decreto-lei 900/69, que impõe ao Poder Público a satisfação dos requisitos estabelecidos na legislação pertinente às fundações (art. 24 e seguintes do Código Civil), quando criar entidade deste gênero. Neste ponto, caberia idêntica pergunta, anteriormente feita em outra passagem: Há lugar efetivamente para a ação do Ministé-

rio Público, ante os amplos poderes da supervisão a nível de Secretaria de Estado, ante a possibilidade da intervenção do Poder Executivo e, ainda, diante do rigoroso controle exercido pelo Tribunal de Contas, como se verá adiante? A resposta é a mesma, pelas razões já esposadas: é cabível por motivo de coerência à legislação privada, mas advogando-se uma diminuição da tutela administrativa (pág. 53).

No tocante à supervisão governamental cabe acrescentar que, entre vistas com dirigentes das Fundações permitiram constatar, em algumas delas, seu sentido negativo. Ela tem-se exercido mais no aspecto de controlar e obstaculizar do que orientar e coordenar. Impede a consecução das finalidades da Fundação de u'a maneira mais abrangente, rápida e eficaz. Provoca o desânimo do dirigente por ver sua co-responsabilidade totalmente diminuída e o força a tornar-se em um exímio especialista na eliminação de entraves burocráticos. A autonomia da Fundação quase não existe.

Verifica-se que os responsáveis pela tutela administrativa não conhecem, ou procuram propositadamente ignorar os limites e a filosofia da supervisão. Supervisão não implica em subordinação. Implica, por lei, assegurar a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade vinculada.

Para JOSÉ CRETELLA JÚNIOR "a tutela administrativa recai sobre os atos administrativos, fiscalizando-os para saber se eles são legais ou ilegais, convenientes ou inconvenientes, oportunos ou inoportunos, justos ou injustos. Em sentido técnico, a tutela administrativa vigia a legalidade e o mérito dos atos administrativos. Verifica se o ato é legal, oportuno, conveniente." 133

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR comentando um parecer do Consultor-Geral da República, Romeo de Almeida Ramos, em que este entendia compreender a supervisão medidas de controle posterior e de aprovação antecipada, opina: "A presunção é de que a entidade vinculada possui condições técnicas para conduzir os assuntos afetos ao seu campo de trabalho, sendo este de tal natureza que exigiu fosse sua execução descentralizada e confiada a entidade espe

cialmente instituída para esse fim. Não faz sentido, portanto, confundir-se supervisão com execução subordinada ou condicionada. (O grifo é nosso).

"Daí ser mais adequada a observação de que se, por um lado, a autonomia concedida às entidades vinculadas não subtrai ao Estado o poder de mantê-las rigorosamente fiéis a seus objetivos, nos limites traçados pela lei, nem por isso, de outro turno, esse poder deve sufocá-las sob os entraves de uma falsa autonomia." 134

O controle financeiro e patrimonial das fundações pode ser dividido em dois tipos: interno e externo. O interno é feito pelo Conselho Diretor ou Diretoria Executiva e Conselho Curador. O externo está aos cuidados do próprio Poder Executivo e do Tribunal de Contas. O Conselho Diretor ou Diretoria Executiva, através do Diretor Administrativo, Diretor Financeiro, Diretor Administrativo-Financeiro ou Diretor Executivo, de acordo com a estrutura administrativa, em síntese, movimentam os recursos financeiros, fiscalizam sua aplicação, organizam e superintendem todas as atividades relativas ao patrimônio e finanças. Além disso, anualmente, o Conselho Diretor ou Diretoria Executiva encaminham ao Conselho Curador a prestação de contas do exercício para serem aprovadas.

Todas as Fundações possuem o Conselho Curador, normalmente com as mesmas atribuições, variando apenas o número de seus membros. O primeiro Conselho Curador da Fundação Educacional, isto é, na vigência dos Estatutos aprovados pelo Decreto 2.884, de 25.6.65 até a Lei nº 4.394, de 20.11.69, era formado pelo Conselho Estadual de Educação, possuindo atribuições amplas, pois acumulava funções próprias de um Conselho Curador e de um Conselho Deliberativo. O Conselho Curador atual compõe-se de sete membros, mas nunca chegou a ser constituído.

Na estrutura antiga da Fundação Catarinense de Educação Especial (Lei nº 4.156, de 6.5.68) o Conselho Curador era composto por um repre-

134 Op. cit., pp. 159-160.

sentante do Tribunal de Contas do Estado e pelos vários membros do próprio Conselho Diretor, excluídos o Diretor Técnico e o Executivo. Singular também é a composição do Conselho Curador, que nunca existiu, denominado pelo Estatuto como Junta de Controle - da Fundação Hospitalar. Possui um representante da Secretaria da Fazenda, um representante do Tribunal de Contas - presidente nato - e um representante do Ministério Público.

As Fundações criadas pela Lei nº 5.089 apresentam composição idêntica: um representante do Governador do Estado, que é seu Presidente; um representante da Secretaria à qual a Fundação está vinculada e o Supervisor das entidades vinculadas à Vice-Governança.

Na prática, constatou-se que alguns nunca chegaram a se constituir e outros deixaram de funcionar.

Quanto às atribuições existe, a rigor, uniformidade em todas as fundações. Delimitou-se a ação deste Conselho, basicamente a: examinar os livros contábeis e papéis de escrituração da Fundação, o estado do caixa e os valores em depósito; lavrar em livro próprio os resultados dos exames a que proceder; apresentar ao Conselho Diretor parecer sobre o relatório das atividades, a prestação de contas e o Balanço Geral do exercício anterior; manifestar-se sobre a alienação de imóveis e aceitação de doações com encargos e denunciar ao Ministério Público, os erros, fraudes ou crimes que constatar.

Discrepa um pouco do rol acima de atribuições, o Conselho Curador da Fundação Educacional, que além de aprovar a prestação de contas anual, conhece dos planos de longo prazo das instituições integrantes, aprova o orçamento programa da Fundação, toma conhecimento do relatório anual e propõe ao Governador, ouvido o Conselho de Administração, o modo de extinção da Fundação e instituições mantidas.

Nas fundações Catarinense de Educação Especial, Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente, Catarinense do Trabalho, Catarinense do Bem-Estar do Menor e Educacional o Conselho Curador se reúne, ordinariamente, duas vezes por ano, no ITEP trimestralmente e na Fundação Hospitalar o Estatuto é omissivo.

O controle externo da gestão financeira e patrimonial das Fun-

dações feito pelo Tribunal de Contas decorre do fato de as contas anuais destas entidades integrarem a prestação de contas do Governador do Estado. As leis disciplinadoras deste controle são a nº 4.380, de 21.10.69, que dispôs sobre o controle da administração financeira e orçamentária, a Lei nº 5.089, de 30.04.75, que dispôs sobre a organização da administração estadual e a federal nº 6.223, de 14.07.75, que dispôs sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional.

Cumprе ressaltar que, bem antes deste último diploma legal citado, as Fundações oficiais estaduais prestavam contas ao Tribunal de Contas.

Pela Resolução nº T.C. 20-07-76/08 as Fundações, na apresentação de suas contas deverão atender os arts. 8º e 9º da Resolução nº T.C. 30.12.71/81. Esta dispõe que a remessa de informes e documentos ao Tribunal de Contas seguirá a forma estabelecida na Resolução nº T.C. 11.12.69/42, que é o documento básico disciplinador das prestações de contas das Fundações.

De acordo com a Lei 4.380, de 21.10.69 as Fundações devem ajustar-se às normas gerais do Direito Financeiro e Contabilidade previstas na Lei federal nº 4.320, de 17.03.64, mantendo assentamentos que possibilitem a realização de perícias contábeis, jurídicas ou análise econômico-financeira. Além disso, devem encaminhar ao Tribunal de Contas: a) no início do exercício, a demonstração analítica do respectivo orçamento, o programa de trabalho, depois de aprovado pelo Chefe do Poder Executivo, bem como as alterações que se verificarem durante o exercício; b) mensalmente, os balancetes da receita e da despesa; c) anualmente, o balanço geral do exercício, que integrará a prestação de contas do Governador.

A Resolução nº T.C. 11.12.69/42 detalha as disposições acima, exigindo ainda a remessa, à medida que o fato ocorrer, dos contratos, ajustes, acordos, convênios, cartas-contratos, autorização de compras, empenhos-contratos, termos ou atos aditivos, inclusive de prorrogação, revisão e reajustamento; dos atos que anulem quaisquer licitações; dos atos relativos à concessão de adicionais, aposentadoria ou disponibilidade; dos processos de restituição de caução; dos atos de contratação de pessoal; dos atos relativos a despesas relacionadas com exercícios findos e dos atos relativos à programa

ção financeira de desembolso.

Os balanços e balancetes serão acompanhados do relatório e análise técnico-contábil da Contadoria Geral do Estado (hoje Coordenadoria de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria), bem como do relatório e parecer elaborado e aprovado pela Junta de Controle ou órgão equivalente.

A autenticidade, regularidade e legalidade da documentação de que são responsáveis os administradores serão aferidas pelo próprio Tribunal, em relação aos atos submetidos a sua deliberação e por inspeções ou diligências pela própria Contadoria Geral do Estado.

Embora exposto sucintamente, vê-se que o controle do Tribunal de Contas, em apreciando a legalidade e exatidão das contas dos dirigentes das Fundações, é minucioso e amplo, abrangendo, quase que totalmente, é em alguns tópicos suplantando efetivamente o policiamento que, pelo Estatuto, é cometido ao Conselho Curador.

Por esta razão e por motivos de ordem prática, é que, à medida em que a experiência brasileira sobre fundações oficiais se aperfeiçoar, a tendência do Conselho Curador é de se esvaziar e até desaparecer.

Como controle externo, também, podem-se classificar certas medidas e imposições oriundas do Poder Executivo, e nem sempre enquadráveis no rol das pertencentes à Supervisão Governamental. Veja-se alguns tópicos: a proposta orçamentária das Fundações é aprovada pelo Executivo e integra o orçamento geral deste Poder. As alterações orçamentárias obedecem a um processo em que a decisão final cabe ao Executivo (Decreto nº 1.948, de 13.12.76). Diariamente é remetido ao Conselho de Política Financeira, órgão vinculado ao Vice-Governador, "bordereau" de caixa, que discrimine: 1. valores em espécie; 2. valores depositados em bancos, por instituição, indicando os vinculados e 3. as aplicações temporárias, com características dos papéis e identificação do agente financeiro interveniente na operação (Resolução nº 02/76 de 5.4.76).¹³⁵ A partir de julho do corrente ano a remessa passou a ser de dez

¹³⁵ Diário Oficial do Estado de 19.04.76.

em dez dias.

Outra espécie de controle é o mecanismo de acompanhamento físico e orçamentário-financeiro da execução dos projetos e atividades decorrentes do Plano de Governo e constantes do orçamento plurianual. Mensalmente os órgãos setoriais e seccionais das Fundações deverão preencher formulários próprios e enviá-los à Supervisão do Sistema de Planejamento e Orçamento, órgão central do Sistema de Planejamento Estadual (Decreto nº 2.076, de 28.12.76).¹³⁶

As normas de licitação a compras, obras e serviços estabelecidas na Lei 5.089, de 30.04.75 são estendidas às Fundações (Decreto nº 1.324, de 11.11.75).¹³⁷

A aquisição de Material de Consumo, Equipamentos e Instalações, e Material Permanente é efetuada pelo Departamento Central de Compras e esta disposição aplica-se às Fundações. Somente alguns itens, que devido as suas peculiaridades, podem ser providenciados diretamente por elas (Decreto nº 139, de 09.03.76).¹³⁸ Importa adicionar que esta medida, igualmente, atinge as autarquias.

A admissão de pessoal passou a ser severamente controlada pelo Executivo. A partir de janeiro de 1977 a admissão de pessoal, a qualquer título, foi suspensa até 31.12 do mesmo ano, como também as alterações de contratos de trabalho que importassem em aumento salarial. O Decreto nº 2.131, de 03.01.77,¹³⁹ no art. 2º, abria algumas exceções mediante autorização expressa do Chefe do Poder Executivo, à vista de exposição de motivos da autoridade interessada. Este regime foi alterado em parte pelo Decreto 2.628, de 20.05.77. A admissão de pessoal passou a obedecer um longo caminho. O dirigente responsável pela Fundação elabora uma Exposição de Motivos, que por intermédio da Secretaria a qual está vinculada, é encaminhada à Secretaria Executiva do Conselho de Política Financeira. Desta exposição, solicitando autorização pa-

¹³⁶ Diário Oficial do Estado de 03.01.77.

¹³⁷ Diário Oficial do Estado de 13.11.75.

¹³⁸ Diário Oficial do Estado de 11.03.76.

¹³⁹ Diário Oficial do Estado de 10.01.77.

na abertura de processo seletivo, deve constar:

a) situação da entidade, quanto a eventuais deficiências operacionais, resultantes da carência de servidores;

b) repercussão financeira em decorrência das admissões, indicando fontes, origem e previsão de recursos para atender aos encargos correspondentes;

c) indicação sobre a característica do emprego e salário correspondente, referindo o fundamento estatutário e regulamentar da entidade, bem como a lotação do emprego;

d) relação de servidores eventualmente dispensados, com data da dispensa, informando sobre a redução representada no elemento despesa de custeio com o pessoal.

Obtida a autorização, realiza-se o processo seletivo, sendo que, seu resultado deverá ser encaminhado novamente ao Conselho de Política Financeira, através de Exposição de Motivos da autoridade a que esteja a entidade vinculada, para homologação e registro. ¹⁴⁰

As atividades de divulgação, imprensa, comunicação e relações públicas das fundações submetem-se à regulamentação especial. Nas campanhas promocionais, os contratos com empresas, agências e profissionais do ramo serão firmados mediante indicação da Secretaria para Assuntos da Casa Civil, de comum acordo com as entidades interessadas, já que não se aplica às Fundações, nesta matéria, as normas relativas à licitação. No tocante à publicação de boletins, revistas e noticiosos, em caráter permanente, o Chefe do Poder Executivo deverá autorizá-la, por decreto que consigne suas características (Decreto 3.238, de 24.08.77). ¹⁴¹

As diárias para os empregados das Fundações são fixadas por Resolução do Conselho Diretor, não podendo seus valores ultrapassar os limites

¹⁴⁰ Cf. Resolução nº 171/77, do Conselho de Política Financeira e Instrução Normativa nº 1/77 - SECRE, da Secretaria Executiva do Conselho de Política Financeira, in Diário Oficial do Estado de 20.07.77, p. 12.

¹⁴¹ Diário Oficial do Estado de 02.09.77, p. 1.

estabelecidos pelo Executivo aos seus servidores. Referida Resolução, para entrar em vigor, deve ser homologada pelo Governador (Decreto nº 1.049, de 14.07.76).¹⁴²

Outras medidas onde se denota a tendência centralizadora do Executivo: subvenções de caráter especializado para as quais foram consignadas dotações orçamentárias só serão concedidas mediante despacho expresso do Governador, em Exposição de Motivos para cada caso (Nota Circular nº 3/77).

Por fim, especificamente para a Fundação Catarinense de Educação Especial, as viagens para dentro e fora do Estado foram suspensas, mesmo as previstas em projetos. Excepcionalmente, o servidor poderá ausentar-se a serviço da Educação e atendendo convocação de órgãos superiores, devendo, porém, apresentar justificção e receber prévia autorização do Secretário de Estado.

Os servidores das Fundações são regidos pela legislação do trabalho, filiados ao I.N.P.S.,¹⁴³ sujeitos às normas acidentárias e à Justiça do Trabalho.

Os reajustamentos salariais são fixados pelo Conselho de Política Financeira (Lei nº 5.309, de 31.05.77), com homologação do Governador do Estado, cabendo aos Conselhos Diretores das Fundações baixar resoluções obedecendo o índice estabelecido. A percentagem de reajuste tem sido a mesma atribuída aos funcionários do Estado. Com a alteração do art. 566 da C.L.T., pela Lei nº 6.385, de 09.12.76, e conseqüente sindicalização dos empregados, esta situação poderá se modificar ante a possibilidade de acordo ou dissídio coletivo de trabalho. O Conselho de Política Financeira se tem por competente em fixar a política salarial a estes servidores, enquanto a Comissão de Enquadramento Sindical não responder à consulta formulada sobre a que categoria pro-

¹⁴² Diário Oficial do Estado de 16.07.76, p. 11.

¹⁴³ Somente os servidores contratados da Administração Direta e Autárquica do Estado, dos Poderes Legislativo e Judiciário, e Tribunal de Contas, compulsoriamente se filiam ao regime previdenciário e assistencial vigente para os funcionários públicos (art. 14 da Lei 5.111, de 26.6.75).

fissional deverão pertencer.

A Lei nº 5.111, de 26.06.75 fixa um limite máximo de vencimentos aos servidores das Fundações que, na ativa ou na inatividade, não poderão perceber, a qualquer título, importância superior a 90% da remuneração fixada para Secretário de Estado. Excetua-se os que exercem cargo em comissão, cujo teto não ultrapassará ao valor da remuneração de Secretário de Estado.

Servidores públicos poderão ser cedidos às Fundações. O art. 177 da Lei 5.089 contempla duas hipóteses:

a) o servidor pode ser cedido ou posto à disposição das Fundações, sem ônus para o Estado, ficando-lhe assegurado, no retorno ao exercício de seu cargo, os direitos para todos os efeitos, como se estadual fosse o tempo efetivo de serviço prestado à Fundação;

b) o servidor cedido à Fundação pode optar pela condição de empregado desta, desvinculando-se do regime estatutário, sem prejuízo do reconhecimento, pela Fundação, da estabilidade que detenha e do tempo de serviço prestado ao órgão de origem.

A primeira hipótese não derroga o art. 158, § 1º, da Lei nº 4.425 de 16.02.70 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado). Objetivou assegurar aos servidores públicos, que optando pelas vantagens e salários do cargo ou função para a qual foi convidado, a possibilidade de computar o tempo de serviço, de cessão ou disposição, para todos os efeitos, àquele anterior prestado na Administração Pública, quando do seu retorno. Sem o dispositivo em tela a contagem deste tempo de serviço e a soma dele ao anterior tido, não seria possível. 144

Pela segunda hipótese o servidor pode desvincular-se do regime estatutário, passando a ser contratado pelo regime da legislação trabalhista, por prazo indeterminado, tendo o direito de ver reconhecido, expressa e imediatamente, mediante anotação na Carteira Profissional, o tempo de serviço de funcionário prestado ao Estado e inclusive a estabilidade. 145

¹⁴⁴ Cf. Parecer Normativo nº 1/76, da Junta Coordenadora da Reforma Administrativa. In Diário Oficial do Estado de 19.03.76.

¹⁴⁵ Cf. Parecer Normativo nº 2/76, da Junta Coordenadora da Reforma Administrativa. In Diário Oficial do Estado de 31.12.76.

A forma de investidura dos membros dos diversos Conselhos das Fundações é a nomeação, feita pelo Chefe do Poder Executivo, como corolário da supervisão governamental. Nomeação se "define como o provimento inicial autônomo e originário de cargo público."¹⁴⁶ Não existe cargo público, nas fundações oficiais estaduais, com as características de criação por lei, com denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado, donde dever-se afastar a hipótese dessa forma de investidura.

Esta constatação levou o Dr. Paulo Henrique Blasi, Consultor Jurídico do Estado, a sugerir que o Executivo, em pretendendo que as Diretorias Executivas das Fundações fossem exercidas por titulares de cargo em comissão, deveria propor a criação legal dos cargos. E finaliza: "Enquanto não o fizer serão designados pelo Chefe do Poder Executivo, sob o regime jurídico da C.L.T., percebendo, naturalmente o salário que no quadro constar para os respectivos empregos."¹⁴⁷

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, enfrentando esta questão, tem os agentes das fundações oficiais de direito privado, da mesma forma como os das sociedades de economia mista e empresas públicas, como representantes do Poder Central na fiscalização e direção da pessoa. E nesta circunstância podem "também estar regidos pela C.L.T., ou então estar simplesmente investidos em mandato sem qualquer outro vínculo a relacioná-los com a entidade."¹⁴⁸

O Governo do Estado não reconhece, porém, o vínculo trabalhista para os dirigentes fundacionais. Algumas fundações - F.H.S.C., FATMA, FESC, FUCASEM e FUCAT - pagaram até o ano de 1976, aos seus dirigentes, o décimo terceiro salário, o que levou o Conselho de Política Financeira a não autorizá-lo para o corrente ano, conforme a Resolução nº 138/77. A negativa baseia-se em parecer do Procurador Geral do Estado, aprovado pelo Conselho Diretor

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 29.

¹⁴⁷ Parecer em posse do autor.

¹⁴⁸ Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, p. 168.

da Junta Coordenadora da Reforma Administrativa, que incisivamente reconhece não estarem os dirigentes fundacionais "sujeitos a uma subordinação superior e, a tanto assim não admitir, não se estaria frente a uma pessoa jurídica de direito privado." 149 Portanto, a "dependência" prevista no art. 3º da C.L. T. não estaria caracterizada nestes dirigentes, para enquadrá-los como empregados. Note-se, também, que a Resolução acima citada utiliza a expressão "honorários" para referir-se à retribuição pecuniária, a que fazem jus os membros dos quadros diretivos das fundações, pelo exercício de suas funções.

A matéria não tem sido enfrentada, exhaustivamente, pelos estudiosos do direito administrativo. HELY LOPES MEIRELLES limita-se a incluir os dirigentes paraestatais (de empresa pública, sociedade de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e demais entes de cooperação com o Estado) como subcategoria dos agentes administrativos, espécie do gênero agente público. E justifica esta posição afirmando que "na realidade atuam como representantes da Administração indireta do Estado e vinculam essa Administração por seus atos funcionais e estatutários, como os demais agentes administrativos. Apenas servem a entidades de personalidade privada, postas a serviço do Estado em atividades de interesse coletivo, exercidas descentralizadamente em forma empresarial ou outra qualquer." 150 Como forma de investidura dos dirigentes paraestatais alude, unicamente, à nomeação e à eleição administrativa.

Só o aprofundamento da análise factual e do direito positivo administrativo é que poderá apresentar soluções mais precisas neste campo.

Quanto à existência de privilégios, somente a Fundação Educacional de Santa Catarina se beneficia da isenção de tributos estaduais.

E no único caso de extinção de fundação procedeu-se de maneira correta. Assim como a Fundação Catarinense de Educação Especial ingressara no mundo jurídico por meio de uma lei, assim também, por um diploma da mesma hierarquia foi extinta. Como houve um recuo do administrador público antes que a incorporação do patrimônio à Fundação Catarinense do Bem-Estar do Menor se efetivasse, a manutenção da Fundação obedeceu, novamente, a um ato legislativo.

149 Parecer em posse do autor.

150 Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, p. 60.

4. CONCLUSÕES

O Estado brasileiro, a partir da década de 30, adaptou-se às mudanças sociais, econômicas e políticas provocadas pela revolução industrial. A passagem para um Estado Intervencionista levou à descentralização administrativa, com a utilização de meios já experimentados em outros países: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações. O uso de institutos moldados pelo direito privado gerou, máxime em relação às fundações, acirrada controvérsia doutrinária, em parte pela insegurança demonstrada pelo legislador. A sistematização da matéria através dos textos legais da Reforma Administrativa, ainda deixou campo a dúvidas e interpretações. Um exame acurado do ordenamento jurídico nacional permite arrematar que o legislador quis inscrever a fundação instituída pelo Estado no domínio do direito privado, intenção esta reconhecida pelos Tribunais pátrios.

A liberdade para criar e adaptar esta estrutura jurídica reduziu-se sensivelmente pela imposição dos princípios fundamentais da Reforma Administrativa Federal.

A fiscalização institucional do Ministério Público, em que se se ser suplantada em efetividade e em objetivos pela tutela administrativa, deve permanecer por questão de coerência e fidelidade às disposições privadas.

A experiência catarinense com Fundações é recente. Desde o primeiro momento reconheceu a natureza jurídica privada destes institutos, concedendo-lhes autonomia administrativa e financeira, com o controle da gestão financeira e patrimonial através do Tribunal de Contas do Estado.

Verifica-se que o Estado de Santa Catarina ao instituir novas fundações com a Lei 5.089, de 30.04.75 afastou-se das exigências do Decreto-lei nº 900, mormente quanto à afetação de patrimônio, co-instituição e omissão de formalidades previstas no Código Civil. Mesmo as criadas anteriormente a esta lei tiveram afetação patrimonial insuficiente, com conseqüente dependência às dotações orçamentárias.

A exacerbação da supervisão governamental e a tendência extremamente centralizadora do Poder Executivo descaracterizam estes institutos, retirando-lhes a flexibilidade de ação. Incorreu o administrador público em contradição ao pretender descentralizar, e com o temor de perder o controle, estendeu sobre estas entidades um sistema de custódia, cerceador da autonomia e fomentador de uma forte burocracia.

É extremamente urgente o abrandamento da tutela administrativa, que poderá ter em contrapartida uma escolha mais consciente e sábia de dirigentes fundacionais, afinados com os objetivos governamentais e cientes do raio de ação e finalidades destes institutos. É mister ainda que os limites legais da tutela administrativa sejam reconhecidos por seus responsáveis para não implicar em completa subordinação.

A admissão de pessoal, mormente pela Fundação Hospitalar de Santa Catarina, em virtude da natureza de seus serviços, não pode continuar submetida ao longo processo de tendência entravadora e centralizadora dos diversos decretos que regulam a matéria.

Os Conselhos Curadores, esvaziados pela atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas, passaram a ser órgãos pouco significativos dentro

da estrutura fundacional, relegados a segundo plano, frequentemente sem serem constituídos, em flagrante desrespeito aos Estatutos. A prática demonstrou que não há inconveniência em extingui-los.

Os dirigentes fundacionais são nomeados pelo Governador do Estado, quando a forma mais correta seria a designação, ante a ausência das características de cargo público. Não estão regidos pelo Estatuto nem pela C. L.T. Cumprem mandato sem qualquer vínculo com a fundação.

5. BIBLIOGRAFIA

- 1 - ALBERGARIA FILHO, Jason Soares da. A Natureza Jurídica das Fundações Públicas. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1972, nº 109, pp. 34-40.
- 2 - BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, vol. I, 1953.
- 3 - BITTENCOURT, Mário Diney Corrêa. Fundações de Direito Público. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, nº 11, pp. 140-144.
- 4 - BONFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionário de decisões trabalhistas. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas S.A., 1977, 14ª edição.
- 5 - BORGES, Alice M. González. Fundações. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1976, nº 126, pp. 573-587.

- 6 - CACCURI, Antônio Edving. Das Fundações Públicas. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, vol. 444, pp. 19-42.
- 7 - CAETANO, Marcello. Das Fundações. Lisboa, Editora Ática, 1962.
- 8 - CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1943.
- 9 - CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, vol. II.
- 10 - COELHO, Luís Fernando. As Fundações Públicas e o Processo Trabalhista. In: LTr Legislação do Trabalho, São Paulo, LTr Editora Ltda., 1972, ano 36, pp. 366-368.
- 11 - ————. Da Natureza Jurídica das Fundações Instituídas pelo Poder Público. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1976, nº 139, pp. 105-122.
- 12 - COSTA, Adroaldo Mesquita da. Fundações Instituídas pelo Poder Público - Natureza Jurídica. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1967, vol. 90, pp. 407-408.
- 13 - ————. Pareceres da Consultoria Geral da República. Consultoria Geral da República. Departamento de Imprensa Nacional, vol. 76, 1968.
- 14 - COTRIM NETO, Alberto Bitencourt. Direito Administrativo da Autarquia. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1966.
- 15 - CRETELLA JUNIOR, José. Fundações de Direito Público. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1976.
- 16 - ————. Fundações de Direito Público. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1965, vol. 81, pp. 7-15.
- 17 - ————. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1975.
- 18 - ————. Regime Jurídico das Corporações Públicas no Brasil. In: Revis-

- ta de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1969, vol. 98, pp. 1-16.
- 19 - ————. Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1968, vol. 221, pp. 29-34.
- 20 - ————. Regime Jurídico das Permissões de Uso no Brasil. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1970, vol. 101, pp. 24-43.
- 21 - DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, Edição Saraiva, 1972.
- 22 - DIAS, José de Nazaré Teixeira. A Reforma Administrativa de 1967. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2ª edição, 1969.
- 23 - DUARTE, Clencio da Silva. Fundação Oswaldo Cruz. Contribuição Sindical. Conceito de Instituições Paraestatais. In: Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, 1976, nº 123, pp. 385-392.
- 24 - ————. Personalidade Jurídica de Fundação Instituída pelo Poder Público. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, nº 15, pp. 115-116.
- 25 - DUVERGER, Maurice. As Modernas Tecnodemocracias. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S.A., 1975.
- 26 - FAGUNDES, Seabra. Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1964, vol. 78, pp. 1-25.
- 27 - FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Intervenção do Ministério Público nas Fundações. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1977, nº 127, pp. 615-622.
- 28 - ————. As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1973.

- 29 - ————. As Fundações na Organização Administrativa Municipal. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1977, nº 141, pp. 75-87.
- 30 - ————. Fundações Privadas Governamentais: Entidades da Administração Indireta? In: Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1976, nº 137, pp. 56-79.
- 31 - ————. Posição, na Administração Indireta da Fundação de Direito Privado Instituída pelo Estado. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1974, nº 31, pp. 13-26.
- 32 - FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- 33 - FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A Problemática da Administração Indireta no Brasil. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 1976, nº 18, pp. 38-54.
- 34 - ————. As Fundações e o Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1970, nº 100, pp. 1-31.
- 35 - ————. Autarquia. Fundação Criada pelo Poder Público. Distinção. Prestação de Contas ao Tribunal de Contas. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1951, vol. 25, pp. 387-395.
- 36 - ————. Comentários à Reforma Administrativa Federal. São Paulo, Edição Saraiva, 1975.
- 37 - ————. Fundações e Empresas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- 38 - ————. Regime Jurídico das Fundações. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1971, nº 105, pp. 35-69.
- 39 - GOMES, Orlando. Pessoas Jurídicas de Direito Público e de Direito Privado. Autarquias. SENAC e SESC. In: Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, 1950, vol. 19, pp. 384-391.

- 40 - JACQUES, Paulino. A Administração Indireta no Estado Brasileiro (crítica científica). In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Edição do Senado Federal, 1970, pp. 3-54.
- 41 - LAGOA, Paulo F. Rocha. As Fundações Instituídas pelo Poder Público, sua Natureza Jurídica e seu Controle. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, nº 127, 1977, pp. 16-33.
- 42 - LEITE, Gervásio. Inexistência das Fundações Públicas. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Editada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, 1973, nº 38, pp. 45-56.
- 43 - MARINHO, Armando de Oliveira. O Ministério Público como Órgão Fiscalizador das Fundações. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1973, nº 114, pp. 34-48.
- 44 - MAYER, Luiz Rafael. Imunidade Tributária. Fundações Oficiais de Direito Privado. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1976, nº 123, pp. 371-377.
- 45 - ———. Pareceres da Consultoria Geral da República. Consultoria Geral da República, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, vol. 85, 1976.
- 46 - ———. Projeto de Lei sobre inclusão das Fundações instituídas pelo Poder Público dentre as Entidades da Administração Indireta, catalogadas no Decreto-lei nº 200. (Parecer L-057). In: Pareceres da Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, 1976, vol. 85, pp. 340-352.
- 47 - MEINBERG, Guido Henrique. Da Natureza Jurídica das Fundações. In: Justiça, São Paulo, Serviço de Documentação Jurídica do Ministério Público de São Paulo, 1971, nº 72, pp. 33-73.
- 48 - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1976.
- 49 - ———. Empregados de Fundações Públicas - Justiça do Trabalho. In: Tri

- buna da Justiça, São Paulo, Hemeron Editora S.A., 1976, nºs 853, *854 e 855.
- 50 - ————. Fundações Instituídas pelo Poder Público - Natureza Jurídica de Direito Privado. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1967, vol. 220, pp. 66-70.
- 51 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972.
- 52 - ————. Fundações Públicas. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1963, vol. 338, pp. 62-72.
- 53 - ————. Personalidade de Direito Público. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, nº 1, pp. 115-142.
- 54 - ————. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- 55 - MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Forense, vol. II, 1974.
- 56 - MIRANDA, Pontes de. Fundação - Pessoas Jurídicas de Direito Privado e de Direito Público. Atribuições do Ministério Público. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 1960, nº 192, pp. 73-90.
- 57 - ————. Questões Forenses. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1962.
- 58 - MONTEIRO, Honório. Fundação Pública. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, nº 2, pp. 122-130.
- 59 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Editora Forense, 3ª edição, 1976.
- 60 - NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. As Fundações Públicas são imunes a Tributos. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1963, vol. 338, pp. 72-84.
- 61 - PARÁ FILHO, Tomás. Fundações de Direito Público. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1972, nº 3, pp. 233-242.

- 62 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Edição Forense, 1974, vol. I.
- 63 - PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1976, nº 139, pp. 123-184.
- 64 - RAMOS, Romeo de Almeida. Acumulação de Cargos, das Fundações Instituídas por Lei Federal. In: Pareceres da Consultoria Geral da República. Departamento de Imprensa Nacional, 1972, vol. 80, pp. 128-132.
- 65 - ———. Pareceres da Consultoria Geral da República. Consultoria Geral da República, Departamento de Imprensa Nacional, vol. 80, 1972.
- 66 - REALE, Miguel. Fundações de Direito Público - Registro dos Atos Constitutivos - Controle do Ministério Público. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1963, vol. 72, pp. 409-415.
- 67 - ———. Natureza Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. In: Justitia, Serviço de Documentação Jurídica do Ministério Público, São Paulo, 1963, vol. 40, pp. 87-95.
- 68 - REIS, Lauro Celidônio Gomes dos. Sociedade - Associação - Fundação. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, nº 412, pp. 9-12.
- 69 - SARAIVA, Oscar. Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, 1944, nº 100, pp. 31-33.
- 70 - SENNA, Homero e MONTEIRO, Clóvis Zobaran. Fundações no Direito, na Administração. Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1970.
- 71 - SILVA, Carlos Alberto Barata. Direito do Trabalho interpretado no TST. São Paulo, Edições LTr, 1973.
- 72 - SUSSEKIND, Arnaldo e MARANHÃO, Délio. Empregados de Fundações Públicas - Justiça do Trabalho. In: Tribuna da Justiça, São Paulo, Hemeron Editora S.A., 1976, nºs 845, 846 e 847.
- 73 - SZNICK, Valdir. Fundação Pública, uma Contradição. In: Revista de Direi-

to Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1974, nº 118, pp. 34-48.

74 - TÁCITO, Caio. Sociedades Comerciais e Fundações do Estado. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense, 1964, vol. 205, pp. 417-420.

75 - WALD, Arnold. Acumulação em Fundações. In: Revista de Direito Público, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, nº 12, pp. 78-81.