

AS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL *

(continuação do número anterior)

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

TÍTULO III

ASPECTOS DA FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO

CAPÍTULO I

Considerações Iniciais

5. Mostra SEABRA FAGUNDES, em interessante estudo (180), que, “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 apêlo às regras do Capítulo II, Seção IV, do Código Civil” (181). Esclarece ainda o autor: “Pela outorga da personalidade jurídica de Direito Privado (ainda não concebida a multiplicidade das pessoas jurídicas de Direito Público, em função de razões administrativas, pois que ligada a instituição delas, estritamente, à natureza política do seu papel), se alcançava o objetivo da autonomia de certos serviços públicos, com proveito para a atuação estatal, que assim ganhava um novo instrumento” (182).

Já em 1916, escrevia CLÓVIS BEVILÁQUA (183) que o Estado podia criar *fundações* (184): “entre as fundações criadas ultimamente pelo Estado,

* Tese apresentada no concurso para a livre-docência de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

(180) *Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo, Rev. Dir. Adm.*, n.º 78, págs. 1 e segs.

(181) *Ob. cit.*, pág. 7.

(182) *Ob. cit.*, loc. cit.

(183) *Código Civil*, vol. I, pág. 193.

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 acôrdo com as Congregações e sob a inspeção do Conselho Superior do Ensino e do Ministério dos Negócios Interiores” (185).

As *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*, no Brasil, antecederam, destarte, as *autarquias*, como forma de personificação de serviços públicos, tendo sido a sua fonte (186). Foram por estas últimas substituídas como meio de descentralização administrativa. Com efeito, aceita no direito brasileiro, à semelhança do que ocorrera em outros sistemas jurídicos, a multiplicidade de pessoas morais de direito público, algumas de natureza exclusivamente administrativa, entendendo-se a relação do art. 14, como não exaustiva (187), sucederam-se as *autarquias*, em que se transformaram, inclusive, antigas fundações criadas pelo Estado (188).

Mais recentemente, porém, o já focalizado fenômeno de desenvolvimento em amplitude, profundidade e complexidade da atividade administrativa, na linha irreversível da descentralização, fez com que o Poder Público volvesse a se valer de institutos de direito privado, para atender às novas necessidades. Agora, não mais por deficiência dos instrumentos de direito público, mas deliberadamente, pelo entendimento de que fórmulas privadas são convenientes, em certos casos, à consecução de desideratos estatais.

Nos primórdios desta fase de recrudescência da utilização das fundações civis, como forma de realização da atividade administrativa, que não foi muito distante do próprio desenvolvimento da criação autárquica, houve certa perplexidade na exata caracterização dos novos entes paraestatais.

OSCAR SARAIVA, escrevendo em 1944 (189), aludia às *fundações públicas* e dizia: “Em data recente, porém, tomou o Governô a iniciativa da criação de uma fundação, visando fins políticos e administrativos, a Fundação Brasil Central, instituída por decreto-lei (n.º 5.878, de 4 de outubro de 1943)... A leitura da lei institucional dessa nova Fundação evidencia, porém, que embora a mesma se traduza num patrimônio personalizado, regido por estatutos aprovados pelo presidente da República, e, portanto, sob êsse aspecto,

(184) Cp. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, pág. 156.

(185) Cp. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, pág. 116.

(186) SEABRA, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 78, pág. 7/8; CLÓVIS, *Código Civil*, vol. I, pág. 193, após mostrar que as fundações se destinam “a fins de interesse geral, de religioso, beneficência, ou interesses meramente particulares”, e que “podem criá-las o Estado, uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica de ordem privada”, acrescenta: “A classificação, acima exposta, era consequência de princípios jurídicos, quando foi feita. Depois vieram as autarquias, modo de administrar serviço do Estado, por meio de órgãos, que o mesmo Estado institui e dota de personalidade jurídica. Fala-se, hoje, em autarquias como pessoas jurídicas, de direito administrativo, que recebem delegação do Estado para a realização de serviços de ordem pública (v. OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Noção jurídica de autarquia*)”.

(187) Cf. DJACIR MENEZES, *Direito Administrativo Moderno*, págs. 89 e segs.

(188) Cp. SEABRA, loc. cit.

(189) *Estudos*, págs. 74/7; *Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado*, *Rev. For.* n.º C, págs. 233/5.

uma verdadeira fundação, nela existem, entretanto, características próprias das autarquias... Achamo-nos, pois, em face de nova modalidade de delegação administrativa, com a revivescência das fundações, às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um 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”.

Com a evolução dos estudos jurídicos, da jurisprudência e da própria legislação, precisou-se, com nitidez, a distinção entre as *autarquias fundacionais*, pessoas jurídicas de direito público, e as *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público*, nos termos vistos no título anterior. Acentuamos que, de início, algumas autarquias, por serem de natureza fundacional, receberam o nome de Fundações, como a Fundação Serviço Social Rural (190) e a Fundação Leão XIII (191). Firmou-se, depois, a orientação de se utilizar a nomenclatura *Fundação* para os institutos de direito privado; para as *autarquias* emprega-se *Superintendência, Instituto* etc. (192).

5.1. Foi na década de 40, que começaram a surgir estas novas fundações, datando o Decreto-lei n.º 5.760, que cuidou da Fundação Abrigo do Cristo Redentor, de 19-8-43, e o de n.º 5.878, que tratou da *Fundação Brasil Central*, de 4-10-43. Seguiram-se outras como a *Fundação Getúlio Vargas* (1944), *Fundação Rádio Mauá* (1945), *Fundação da Casa Popular* (1946). Em 1957, veio a ser criada a *Fundação de Assistência aos Garimpeiros*, seguindo-se a *Fundação Serviço Especial de Saúde Pública* e das *Pioneiras Sociais* (1960). A partir de 1961, quando foi criada a *Fundação Universidade de Brasília*, foram instituídas pelo Governo Federal numerosas fundações de ensino e culturais (193). De cunho social destacam-se a *Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor* (1964), a *Fundação Nacional do Índio* (1967) (194).

(190) Criada pela Lei n.º 2.613, de 23-9-55, que a classificava como *entidade autárquica*. O Regulamento foi aprovado pelo Dec. n.º 39.319, de 5-6-56, alterado pelos Decretos ns. 40.005, de 20-9-56 e 40.178, também de 1956. Pela Lei Delegada n.º 11, de 11-10-62, êste e outros órgãos foram transformados na Superintendência de Política Agrária (SUPRA).

(191) Decreto fed. n.º 22.498, de 21-1-47; Decreto munc. n.º 8.797, de 8-2-47; Decreto est. n.º 1.041, de 7-6-62; Decreto est. N n.º 25, de 15-7-63; Decreto est. N 584, de 24-4-66; Portaria E CFL n.º 18, de 19-11-69 (BOE, de 9-1-70, págs. 23 e segs.). V. n.º 4.4.5.5.

(192) Recentemente, porém, de maneira surpreendente, voltou-se à promiscuidade terminológica. Cf. Decreto-lei n.º 778, de 21-8-69, sobre a Universidade Federal de Ouro Preto, art. 1.º, § 1.º (*fundação de direito público*); Decreto n.º 64.134, de 25-2-69, sobre a Fundação Universidade Federal de São Carlos, art. 1.º (*pessoa jurídica de direito público*). Sobre natureza jurídica das fundações oficiais cp. *Rev. Trim. Jurispr.*, n.º 37, pág. 151; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 72, pág. 409; n.º 75, pág. 399; n.º 81, pág. 7; *Rev. For.*, n.º 168, pág. 260; n.º 212, pág. 36; e 220, pág. 66. V. tb. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 25, pág. 387.

(193) Cp. art. 81 da Lei n.º 4.024, de 20-12-61 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

(194) Cp. relação em *Fundações — no Direito, na Administração*, de HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO, págs. 249 e segs.

5.2. No Estado da Guanabara, pode ser indicada, na década de 60, a proliferação de fundações de direito privado instituídas pelo Governo Estadual. Cumpre ressaltar a *Universidade do Estado da Guanabara*, de cuja criação cuidou a própria Constituição de 1961 (art. 63). Podem ser indicadas, como exemplos das de mais recente criação, a *Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara*, a *Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor*, a *Fundação para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara*.

Com relação ao Distrito Federal, a Lei n.º 4.545, de 1964, enumera em seu art. 18, várias fundações paraestatais locais: *Fundação Hospitalar do Distrito Federal*, *Fundação Educacional do Distrito Federal*, *Fundação Cultural do Distrito Federal*, *Fundação do Serviço Social do Distrito Federal* e *Fundação Zoobotânica do Distrito Federal*.

Os demais Estados-membros da Federação têm adotado, igualmente, esta técnica de descentralização. No que tange ao Estado do Rio de Janeiro, enumeração de suas fundações paraestatais se encontra no art. 50^o do Decreto-lei est. n.º 21, de 13-5-69. Em Alagoas, pode ser citada a *Fundação Alagoana de Serviços Assistenciais* (Lei est. n.º 2.288, de 24-8-60 e Decreto est. n.º 2.058, de 4-1-63). Na Bahia, cumpre indicar a *Fundação Hospitalar do Estado da Bahia* (Lei n.º 2.123, de 9-1-65).

CAPÍTULO II

A Criação de Fundações de Direito Privado pelo Poder Público

A. *Prévia autorização legal*

6. A criação, pelo Poder Público, de uma pessoa jurídica, seja de direito público, seja de direito privado, exige a edição de um *ato legislativo formal*.

Na primeira hipótese, a lei *cria* o nôvo ser; na segunda, *autoriza que se crie* (194-A).

Destarte, as *autarquias* são criadas por lei, ou por ato jurídico equivalente, enquanto as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista* e as *fundações* têm sua criação autorizada pelos mesmos (194-B).

6.1. A exigência da edição de lei formal justifica-se, plenamente, porquanto se trata de dar à luz uma nova pessoa jurídica, com a destinação de recursos financeiros públicos e com a outorga àquela, de encargos estatais.

(194-A) Os Decretos-leis 744, de 20-8-69; 778, de 21-8-69; e 781, de 22-8-69, que tratam das fundações universitárias, referem-se à *autorização para funcionamento*.

(194-B) Diferem, portanto, as hipóteses de criação de fundações civis pelo Estado e por particular. Neste último caso, "as fundações, qualquer que seja o seu fim, não dependem de autorização administrativa, para se constituírem" (CLÓVIS, *Código Civil*, pág. 193): predomina um regime de liberdade (*id.*, pág. 180).

CAIO TÁCITO (194-C), tratando das *sociedades de economia mista* e das *empresas públicas*, afirma: “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. Não é lícito ao Poder Executivo, sem apoio em lei, o investimento em ações, ou a delegação a pessoas jurídicas de direito privado de encargos administrativos, ainda que se revistam de natureza industrial ou comercial”. Mais adiante, aludindo às *fundações*, ensina: “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... As fundações públicas regulam-se pelos princípios do direito privado, com as peculiaridades constantes das leis autorizativas de sua instituição”.

Cabe citar, a propósito, CARLOS MEDEIROS SILVA (195): “A competência de tal órgão seria subtraída, no todo ou em parte, de outros, de natureza administrativa, que a receberam da lei. Não poderiam estes sofrer a mutilação, sem o consentimento do legislador. Caso contrário, a órbita de atribuições, fixada em lei, de determinados órgãos, ficaria ao alcance e à mercê de atos regulamentares que poderiam anulá-los, amputando-lhes prerrogativas essenciais”.

AGAMENON MAGALHÃES, quando Ministro da Justiça, sustentou (196) que a criação de uma autarquia (197) “é ato de natureza legislativa, pois importa na delegação de poderes e de atribuições que ao Estado, por conveniência pública, cumpre exercer”.

Opina MANUEL MARIA DIEZ (198) em que “las entidades autárquicas institucionales deben crearse por ley. Nos basamos para sostener nuestra opinión en la circunstancia de que la actividad administrativa se realiza subordinada al orden jurídico establecido; ningún órgano administrativo puede ejercer otras atribuciones sino aquellas que le ha conferido el legislador. Es el legislador el que crea los empleos y establece las atribuciones, vale decir, la competencia de los órganos creados (art. 67, inc. 17 Constitución Nacional) (199). Es cierto que crear empleos no significa crear entes autár-

(194-C) *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, *Rev. For.* n.º 205, pág. 417.

(194-D) *Ob. cit.*, pág. 419.

(195) *Autarquias Estaduais e Municipais*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 36, pág. 4.

(196) Parecer sobre criação de autarquia por Governador de Território, que não tem competência legislativa, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º II, pág. 802.

(197) A argumentação é válida para quaisquer pessoas administrativas.

(198) *Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 90/1.

(199) Cp. arts. 43, V, e 55, III, da Carta Federal, e 9.º, V, da Constituição da Guanabara.

quicos, pero no es menos cierto que la competencia deriva de la Constitución y de la ley. La entidad autárquica que se cree debe tener competencia que derive de ley, el ejecutivo no puede transferir la que tiene sin ley que lo autorice. En tal mérito pensamos que solamente compete al legislador crear una entidad autárquica institucional, fijando sus atribuciones, o sea su competencia. La competencia siempre debe estar establecida por ley y el Poder Ejecutivo no puede crear nuevas actividades y fijar la competencia que les corresponde a los funcionarios encargados de realizarlas. Es un atributo exclusivo del legislador. En el mismo sentido la ley 12.961 de contabilidad y el decreto-ley 23.354/56 que la modifica, establecen expresamente que "el P. Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional" (art. 136 in fine). Es cierto que el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1, Constitución Nacional) (200), pero ello debe entenderse en el sentido de que para tales efectos puede ejercer el conjunto de atribuciones que le han conferido la Constitución y la ley; nunca podrá crear por su cuenta nuevas atribuciones ya que esa materia es de competencia del legislador..."

ENRIQUE SAYAGUÉS LASO (201) declara: "La creación de los servicios descentralizados con personalidad jurídica, tiene que realizarse por ley..." (202).

Na *França*, é também exigida a edição de *lei*, para a instituição de pessoas administrativas, existindo, quanto aos *estabelecimentos públicos* norma expressa contida no art. 34 da Carta de 1958 (203).

6.2. Qual a razão da distinção, no Direito Brasileiro, do conteúdo do ato legislativo, conforme se trate de instituição, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado?

A lei *cria* as *autarquias*, porquanto o Direito Brasileiro não contém normas específicas para a respectiva instituição.

É o que diz CARLOS MEDEIROS SILVA (204): "Se a entidade é de direito público, não prevê a lei comum os trâmites para a sua organização. A lei

(200) Cf. art. 81, I, da Const. Federal; art. 46, I, da Carta Estadual carioca.

(201) *Tratado*, vol. I, pág. 245.

(202) Em nota (n.º 1) de rodapé, na mesma página, acrescenta SAYAGUÉS LASO que a criação "puede hacerse por acto administrativo cuando la ley expresamente lo autoriza. Así, en algunos países, como Francia, muchas leyes han facultado al Poder Ejecutivo para crear servicios descentralizados personificados. En otros casos, como en el Peru, la ley número 9.577, autorizó el Poder Ejecutivo a constituir empresas publicas, que configuran verdaderos servicios descentralizados con personalidad jurídica".

(203) Cp. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel*, págs. 217 e 234; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 204; H. BERTHÉLÉMY, *Traité Élémentaire*, pág. 47.

(204) *Rev. Dir. Adm.*, n.º 36, pág. 4. Parece-nos sem razão CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e Regime Jurídico*, págs. 419 e 423), quando alude, tratando de autarquias, a *lei criadora* e a *decreto instituidor*: no particular, a *criação* ou *instituição* é por *lei*, que será regulamentada pelo Executivo. Quando se trata de entidades paraestatais, é que há *lei autorizadora* e *decreto instituidor*.

especial deverá ditá-los ou supri-los. Por um ato executivo não seria admissível que se outorgasse personalidade jurídica a uma entidade criada à revelia do direito comum...”

O problema é diverso, se se trata de instituição, pelo Poder Público, de pessoas jurídicas de direito privado.

O impulso inicial legal, através da prévia autorização, é necessário, pelos motivos expostos no n.º 6.1. Mas, daí por diante, segue-se a lei comum, com as modificações que o direito administrativo introduza (205).

6.3. O Decreto-lei n.º 200, de 1967, e o de n.º 900, de 1969, que o alterou, exigem, expressamente, ato legislativo *formal* para a criação de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Em verdade, as definições de *autarquia*, *empresa pública* e *sociedade de economia mista* incluem a criação por lei (206). O equívoco está em que, como já foi salientado, no que tange às *empresas paraestatais* e *fundações*, a lei simplesmente *autoriza a sua criação*, ficando esta a cargo do Poder Executivo. Aliás, o próprio Governo Federal, mesmo legislando através de decretos-leis, veio a ratificar tal orientação (207), mostrando a impropriedade

(205) Cp. CARLOS MEDEIROS SILVA, parecer sôbre *Pessoas Jurídicas de Direito Público e de Direito Privado*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º III, pág. 438.

(206) Art. 5.º, I, II e III, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, com as modificações do de n.º 900, de 1969. V. art. 1.º, II, *a*, *b* e *c*, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70.

(207) A distinção, em geral, tem sido obedecida pelo legislador brasileiro. Assim, a Lei n.º 4.545, de 10-12-64, em seu art. 15, *autorizava* o Prefeito do Distrito Federal a *constituir sociedades por ações*, enquanto no art. 16, *criava autarquias*. A Lei n.º 4.513, de 1.º-12-64 autorizava o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. Mesmo quando coincidem legislador e administrador na mesma pessoa, tem sido respeitada a diferença: cf. Decreto-lei n.º 161, de 13-2-67, que autorizou o Executivo a instituir a Fundação IBGE; Decreto-lei 179, de 16-2-67, *idem*, Fundação Interestadual para o Desenvolvimento dos Vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá — (FIRTOP); Decreto-lei 269, de 28-2-67, *idem*, Fundação da Universidade de Sergipe; cf. tb. Decreto-lei 67, de 21-11-66, *idem*, Cia. Lloyd Brasileiro e Empresa de Reparos Navais “Costeira S. A.”; Decreto-lei 154, de 10-2-67, *idem*, Serviço de Navegação da Bacia do Prata S. A.; Decreto-lei 155, de 10-2-67, *idem*, Empresa de Navegação da Amazônia S. A. e Companhia Docas do Pará; Decreto-lei 256, de 28-2-67, *idem*, Cia. Docas do Rio de Janeiro; Decreto-lei n.º 280, de 28-2-67, *idem*, uma sociedade por ações. Outrossim, quando se trata de *autarquia*, a criação é feita, igualmente, por decreto-lei: cf. Decreto-lei 43, de 18-11-66, que criou o Instituto Nacional do Cinema; Decreto-lei n.º 245, de 28 de fevereiro de 1967, que transformou o Colégio Pedro II em autarquia; Decreto-lei 289, de 28-2-67, que criou o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal; Decreto-lei 292, de 28-2-67, *idem*, Superintendência do Vale do São Francisco. No Estado da Guanabara, podemos indicar o Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69, que autorizou o Poder Executivo a instituir a Fundação para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara (FUNDEPEG). É curioso acentuar que a Fundação João XXIII, cuja criação pelo Poder Executivo foi autorizada pela Lei est. n.º 595, de 20-10-64, não foi instituída (o projeto de lei fôra, aliás, vetado pelo Governador e, derrubado o veto, veio a lei a ser promulgada pelo Presidente da Assembléia). O Decreto-lei est. 193, de 1969, acima citado, autorizou o Poder Executivo a instituir a FUNDEPEG no prazo de sessenta dias (art. 1.º), o que

com que se expressaram os diplomas em tela, que, de qualquer forma, porém, deixaram patente a necessidade de participação legislativa no processo de criação de pessoas, ainda que de direito privado, pelo Poder Público (208).

No que tange às *fundações*, o § 2.º do art. 4.º do Decreto-lei n.º 200, falava em *fundações instituídas* “em virtude de lei federal”. Mesmo no sistema do Decreto-lei n.º 900, de 1969, em que as fundações passaram, como vimos, a *entes de cooperação*, a necessidade de lei está consignada nos arts. 2.º, a (“lei de criação”), e 3.º (“fundações instituídas em virtude de lei federal”) do citado diploma legal.

6.4. O Poder Executivo tem, por vêzes, criado fundações de direito privado, sem prévia autorização legislativa. Podem ser citadas as seguintes fundações criadas, desta forma, na área federal e na do Estado da Guanabara: a) *federais*: *Fundação Educacional de Brasília* (cf. Decreto 47.832-A, de 3-3-60); *Fundação Hospitalar do Distrito Federal* (cf. Decreto 48.298, de 7-6-60); b) *estaduais*: *Fundação Garantia do Atleta Profissional* (FUGAP) (cf. Decretos N 107, de 9-12-63 e N 127, de 6-1-64); *Fundação Parque do Flamengo* (cf. Decreto E 887, de 28-10-65; estatutos publicados no “D.O.” da GB, Parte I, de 11 de novembro de 1965, fls. 21.599); *Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara* (cf. Decreto E n.º 904, de 12-11-65, modificado pelo Decreto E 2.012, de 15-2-68; seus primitivos estatutos foram publicados no “D.O.” da GB, — Parte I, de 12-12-65, fls. 22.741/2, depois substituídos pelos aprovados pelo Decreto N 1.017, de 15-2-68, vigorando, atualmente, a estruturação estabelecida pelo Decreto-lei n.º 109, de 11-8-69); *Fundação Vieira Fazenda* (cf. Decreto E 385, de 24-4-64); e a *Fundação Parque Lage*, depois *Parque do Povo* (cf. Decreto E 705, de 21-3-65; seus estatutos foram aprovados pelo Decreto N 507, de 29-11-65).

No que tange ao Estado da Guanabara, o problema provocou intenso debate.

O Governador do Estado da Guanabara invocara como fundamento legal, para sua atitude, o dispositivo contido na letra *b*, do item II, do art. 4.º da Lei est. 263, de 24-12-62, que, como sabemos, organizou administrativamente

é esdrúxulo: se é autorização, não se trata de obrigação; outrossim, não nos parece que aquela perca a eficácia, com o vencimento do prazo. Outras anomalias existem, em matéria de criação de entidades paraestatais: 1.º) a lei, ao invés de dizer que autoriza a criação, dizer que *cria*: cf. Lei n.º 4.069-A, de 12-6-62, sobre a *Fundação Universidade do Amazonas*; 2.º) a lei, ao invés de dizer que *cria uma autarquia*, referir-se a *autorização para criá-la*: cf. contradição entre a ementa e o art. 1.º da Lei n.º 2.613, de 23-9-55, sobre o Serviço Social Rural.

(208) O art. 3.º do Decreto-lei n.º 200, de 1967, com a redação determinada pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969, estabelece: “Respeitada a competência constitucional do Poder Legislativo estabelecida no art. 46, incisos II e IV, da Constituição, o Poder Executivo regulará a estruturação, as atribuições e o funcionamento dos órgãos da Administração Federal”. A referência era à Carta de 67, em sua versão original: os dispositivos citados correspondem, atualmente, aos incisos II e V do art. 43, o último dos quais, como já vimos, refere-se à criação de cargos públicos.

o Estado. Ora, tal disposição somente situava as fundações de direito privado na Administração carioca. O citado diploma legal dava, no art. 7.º, competência ao Executivo, para outorgar autonomia relativa a certos órgãos administrativos, sem adquirirem os mesmos, contudo, personalidade jurídica. Outrossim, se dava autorização àquele Poder, para a criação de pessoas administrativas, referia-se, expressamente, apenas, a emprêsas estatais que indicou nominalmente (COHAB — arts. 155 e 181 —, CEDAG, CETEL e CELURB — art. 181).

Em entrevista que concedeu (209), CAIO TÁCITO declarou “que o Governador do Estado não tem competência para constituir, sem prévia autorização legislativa, novas pessoas jurídicas administrativas”.

No que tange à indevida invocação do citado art. 4.º, II, b, da Lei est. 263, de 1962, esclareceu que “o preceito em causa limita-se a descrever a estrutura administrativa do Estado, dispondo que, entre os órgãos dotados de personalidade jurídica, figuram as emprêsas ou fundações instituídas pelo Estado. Não significa tenha a Assembléia Legislativa transferido ao Governador a competência privativa de instituir tais emprêsas ou fundações, o que, ademais, não poderia fazer, dado o princípio constitucional proibitivo da delegação de poderes”.

Mais adiante, concluiu: “Sem embargo das inspirações de interesse público que tenham orientado o Governo, o certo é que a criação mediante simples decretos executivos, das fundações referidas, constituiu uma forma de usurpação de poder. São nulos aquêles atos, assim como todos os atos ou contratos que dêles tenham derivado, podendo a nova administração estadual torná-los sem efeito”.

Em sentido contrário, manifestou-se ALCINO SALAZAR (210), tendo afirmado ter sido a orientação do Governo Carioca, dispensando a prévia autorização legal para a instituição de fundações, calcada em parecer seu, como Secretário de Justiça, no sentido da legalidade do procedimento da criação da Fundação Parque do Flamengo, por se tratar de parcela típica da atividade administrativa, própria do Poder Executivo (211).

B. Instituição

7. Na constituição de qualquer pessoa jurídica, a primeira fase é a da *formação do substrato*, a que se segue a da *personificação*.

Em se tratando da *criação* (212) de fundações, o primeiro momento é o da prática do *ato de instituição* ou de *fundação*, também chamado de *negócio*

(209) *O Globo*, de 2-1-65.

(210) *Jornal do Brasil*, de 4-2-65.

(211) Cp. SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *A Instituição de Fundações pelo Estado*, *Rev. Dir. Min. Pb. Gb.*, n.º 6, págs. 102 e segs.

(212) Preferimos empregar o termo *criação* para abranger as duas fases. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 466) distingue entre *criação* e *personificação*, dando-se esta com o registro.

de fundação ou fundacional (213), sendo aquêlê que o pratica o *instituidor* da fundação.

Como diz MARCELLO CAETANO (214), trata-se da “manifestação de vontade pela qual o instituidor afeta um patrimônio à realização de certo fim duradouro”, exprimindo, ainda, “a intenção de que a realização do fim seja levada a cabo por uma organização própria” (214-A).

Ao contrário das *corporações*, que são constituídas *plurilateralmente* (215), as *fundações* o são *unilateralmente*. O ato de *instituição* é unilateral, gratuito, prescindindo de aceitação, declaração de vontade não-receptiva (216).

É uma liberalidade, mas constitui categoria jurídica específica, diversa que é da *doação*, a cujo regime e restrições não está sujeita. Fala-se, aliás, no particular, em *dotação* ou *atribuição de bens* e não, em *doação* (217).

O ato de *instituição* é formal, podendo ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Exige o art. 24 do Código Civil que êle se exteriorize por escritura pública ou testamento. Pelo mesmo ato deve ser feita *dotação especial de bens livres*, especificando-se, *obrigatoriamente*, o fim a que se destina a fundação e, *facultativamente*, a maneira de administrá-la.

Neste primeiro momento, temos o que SADY CARDOSO DE GUSMÃO (218) chama de *fundação instituída ou imperfeita*.

7.1. Como focalizamos, o Estado pode ser *instituidor* de fundações de direito privado.

Êle o faz, mediante prévia autorização legislativa, através do Poder Executivo (219).

(213) Cp. MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, págs. 29 e segs. PONTES DE MIRANDA (*ob. cit., loc. cit.*, pág. 454) afirma: “De regra, *instituir é fundar*; mas é possível que se cinda o ato de fundar em *instituição* e *fundação*. Então, o que institui (*instituidor*) não funda (não é o fundador). Isso acontece sempre que os estatutos não foram elaborados pelo instituidor, ou se a verba testamentária se há de interpretar como encargo ao herdeiro ou ao legatário, ou dever de testamentário”.

(214) *Ob. cit., ib.*

(214-A) Cf. art. 24 do Código Civil.

(215) Cp. PONTES DE MIRANDA, *ib.*, págs. 280 e segs.; e tomo XXXVIII, págs. 7-8. O Código Civil (arts. 1.363 a 1.409) classifica a sociedade como um *contrato*. Modernamente, vê-se na constituição de *corporações* *negócio jurídico bi ou multilateral não contratual*, porquanto não há *quiasma* ou *cruzamento* de interesses opostos, embora harmonizados: existe convergência de interesses iguais e comuns de tôdas as partes para um ponto comum. Cf. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso*, vol. I, págs. 406-8; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições*, vol. I, págs. 34-8; vol. III, págs. 288-9; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso*, vol. II, págs. 9-10. V. ENNECCERUS, *ob. cit.*, vol. II, §§ 99 e 137.

(216) FERRARA, *Teoria*, pág. 796; ENNECCERUS, *Derecho Civil*, vol. I, pág. 523.

(217) Como vimos, prescinde de aceitação, não se lhe aplicando, outrossim, o limite da inoficiosidade (cf. SADY CARDOSO DE GUSMÃO, *Repertório*, vol. 23, pág. 222, verbete *Fundação*; PONTES, *ob. cit.*, Tomo I, pág. 460).

(218) *Loc. cit.*, pág. 219.

(219) Cf. art. 1.º da Lei n.º 3.763, de 23-3-60, que “autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação das Pioneiras Sociais”: “É o Poder Executivo autorizado a instituir uma fundação...”. É de se assinalar que, quando o Chefe do Poder Executivo exerce, também, funções de órgão legislativo, aquêlê

Afastada a hipótese de o Poder Público instituir fundações por testamento, resta, apenas, dentre as formas previstas pelo Código Civil, a *escritura pública*, que tem sido efetivamente por aquêle empregada (220). Neste caso, a lei autorizadora indica, em geral, o representante do Poder Público, no ato de instituição (221).

Mas, em se tratando de instituição de fundações privadas, pelo Estado, acrescenta-se uma nova forma: o *decreto executivo*.

Este, do ponto de vista formal, 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.

A forma do decreto executivo tem sido, igualmente, muito utilizada na instituição de fundações pelo Poder Público (222).

Em sentido contrário, manifesta-se FERREIRA COELHO (223): "Quando a instituição é feita pela União, pelos Estados ou pelos Municípios, nem por isto dispensa a escritura pública, o decreto ou a lei que a autoriza não equivale êste instrumento, que é para o caso o exigido pelo Código. O decreto ou a lei autoriza o ato que será firmado pela escritura".

Deve levar-se em conta, porém, a época em que a opinião foi emitida, sendo certo que não sustentamos que baste a lei autorizadora: é preciso, além desta, o decreto executivo de instituição.

Poder dá autorização a si mesmo. Cf. Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (Fundação para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara (FUNDEPEG). O art. 1.º da Lei n.º 3.295, de 30-10-57, alude a *autorização ao Governo Federal*. Não é juridicamente impossível que a instituição seja feita pelo Legislativo ou pelo Judiciário. Êstes podem ter, tal como o Executivo, sob sua *tutela*, pessoas administrativas, sendo de se citar o exemplo do *Instituto de Previdência dos Congressistas* (IPC), autarquia criada pela Lei federal número 4.284, de 20-11-63. O mesmo ocorreria, se o Judiciário instituisse uma fundação para a prestação de assistência judiciária.

(220) Cf. criação das seguintes fundações: *Fundação Rádio Mauá* (escritura pública de 30-5-45, do 7.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro; Decretos-leis 7.381, de 13-3-45, e 54, de 18-11-66; Portaria n.º 152, de 10-3-67, do Ministério do Trabalho, in *D. Of. União*, de 10-4-67, fls. 4.157); *Fundação de Assistência aos Garimpeiros* (escritura pública, de 4-12-57, 6.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, livro 837, fls. 61; art. 1.º do Decreto n.º 43.497, de 7-4-58); *Fundação Abrigo do Cristo Redentor* (escritura pública de 13-1-44, 18.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro; Decreto n.º 15.801, de 8-6-44); *Fundação do Museu do Café* (Decreto-lei n.º 777, de 20-8-69, art. 2.º, § 1.º); *Legião Brasileira de Assistência* (Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69, art. 5.º); *Fundação das Pioneiras Sociais* (escritura pública de 11-7-60, do 23.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, livro 629, fls. 1; Decreto n.º 48.543, de 19-7-60, art. 1.º).

(221) Cf. art. 5.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69; art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 3.295, de 30-10-57.

(222) Cf. Decreto est. N n.º 1.028, de 15-3-68, que "institui a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, aprova seus Estatutos, e dá outras providências". V. art. 1.º do Decreto e dos Estatutos.

(223) *Código Civil*, vol. V, pág. 294.

7.2. Uma fundação pode ter mais de um *instituidor*. A *co-instituição* não confere, porém, ao negócio fundacional natureza *bi* ou *plurilateral*: compõe-se êle de declarações unilaterais de vontade paralelas. Continua a haver uma só *parte* (cujo conceito é direcional, traduzindo o sentido da declaração de vontade), embora de constituição plural ou coletiva (224).

7.2.1. A co-instituição pode dar-se com a participação do Poder Público e de particulares, ou de vários Podêres Públicos (225).

O Decreto-lei n.º 900, de 1969, tornou obrigatória, para a criação de novas fundações pelo Governo Federal, a "participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total" (art. 2.º, b).

7.3. A instituição não precisa ser *ex nihilo*. A intervenção estatal pode ser no sentido de transformar em fundação paraestatal ou de cooperação entidade privada (fundação ou corporação) (226), ou órgão da Administração Direta (227).

(224) Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições*, vol. I, págs. 347-8; PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit., Tomo I, pág. 458, onde diz: "Não se tornam, por isso, receptícias as declarações de vontade. Se era impossível a prestação por um, ou se alguma das pessoas não podia instituir fundação, por ser incapaz, a fundação não sofre em sua instituição, porque o negócio jurídico é ato coletivo e o direito brasileiro não exige a suficiência de bens para começar a existir". Cf., em sentido diverso, ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil*, vol. I, pág. 284. V. nota 215 acima. Assinala MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, pág. 12, que "são cada vez mais freqüentes as *fundações coletivas*, ou melhor dizendo, os casos de *instituição coletiva*."

(225) Cf. Decreto-lei n.º 179, de 16-2-67, que autorizou o Governo Federal a instituir, conjuntamente com o Distrito Federal e os Estados do Pará, Maranhão, Goiás e Mato Grosso, uma fundação denominada Fundação Interstadual para o Desenvolvimento dos Vales do Tocantins-Araguaia e Paraguai-Cuiabá (FIRTOP) (art. 1.º). É interessante notar que o § 2.º do art. 1.º dispõe que os Estados providenciarão junto às Assembléias Legislativas respectivas, a autorização "para co-instituírem a Fundação". O art. 3.º acrescenta: "A União, o Distrito Federal e os Estados co-instituidores, nos termos do art. 4.º, estabelecerão no seu orçamento dotação destinada a suprir a Fundação dos recursos correspondentes à contribuição que lhes foi fixada". A *Fundação Coimbra Bueno pela Nova Capital do Brasil*, instituída, em 1939, por particulares, passou a ter a cooperação dos Ministérios da Educação e Cultura e das Relações Exteriores e da Prefeitura do Distrito Federal, de acôrdo com o Decreto n.º 49.606, de 28-12-60. Os órgãos públicos referidos participaram da feita dos estatutos da Fundação e de sua administração. No que tange à *Fundação Educacional do Distrito Federal* (Decreto n.º 48.297, de 17-6-60) e a *Fundação Hospitalar do Distrito Federal* (Decreto n.º 48.290, de 17-6-60), a Prefeitura do Distrito Federal teve a cooperação, respectivamente, dos Ministérios da Educação e da Saúde, na organização, manutenção e administração destas Fundações que criou.

(226) Como exemplos, podem ser indicados os casos da *Fundação Abrigo do Cristo Redentor* (cf. Decreto-lei n.º 3.760, de 19-8-43); e da *Fundação Legião Brasileira de Assistência* (cf. Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69).

(227) Foi o caso da *Fundação Casa de Rui Barbosa*, em que se transformou a antiga Casa de Rui Barbosa, do Ministério da Educação e Cultura (cf. Lei n.º 4.943, de 6-4-66).

7.4. Como já vimos e está patente no art. 24 do Código Civil Brasileiro, do ato de instituição deve constar a dotação de um patrimônio, o fim da fundação e, facultativamente, a maneira de administrá-la.

Em se tratando de fundações instituídas pelo Poder Público, estes aspectos, e alguns outros, já vêm delineados nas leis que autorizam sua criação, pormenorizando-se no ato de instituição, nos estatutos, no regimento interno.

Assim, as leis autorizadoras já indicam o nome e, em geral, a sigla da fundação, sua sede, fóro e vinculação, para efeitos de tutela administrativa; expressam sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial, financeira, técnica, administrativa, disciplinar (228).

7.4.1. Já fixamos a importância do patrimônio para o próprio conceito de fundação.

Afirma MARCELLO CAETANO (229) que “a idéia de que pode haver fundação sem afetação inicial de um patrimônio, aparece nos autores alemães e tem sido atribuída ao silêncio do Código Civil Alemão acerca da necessidade da dotação patrimonial no ato de fundação”. Continua ele: “Mas o § 82 do Código Germânico, quando dispôs que “uma vez a fundação aprovada é o fundador obrigado a transferir para ela o patrimônio que lhe assegurou no ato de fundação”, contém implícita a idéia de que não há fundação sem afetação de patrimônio”.

FERRARA (230), por seu turno, sustenta: “Niuna esigenza concettuale impone che per l'esistenza di un soggetto sia già reale un patrimonio. Dalla nozione di ente giuridico non deriva con imprescindibile necessità ch'essa sia già all'origine titolare di beni. Questi sono mezzi esterni per lo svolgimento della sua attività. Osserva il Windscheid che se la persona giuridica può avere un patrimonio, non è un presupposto che l'abbia: basta che sia capace di acquistarlo. Il patrimonio è un mezzo per lo svolgimento dell'attività dell'ente ma non un requisito della sua esistenza”.

Os termos do art. 24 do Código Civil Brasileiro são claros no sentido de ser o patrimônio, em nosso Direito, elemento essencial das fundações (231), considerado aquele como um complexo de bens e direitos.

As leis autorizadoras apresentam, como um de seus pontos fundamentais, a indicação dos bens e direitos que irão constituir o patrimônio fundacional, alguns já existentes, outros futuros e alguns mesmos eventuais (232).

(228) Cf. art. 1.º da Lei n.º 4.943, de 6-4-66 (*Fundação Casa de Rui Barbosa*); art. 1.º e parágrafo único do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG); art. 1.º da Lei est. n.º 1.534, de 27-11-67 (FEBEM); art. 1.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto E n.º 3.527, de 9-12-69 (UEG).

(229) *Das Fundações*, pág. 8.

(230) *Le Persone*, págs. 55-6.

(231) Cp. MARCELLO CAETANO, *ob. cit., ib.*; SADY CARDOSO DE GUSMÃO, in *Repertório*, n.º 23, pág. 220. CLÓVIS, reproduzido por FERREIRA COELHO (*Código Civil*, vol. V, pág. 46), dizia, quando da elaboração da codificação civil, que “a pessoa jurídica, como se concebe atualmente, não precisa de patrimônio: basta a capacidade para tê-lo. Parece que isto está assente”.

(232) Cf. art. 4.º da Lei n.º 3.998, de 15-12-61 (*Fundação Universidade de Brasília*).

Distingue-se o *patrimônio* dos *recursos*, *renda* ou *receita* da *fundação*, provenientes de diferentes fontes, tais como dotações orçamentárias, rendas patrimoniais etc. (233). A lei pode estabelecer que o saldo da receita, caso assim o determinem os órgãos competentes da fundação, integrem-se ao patrimônio (234).

Já acentuamos que a *dotação* não é *doação*, razão por que as restrições às doações de bens públicos não se aplicam à hipótese. O regime aplicável é o das *alienações*, já que a *dotação* é ato desta natureza (235).

É de se relembrar o disposto no art. 2.º, *b*, do Decreto-lei n.º 900, de 1969, sobre a obrigatoriedade de, nas novas fundações instituídas pelo Governo Federal, haver a participação, na proporção de, no mínimo, um terço, de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação.

O patrimônio inicial poderá ser aumentado, posteriormente, mercê de novas dotações (235-A), de doações ou legados de particulares, de subvenções ou doações de outras pessoas administrativas (235-B).

7.4.1.1. É tema discutido na doutrina e na jurisprudência (236) o da *alienabilidade*, ou não, de bens que integram o patrimônio das fundações civis, sendo certo que nenhum texto de lei determina a *inalienabilidade*.

Tratando o tema, diz GERALDO DE ALMEIDA PINTO (237) que “consiste o problema em saber se, com a integração no patrimônio de uma fundação, os

(233) Cp. arts. 9º e 10 do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG).

(234) Cp. art. 3.º, *c*, da Lei n.º 4.943, de 6-4-66 (Fundação Casa de Rui Barbosa). Cp. art. 26 do Decreto est. N 1.028, de 15-3-68 (FEBEM), sobre verbas orçamentárias consignadas à Fundação, e depósito de créditos no Banco do Estado da Guanabara em conta-suprimento vinculada à disposição do Presidente da Fundação, que os movimentava juntamente com outros Diretores.

(235) V. art. 67 do Código Civil; art. 71, § 4.º, da Const. da Guanabara. Em função deste, em se tratando de bem imóvel, há necessidade de lei especial para cada caso, dispensada qualquer prévia licitação. A Const. Est. de 1961, art. 44, § 5.º, estabelecia a obrigatoriedade de lei especial somente para a *venda*, enquanto a atual o faz com relação a qualquer *alienação*. V. art. 11, V, do Decreto-lei Complementar est. n.º 3, de 24-10-69. No regime de 1961, bastava, para evitar a necessidade de autorização legislativa específica, que a Assembléia Legislativa se valesse das atribuições que lhe conferia o art. 6.º, V, *b*, da Const. Estadual. Cp. trabalhos dos Procuradores do Estado da Guanabara JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, HÉLIO CAMPISTA GOMES e SERGIO FERRAZ, na *Rev. Dir. Proc. Geral Gb.*, respectivamente, n.º 14, págs. 112-3 e 343-5; n.º 17, págs. 87 e segs.

(235-A) V. Decreto-lei est. n.º 309, de 2-3-70, e Decreto est. E 3.743, de 16-3-70, pelos quais foi dotada à Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara, a antiga Praça Castelo, previamente “desafetada de bem público de uso comum”.

(235-B) V. art. 4.º, *h*, da Lei n.º 3.998, de 15-12-61 (Fundação Universidade de Brasília).

(236) V. HAHNEMANN GUIMARÃES, *As pessoas jurídicas como situações patrimoniais*, in *Rev. For.* n.º 91, pág. 299; VICENTE RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 2.º vol., págs. 271 e segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, *Sistema*, 2.º vol., página 163; *Rev. dos Tribs.*, n.º 116, pág. 651.

(237) *Condição Jurídica dos Bens Integrantes do Patrimônio de Fundação*, *Rev. Dir. Proc. Geral GB*, n.º 13, págs. 38 e segs.

bens, até então, *livres* — pois, como cediço, só os livres podem ser objeto de dotação (Código Civil, art. 24) — se tornam, com isso, inalienáveis. Em outras palavras, cuida-se de indagar se os bens de fundação — por afetados a uma finalidade — se devem ter, ou não, como inalienáveis, *por natureza*, e, conseqüentemente, se sujeitos, ou não, à disciplina legal específica dos bens inalienáveis”.

Conclui o citado autor (238), após levantar o direito civil brasileiro anterior e posterior à sua codificação (239), que, no patrimônio da fundação, são *inalienáveis por destinação* “os bens que, por seu caráter infungível, por sua substância, ou por suas específicas qualidades individuais, sejam estrita e indissolúvelmente vinculados à própria finalidade da fundação, ou que com ela se relacionem imediata e diretamente”; são, também, inalienáveis os bens aos quais tenha o instituidor imposto a cláusula de inalienabilidade (240). “Os demais bens”, continua, “que, no patrimônio da fundação, representam, apenas, valôres destinados a propiciar meios para a realização das finalidades da instituição não sofrem limitações quanto à comercialidade, sendo, portanto, livremente alienáveis”.

Os princípios enunciados são, em tese, aplicáveis às fundações privadas instituídas pelo Poder Público.

Ocorre que as leis autorizadoras de sua instituição e seus estatutos dispõem, em geral, expressamente sobre a matéria.

Assim, o princípio da *indesviabilidade* (241) dos bens e direitos integrantes do patrimônio fundacional é geralmente expresso pela fórmula segundo a qual terão de ser utilizados, exclusivamente, na consecução dos objetivos da entidade (242).

Há hipóteses de vedação absoluta de *alienação* (243). Em outros casos, admite-se a *subrogação* (244) e a venda de bens móveis inservíveis ou em desuso (245).

(238) Trab. cit., pág. 49.

(239) Acentua, às fls. 48, que “o Código Civil não tolera a clausulação perpétua de bens. Admite, apenas, que os doadores imponham aos bens doados o gravame de *inalienabilidade*, mas com prazo de vigência que não ultrapasse a duração de uma vida humana”.

(240) Os primeiros são insusceptíveis de subrogação, ao contrário dos últimos. Todos os bens inalienáveis são impenhoráveis, e não passíveis de oneração e de aquisição por usucapião.

(241) V. GERALDO DE ALMEIDA PINTO, trab. cit., pág. 49.

(242) Cf. art. 9.º, parágrafo único, do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG); art. 6.º, do Decreto-lei est. n.º 109, de 11-8-69 (FTREG). O art. 6.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.881, de 16-12-69 (UFPEL) estabelece que, exatamente, por este motivo, é que seus bens podem ser alienados.

(243) Cp. art. 18, § 2.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 53.699, de 13-3-64 (Fundação Universidade do Amazonas).

(244) Cf. art. 6.º, § 1.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA); art. 6.º, parágrafo único, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.455, de 22-3-68 (MOBRAL).

(245) Cf. art. 6.º, § 2.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA).

Há exemplos, porém, de permissão de alienação, ouvidos determinados órgãos ou os instituidores (246).

Os bens pertencentes às fundações de direito privado não são *bens públicos*, no sentido próprio da expressão (246-A).

Há, porém, como vimos, a possibilidade de se imporem restrições à alienação de tais bens, como bens de órgão da Administração Indireta. O art. 71, § 5.º, da Const. da Guanabara estatui que “a lei poderá estabelecer requisitos especiais para a alienação ou cessão de bens dos órgãos da administração indireta” (246-B e C).

7.4.1.2. Os bens alienáveis das fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público são, em princípio, *penhoráveis*, *usucapíveis* e *oneráveis*.

Somente lei federal poderia estabelecer a *impenhorabilidade*, a *imprescritibilidade* e a não-onerabilidade geral dos bens das fundações, porquanto se trata de matéria da competência federal (246-D).

Há, porém, no que tange às hipóteses concretas, inclusive no concernente aos governos locais, possibilidade de se chegar à *imprescritibilidade*, à não-onerabilidade e à *impenhorabilidade de bens de fundações*, através do estabelecimento da *inalienabilidade* (art. 942, I, do Código de Processo Civil) (246-E) e da última das citadas cláusulas.

(246) Cp. art. 17, *d*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG); arts. 19, § 4.º, e 6.º, § 1.º, *c*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto E n.º 3.527, de 9-12-69 (UEG); art. 15, *l*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68 (FENAME); art. 6.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 64.969, de 11-8-69 (Fundação Universidade Federal do Piauí).

(246-A) Cp. art. 65 do Código Civil.

(246-B) Cf. arts. 4.º, § 1.º, e 6.º, § 1.º, *c*, do Decreto est. E n.º 3.527, de 9-12-65 (Universidade do Estado da Guanabara). O art. 72 e seus §§, do Decreto-lei est. Complementar n.º 3, de 24-10-69, assim dispõem: “As sociedades de economia mista, na primeira assembléia geral ordinária subsequente à publicação deste Decreto-lei, providenciarão a inclusão, nos respectivos estatutos sociais, de norma que só admita a prática de atos de alienação do patrimônio imobiliário da sociedade mediante licitação”; “na criação de qualquer sociedade de economia mista ou empresa pública incluir-se-á dispositivo que obrigue a licitação, na alienação de seus bens imóveis, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte”; “excluem-se do disposto neste artigo e no parágrafo anterior os atos especificamente ligados à execução das finalidades da sociedade de economia mista ou empresa pública” (Nota: V. D.-lei est. 434-70).

(246-C) Quanto ao destino dos bens, na hipótese de *extinção da fundação*, v. capítulo referente àquela.

(246-D) Art. 8.º, XVIII, letras *b* e *c*, da Const. Federal. Cp. art. 8.º, *in fine*, do Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69 (LBA); art. 11 do Decreto-lei n.º 179, de 16-2-67 (FIRTOP).

(246-E) Ensina PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XIII, pág. 284): “Por força de lei, isto é, nos casos em que é admitida a inalienabilidade, uma vez que a inalienabilidade ou é *ex lege*, ou quando

7.4.1.3. O patrimônio das fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público está sob a proteção da *ação popular*, contemplada no art. 153, § 31, da Const. Federal, e disciplinada pela Lei n.º 4.717, de 29-6-65, cujo art. 1.º se refere a “fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”. É certo, porém, que, nesta hipótese, “as conseqüências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1.º, § 2.º).

7.4.2. Outro elemento básico do próprio conceito da *fundação* é o *fim*. Em se tratando de fundação instituída pelo Poder Público, reveste-se êle de importância também pela existência do princípio da *especialização*, que domina, como sabemos, o da descentralização administrativa institucional.

As leis autorizativas estabelecem, obrigatoriamente, os objetivos da fundação a ser instituída (247).

As fundações criadas pelo Poder Público têm guardado, no particular, semelhança com as instituídas pelos particulares, pois, em geral, visam a fins culturais, de saúde pública, de assistência social (248).

Tais escopos tornam-se cada vez mais relevantes, já que se vive a era do *Estado Bem-Estar*, do Estado que busca, no exercício de sua atividade social, através de prestações administrativas, a realização do progresso comunitário, atendendo, principalmente, às necessidades das camadas menos favorecidas da sociedade, no afã de compensar as desigualdades sociais.

Mais recentemente, porém, têm as fundações privadas sido utilizadas, também, como forma de descentralização de serviços administrativos (249), podendo ser citado o exemplo da *Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara* — FTREG, que “tem por objetivo o planejamento, a construção, manutenção e administração dos terminais rodoviários e dos estacionamentos de veículos do Estado da Guanabara” (250).

a lei confere êsse efeito de imunização centrípeta (contra o dono) e centrífuga (a despeito do dono) a declarações de vontade, nos negócios jurídicos. As cláusulas de inalienabilidade somente valem quando a lei excepcionalmente as permite. Tanto a inalienabilidade *ope legis* quanto a inalienabilidade oriunda de declaração unilateral ou plurilateral de vontade são *limites* ou *restrições do poder de dispor*. Incidem nos bens e objetivamente os atingem. Os bens inalienáveis são impenhoráveis porque a penhora seria *início* de alienação.” V. art. 756 do C. Civil.

(247) Cf. art. 2.º da Lei est. n.º 1.534, de 27-11-67 (FEBEM).

(248) Cf. Universidade do Estado da Guanabara, Fundação Casa de Rui Barbosa, Fundação Hospitalar do Distrito Federal, Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor e Fundação de Assistência aos Garimpeiros.

(249) Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, págs. 385-6 e 544-7.

(250) Art. 2.º do Decreto-lei n.º 109, de 11-8-69. O mesmo acontecia com as Fundações Parque do Flamengo e Parque do Povo, também da Guanabara.

Deve relembrar-se que, pelo § 1.º do art. 73 da Const. da Guanabara, as fundações instituídas pelo Estado podem prestar quaisquer serviços públicos essenciais, assim definidos em lei (§ 2.º) (251).

É de se acentuar, finalmente, que o Decreto-lei n.º 900, de 1969, estabelece, em seu art. 2.º, letra c, que só serão instituídas pelo Poder Público novas fundações com “objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta”.

7.4.3. As leis que autorizam a instituição de fundações pelo Poder Público, debuxam sua estrutura administrativa, fixando seus aspectos mais importantes, intitulado seus órgãos diretivos e determinando sua competência básica. Os estatutos e o regimento interno complementarão estes dispositivos. É certo, outrossim, que tal organização administrativa pode ser sempre modificada, por novos dispositivos que substituam os anteriores.

A estrutura das fundações privadas de criação estatal e a própria denominação de seus órgãos, variam em função, principalmente, de seus objetivos.

É interessante observar que, quando se tratar de instituição de fins educacionais, ora o estabelecimento escolar faz parte da própria estrutura fundacional, como é o caso da Universidade do Estado da Guanabara, ora a fundação atua como entidade mantenedora daquele estabelecimento, do que são exemplos a Fundação Universidade do Amazonas (252), a Fundação Universidade de Brasília (253) e a Fundação Universidade do Maranhão (253-A). Nesta última hipótese o objetivo da fundação será criar e manter o estabelecimento escolar, enquanto, no primeiro, o fim será o da própria prestação do ensino.

A designação de dirigentes das fundações e de membros de órgãos administrativos e de controle, é, outrossim, uma das manifestações fundamentais da *tutela administrativa* exercida pela Administração Direta sobre a Indireta e mesmo sobre fundações sob o regime do Decreto-lei n.º 900, de 1969 (art. 3.º) (254).

MARCELLO CAETANO (254-A) define órgão da pessoa moral como sendo “um centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer por um indivíduo ou por um colégio de indivíduos que nêles sejam providos, com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável à pessoa coletiva de que faz parte”.

(251) Cf. *Os Serviços Públicos na Constituição Estadual*, por THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Rev. Dir. Procd. Geral Gb.*, n.º 12, págs. 1 e segs.

(252) Cf. arts. 3.º, e 8.º, § 5.º, da Lei n.º 4.069-A, de 12-6-62; Decreto n.º 53.699, de 13-3-64.

(253) Cf. Lei n.º 3.998, de 15-12-61, art. 3.º.

(253-A) Cf. art. 3.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 59.941, de 6-1-67.

(254) V. art. 26, parágrafo único, letras a e b, do Decreto-lei n.º 200, de 1967; cf. art. 1.º, I e II, do Decreto est. N n.º 93, de 1-11-63; cf. art. 8.º, § 1.º, da Lei n.º 3.998, de 15-12-61 (Fundação Universidade de Brasília). Cf. recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, art. 1.º, § 3.º, letras a e b, e art. 2.º.

(254-A) *Das Fundações*, pág. 80.

Na *corporação*, os sócios, reunidos em assembléia, elaboram os respectivos estatutos e os alteram, de sorte que existe uma vontade viva e atual, uma *vontade imanente*. Nas fundações, ao contrário, há uma *vontade transcendente*, a do *instituidor*, manifestada no *ato de instituição*, que, com os estatutos, condiciona a vida da fundação.

Diz MARCELO CAETANO que, no tocante à *gestão*, a ser exercida pelos órgãos da fundação, o que cumpre a estes é a consecução do fim institucional. Manifestam, pois, uma *vontade funcional*, "exprimindo aquilo que deve ser querido para que se cumpram as suas atribuições", devendo nortear-se, na sua faixa de discricão, pelo fim visado pelo instituidor, mais do que pela vontade, expressa ou presumida do mesmo.

ANDRÉ BUTTGENBACH (254-B) assinala que as *corporações* têm *membros e órgãos*; as *fundações* só têm *órgãos* (os *administradores*).

Em se tratando de fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, cumpre realçar a existência de um órgão colegiado, normativo e deliberativo, denominado, em geral, *Conselho Deliberativo* (Conselho Diretor, de Administração) (254-C) cujos membros são indicados pelo Chefe do Poder Executivo, livremente, ou mediante indicação de Ministros ou Secretários, ou, até mesmo, de certas entidades (255). Por vêzes, são eles designados pelos Ministros e Secretários (256).

Como órgão de direção e administração superior, encontramos o *Presidente* (Superintendente, Diretor-Geral, Diretor Executivo etc.), escolhido, em geral, pelo Conselho, dentre seus membros, ou pelo Chefe do Executivo (257). Representa êle a fundação, preside, em geral, o Conselho e é o órgão executivo da entidade (258).

Hipótese interessante, que tem ocorrido no Estado da Guanabara, é a de ser Presidente da fundação o titular da Pasta a que se vincula a entidade para efeitos de tutela administrativa (259). Quando se trata de universidade,

(254-B) *Droit Administratif*, pág. 36.

(254-C) Na UEG há o Conselho Universitário e o Conselho Superior de Ensino e Pesquisa (arts. 13 a 18 do Estatuto aprovado pelo Decreto E n.º 3.527, de 9-12-69).

(255) Cf. art. 14 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.198, de 19-9-69 (Fundação Museu do Café); art. 13 dos Estatutos aprovados pelo Decreto E n.º 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG); art. 8.º, § 3.º, da Lei n.º 4.069-A, de 12-6-62 (Fundação Universidade do Amazonas); art. 9.º, da Lei n.º 4.513, de 1-12-64 (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor).

(256) Cf. art. 9.º, § 2.º, dos Estatutos da Fundação Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada (IPEA) (v. Decreto n.º 61.054, de 24-7-67).

(257) Cf. art. 10 dos Estatutos da Fundação Museu do Café (Decreto n.º 65.198, de 19-9-69); arts. 7.º, 8.º e 9.º do Decreto est. E n.º 3.722, de 19-2-70 (Fundação dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara); arts. 8.º e 24 e segs. dos Estatutos da Fundação Nacional de Material Escolar (v. Decreto n.º 62.411, de 15-3-68).

(258) Cf. art. 7.º e parágrafo único do Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG); arts. 15 e 16 dos Estatutos da Fundação Universidade do Amazonas, aprovados pelo Decreto n.º 53.699, de 13-3-64).

(259) Cf. art. 20, § 2.º, dos Estatutos da FUNDEPEG (Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70); art. 9.º, § 1.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA) (Nota: V. art. 4.º do Dec.-lei n.º 434/70).

do tipo Universidade do Estado da Guanabara, a figura do Presidente é substituída pela do Reitor (260).

O Presidente é auxiliado em certos casos, por um *Diretor-Executivo* (quando há diferença de funções), ou por um *Secretário-Executivo*, também escolhido pelo Conselho (261).

A estrutura fundacional comporta, ainda, outro órgão colegiado, o *Conselho Fiscal* (ou de Curadores), com funções de auditoria e controle, principalmente financeiro, sendo seus membros escolhidos de forma análoga àquela pela qual o são os do Conselho Administrativo (262). As funções do Conselho Fiscal são, por vezes, exercidas por este último (263).

Pode existir, por outro lado, um *Conselho Consultivo* (Técnico, Técnico-Consultivo), se bem que as respectivas funções estejam afetas, em geral, ao Conselho Fiscal, mormente na parte econômico-financeira (264). O nome é, por vezes, empregado na designação do próprio Conselho Deliberativo (265).

Os ocupantes dos órgãos acima referidos são, em geral, designados com mandato a prazo certo (266).

A organização administrativa das fundações é completada pela estruturação de seus departamentos, divisões, setores etc., isto é, órgãos de administração intermédia e inferior e de execução burocrática (267).

(260) Cf. arts. 8.º e segs. dos Estatutos da UEG (v. Decreto est. E n.º 3.527, de 9-12-69).

(261) Cf. art. 12 dos Estatutos da Fundação Museu do Café (v. Decreto n.º 65.198, de 19-9-69); arts. 3.º e 13 e segs. do Regimento da Fundação Cultural do Distrito Federal (aprovado pelo Decreto N n.º 525, de 9-9-66, do Prefeito do Distrito Federal); art. 23 dos Estatutos da FUNDEPEG (Decreto E n.º 3.716, de 11-2-70), sendo sua Diretoria Executiva de natureza colegiada; art. 10 do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 334, de 1-11-68, do Ministro do Interior, *D. Of. União*, de 14-11-68, fls. 9.970 e segs. — Fundação Nacional do Índio.

(262) Cf. art. 19 e §§, do Estatuto da UEG (v. Decreto est. n.º 3.527, de 9-12-69); arts. 16 e segs. dos Estatutos da FUNDEPEG (v. Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70).

(263) Cf. art. 7.º, X a XII, dos Estatutos da Fundação Universidade do Amazonas, aprovados pelo Decreto n.º 53.699, de 13-3-64. Na Fundação Católica de Medicina de Pôrto Alegre (v. Decreto n.º 66.338, de 18-3-70), o Conselho de Curadores é órgão deliberativo (arts. 8.º e segs. dos Estatutos).

(264) Cf. art. 11 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA); cf. art. 12, b, do Regimento da Fundação Cultural do Distrito Federal, aprovado pelo Decreto municipal n.º 525, de 9-9-66; art. 17 dos Estatutos da FUNDEPEG (v. Decreto E n.º 3.716, de 11-2-70).

(265) Cf. art. 9.º, dos Estatutos da Fundação Nacional do Material Escolar, aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68.

(266) Cf. parágrafo único do art. 8.º, do Decreto-lei est. n.º 109, de 11-8-69 (FTREG); art. 8.º, § 2.º, da Lei n.º 4.069-A, de 12-6-62 (Fundação Universidade do Amazonas); cf. Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68; cp. Súmula n.º 25, do S.T.F.

(267) Cf. art. 4.º do Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio, de 1.º-11-68 (Portaria n.º 334, do Ministro do Interior, *D. Of. União*, de 14-11-68, fls. 9.971); art. 6.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto mun. N n.º 514, de 1-7-66 (Fundação Zoológica do Distrito Federal).

7.5. O ato de instituição da fundação completa-se com a elaboração e a aprovação de seus estatutos (268).

Em se tratando de fundação particular, os estatutos são elaborados pelo próprio instituidor ou por aqueles a quem êle confiar tal encargo, e que o farão, respeitados os limites do ato constitutivo (Código Civil, arts. 24 e 27) (268-A).

Quando a hipótese diz respeito a fundações privadas instituídas pelo Poder Público, a elaboração dos estatutos é entregue, em geral, ao titular da Pasta a que se vinculará a entidade, que é, normalmente, também, como já foi focalizado, o representante do Executivo na instituição da fundação (269). Por vêzes, tal elaboração é entregue a outros órgãos administrativos (270), a órgão da própria fundação (271), ou, oficialmente, são de autoria da própria Chefia do Executivo (272). Em geral, há prazo para a elaboração, ou mesmo para a aprovação (273). Quando há co-instituidores, êstes são ouvidos (274).

7.5.1. Os estatutos das fundações são submetidos à aprovação da autoridade pública, para que se verifique se estão em consonância com os fins da instituição e conformes ao direito (275).

No caso das fundações privadas instituídas pelo Poder Público, os estatutos são, na quase totalidade das vêzes, aprovados pelo Chefe do Poder Executivo, através de decreto (276). Excepcionalmente, por despacho (277).

(268) O Código Civil (arts. 27, 28 e 29) alude a estatutos. Os dicionários registram a forma singular: cf. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 11.^a ed., de Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira; *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, de Antenor Nascentes; *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, 1956, de Caldas Aulete, atualizado por Hamílcar de Garcia. Este último e o *Lello Universal*, 2.^o vol., Pôrto, esclarecem, todavia, que, no sentido do texto, é mais usado no plural, forma que preferimos. Os diplomas sôbre fundações privadas instituídas pelo Poder Público adotam ora o singular (cf. Decreto est. E n.^o 3.527, de 9-12-69 — UEG); ora o plural (cf. Decreto est. E n.^o 3.716, de 11-2-70 — FUNDEPEG).

(268-A) Cf. CLÓVIS, *Código Civil*, vol. I, pág. 196.

(269) Cf. art. 14 do Decreto-lei n.^o 179, de 16-2-67 (FIRTOP); Decreto n.^o 66.338, de 18-3-70 (Faculdade Católica de Medicina de Pôrto Alegre); Decreto n.^o 61.054, de 24-7-67 (IPEA).

(270) Cf. art. 17 do Decreto-lei est. n.^o 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG).

(271) Cp. art. 10 da Lei est. n.^o 93, de 15-12-61 (UEG); art. 4.^o do Decreto-lei n.^o 5.878, de 4-10-43 (Fundação Brasil Central).

(272) Cp. art. 12 da Lei est. n.^o 1.534, de 27-11-67 (FEBEM).

(273) Cp. art. 17 do Decreto-lei est. 193, de 17-10-69 (FUNDEPEG); art. 12 da Lei est. n.^o 1.534, de 27-11-67 (FEBEM).

(274) Cp. art. 14 do Decreto-lei n.^o 179, de 16-2-67 (FIRTOP).

(275) Cf. CLÓVIS, *Código Civil*, vol. I, pág. 196.

(276) Cp. Decreto est. E n.^o 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG); Decreto est. E 3.527, de 9-12-69 (UEG).

(277) Cp. Estatutos da Fundação Parque do Flamengo (D. Of. GB, de 11-11-65, fls. 21.599). Aliás, como já vimos, a instituição desta Fundação, por decreto, foi irregular.

Outrossim, a Fundação Rádio Mauá teve seus Estatutos aprovados por Portaria Ministerial (278).

Na hipótese de instituição da fundação, por decreto, este já aprova os estatutos (279). Quando a instituição se dá por escritura pública, o decreto é específico para a aprovação dos estatutos (280).

A passagem das fundações instituídas pelo Estado, da Administração Indireta para a categoria dos entes de cooperação, não alterou a situação. Os Estatutos da Fundação Católica de Medicina de Pôrto Alegre são posteriores ao Decreto-lei n.º 900, de 1969 (281). Por outro lado, os demais entes de cooperação, como vimos anteriormente, têm seus regulamentos aprovados por decreto executivo (282).

7.5.1.1. Vê-se que, dado o regime misto a que se submetem as entidades paraestatais que participam da descentralização administrativa, o sistema de aprovação dos estatutos das fundações instituídas pelo Poder Público difere, substancialmente, do que vigora para as fundações particulares.

A autoridade competente para a aprovação dos estatutos é o Ministério Público do Estado onde se vai situar a fundação (art. 652, § 1.º, do Código de Processo Civil e art. 27 do Código Civil) (283), o qual "verificará se foram observadas as bases da fundação e se bastam os bens aos fins a que ela se destina". Se a aprovação fôr denegada, qualquer interessado poderá pedir que a supra o juiz competente (284), que, ouvidos o Ministério Público e a parte reclamante, decidirá, "podendo mandar fazer nos estatutos as modificações necessárias à sua perfeita adaptação ao objetivo do instituidor" (artigo 652, §§ 2.º e 3.º, do Código de Processo Civil; art. 27, parágrafo único do Código Civil) (285).

Se os estatutos não tiverem sido elaborados nem pelo instituidor, nem pela pessoa incumbida da aplicação do patrimônio, o Ministério Público o fará, judicial ou extrajudicialmente (art. 652 do Código de Processo Civil).

7.5.1.2. Excepcionalmente, e com referência, notadamente, às primeiras fundações paraestatais, quando a matéria ainda não tinha sido suficiente-

(278) V. Portaria n.º 152, de 10-8-67, do Ministro do Trabalho (*D. Of. União*, de 10-4-67, fls. 4.157). Assim o determinou o art. 2.º do Decreto-lei n.º 7.381, de 13-3-45.

(279) Cp. Decreto est. N n.º 1.028, de 15-3-68 (FEBEM).

(280) Cp. Decreto n.º 48.543, de 19-7-60 (Fundação das Pioneiras Sociais).

(281) V. Decreto n.º 66.338, de 18-3-70.

(282) Cp. Decreto n.º 61.843, de 5-12-67 (SENAC).

(283) No Estado da Guanabara, o órgão competente do *Parquet* é o Curador de Resíduos (art. 28, inciso X, da Lei n.º 3.434, de 20-7-58).

(284) Na Guanabara, são competentes para processar e julgar as ações ou medidas promovidas pela parte ou pelo Ministério Público, concernentes às fundações, os Juizes das Varas de Órfãos e Sucessões (art. 52, VII, do Decreto-lei n.º 8.527, de 31-12-45 — Código de Organização Judiciária).

(285) Da decisão cabe apelação com duplo efeito (arts. 820 e 830, § 2.º, do Código de Processo Civil).

mente trabalhada, leis autorizativas exigiram, para a aprovação dos estatutos, a audiência do Ministério Público, aliás, local, de acordo com a orientação dos §§ do art. 26 do Código Civil, embora se tratasse de entidades criadas pelo Governo Federal (286).

O próprio fato de imporem, expressamente, tal audiência, sem dispensarem a aprovação pelos órgãos administrativos superiores, mostra que a participação do Ministério Público no procedimento aprobatório de estatutos de fundações instituídas pelo Estado, não se contém dentro de suas atribuições normais, entre as quais não se encontra, realmente, a competência para atuar no campo das relações entre o Poder Público e as entidades participantes da descentralização administrativa (287).

7.5.2. Os estatutos, mesmo depois de criada a fundação, podem ser modificados ou, inclusive, substituídos. As alterações ou os novos estatutos têm de ser aprovados pelas autoridades que atuaram na aprovação dos estatutos originais (288). Muitas vezes, prevê-se ou mesmo exige-se a iniciativa de órgão interno da fundação ou da Pasta a que se vincula, ou sua audiência (289).

(286) V. Decreto-lei n.º 5.760, de 19-8-43 (art. 2.º, § 1.º) e Decreto n.º 15.801, de 8-6-44 (arts. 30, *a e c*, e 36, parágrafo único).

(287) Cp. Fundação Abrigo do Cristo Redentor: Decreto-lei n.º 5.760, de 19-8-43 e Decreto n.º 15.801, de 8-6-44, art. 42. Este dispositivo estabeleceu que os estatutos, embora aprovados por decreto do Presidente da República, fôssem registrados no livro próprio da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e no Registro de Títulos e Documentos. Com relação à *Fundação Brasil Central*, o art. 4.º estatuiu: "O projeto de estatutos, elaborado pelo Presidente, com a assistência do Conselho Diretor, será submetido, dentro de sessenta dias da publicação desta Lei, à aprovação do Presidente da República, ouvido o Procurador-Geral do Distrito Federal, a quem cabem as atribuições fiscalizadoras previstas em lei". Sobre a *Fundação Rádio Mauá*, o Decreto-lei n.º 7.381, de 13-3-45, dispôs, em seu art. 2.º: "A Fundação será administrada na forma dos estatutos, que serão aprovados, por portaria, do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, ouvido o Procurador-Geral do Distrito Federal". Mais recentemente, vemos os Estatutos da *Fundação Zoobotânica do Distrito Federal* (v. Decreto mun. N n.º 514, de 1-7-66) aprovados pelo Prefeito do Distrito Federal, pelo Ministro da Agricultura e pelo Curador de Resíduos do Ministério Público do Distrito Federal (art. 32).

(288) Cp. Decreto n.º 65.474, de 21-10-69 (Fundação Nacional do Índio); Portaria n.º 152, de 10-3-67, do Ministro do Trabalho, *D. Of. União*, de 10-4-67, fls. 4.157-8 (Fundação Rádio Mauá), inclusive art. 17, parágrafo único, que alude à participação do Ministério Público, no procedimento de alteração estatutária; art. 32 dos Estatutos aprovados pelo Decreto mun. N n.º 514, de 1-7-66 (Fundação Zoobotânica do Distrito Federal). Cp. parecer do Curador de Resíduos do Ministério Público do Distrito Federal, FRANCISCO DE ASSIS ANDRADE, aprovado pelo Procurador-Geral, em exercício, GILVAN DE QUEIROZ, no processo n.º 34.555-68, sobre novos Estatutos da Fundação Abrigo do Cristo Redentor, publ. no *D. Just. União*, de 14-10-68, fls. 4.156 e segs. Sobre competência do Ministério Público Federal, no particular, v. tópico abaixo sobre controle do Ministério Público.

(289) Cp. art. 38 dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. *E* n.º 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG); art. 35 dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. *N* n.º 1.028, de 15-3-68 (FEBEM). Cf. competência do Conselho Estadual de Educação sobre aprovação de alteração dos Estatutos da UEG (art. 83, § 2.º, *a*, da

Interessante é a hipótese, que tem ocorrido, de alteração da própria lei autorizadora, mesmo após a criação da fundação, inclusive dando-lhe nova estrutura (290). 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.

7.5.2.1. No caso de fundações particulares, o Código Civil prevê a alteração dos estatutos nos arts. 28 e 29.

Estas normas, como não dizem respeito à essência da fundação, não se aplicam àquelas instituídas pelo Poder Público, incidindo, no particular, o direito administrativo.

Assim, como vimos, requisitos e procedimentos das reformas estatutárias são estabelecidos nos diplomas sobre a fundação. Ademais, a consonância com a teleologia da fundação é inerente à própria submissão dos estatutos ao ato constitutivo, que, no caso das fundações instituídas pelo Poder Público, oferece, igualmente, o aspecto da hierarquia jurídica, na relação entre a lei autorizativa e o decreto ou outro ato administrativo que aprove os estatutos.

Outrossim, não há de se cogitar de que “a minoria, vencida na modificação dos estatutos, poderá, dentro de um ano, promover-lhe a nulidade, recorrendo ao juiz competente, salvo o direito de terceiros”.

Com efeito, se há unanimidade em favor da reforma, inexistente qualquer problema. Se há desacôrdo entre os órgãos a que cabe propor a modificação ou substituição e o encarregado da sua aprovação, a reforma não se efetiva. Se o que ocorre é a divergência entre aqueles primeiros, mas a alteração é aprovada, *tollitur questio*, porquanto o Poder Público que chancelou a modificação é o instituidor e o fiscalizador da fundação, com a qual mantém relação de criador-criatura dentro do sistema da descentralização administrativa. Tratando-se de ilegalidade, qualquer interessado que tenha legitimidade, poderá utilizar a via judicial, para a anulação do ato *contra legem*.

Poder-se-ia pensar, à primeira vista, que, tendo a letra *d*, do art. 2.º, do Decreto-lei n.º 900, de 1969, imposto às novas fundações privadas federais a satisfação dos “requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (artigos 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 n.º 900, de 1969, têm disposto de modo diverso do que faz o Código Civil (291).

Lei est. n.º 812, de 22-6-65, e arts. 9.º, alínea *b*, e 15, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; v. Parecer n.º 281, de 21-11-66, *D. Of. Gb.*, de 1.º-12-66, fls. 19.291) e do Regimento Geral (art. 49 dos Estatutos aprovados pelo Decreto *E* n.º 3.527, de 9-12-69).

(290) Cf. Decreto-lei n.º 54, de 18-11-66, que alterou o Decreto-lei n.º 7.381, de 13-3-45 (Fundação Rádio Mauá); Decreto-lei est. n.º 109, de 11-8-69 (FTREG).

(291) Cf. art. 16 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 66.338, de 18-3-70 (Fundação Faculdade Católica de Medicina de Pôrto Alegre).

7.5.2.2. Como ensina SADY CARDOSO DE GUSMÃO (292), a elaboração e aprovação dos estatutos fazem surgir a *fundação organizada* (292-A). Mostra PONTES DE MIRANDA (292-B) que a *aprovação* não é uma *autorização* mas *ato constitutivo integrativo dos estatutos*.

A etapa seguinte, que corresponde ao surgimento da *fundação perfeita*, com a aquisição da personalidade jurídica, pressupõe, aliás, a aprovação dos estatutos (292-C).

7.5.3. A normatividade organizatória das fundações instituídas pelo Poder Público completa-se com a edição de seu *Regimento Interno*, o que ocorre, geralmente, porém, após a ultimação do procedimento criativo da entidade. Dada a sua vinculação com a lei autorizativa e com os estatutos, dêle trataremos agora.

O Regimento Interno, na linha de particularização progressiva das normas disciplinadoras das fundações paraestatais e de cooperação, tem de respeitar as de maior hierarquia. É êle editado pelos próprios órgãos fundacionais (Presidente, Conselho Administrativo) ou pelos mesmos elaborados, com a aprovação do Titular da Pasta a que se vincula o ente, ou mesmo de outro órgão administrativo àquela pertencente, estabelecendo-se, em geral, prazo para a sua feitura (293).

Os Regimentos Internos pormenorizam a organização administrativa da fundação, a competência dos vários órgãos, estabelecendo os ritos de procedimentos administrativos internos.

7.5.3.1. Os órgãos das fundações vão, através de ordens de serviço, de resoluções, enriquecendo o quadro normativo que as rege, consoante as respectivas competências (294).

C. Personificação

7.6. Sabemos que o Código Civil, em seu art. 18, estabelece que "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição

(292) *Repertório*, vol. 23, pág. 219, verbete *Fundação*.

(292-A) Por vêzes, há uma organização provisória, enquanto não é implantada a definitiva: cf. art. 36 dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. N.º 1.028, de 15-3-68 (FEBEM).

(292-B) *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 465.

(292-C) Cf. art. 127, parágrafo único, *in fine*, do Decreto n.º 4.857, de 9-11-39 (Lei de Registros Públicos); art. 115, parágrafo único, *in fine*, do Decreto-lei n.º 1.000, de 21-10-69.

(293) Cf. art. 8.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.198, de 19-9-69 (Fundação Museu do Café); art. 15 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 66.338, de 18-3-70 (Fundação Faculdade Católica de Medicina de Pôrto Alegre); Portaria n.º 2-67, de 1-8-67, do Presidente da Fundação Rádio Mauá (D. Of. União, de 30-8-67, fls. 8.998); art. 15, e, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68 (Fundação Nacional de Material Escolar — FENAME); Portaria n.º 334, de 1.º-11-68, do Ministro do Interior, D. Of. União, de 14-11-68, fls. 9.970 (Fundação Nacional do Índio). Cf. art. 4.º, parágrafo único do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 61.843, de 5-12-67 (SENAC).

(294) Cp. art. 21, g, dos Estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (FUNDEPEG).

dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos, no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa". Acrescenta o parágrafo único que "serão averbadas no registro as alterações que êsses atos sofrerem".

Em se tratando de fundação privada instituída pelo Poder Público, cuja constituição se fez por escritura pública, esta é inscrita, juntamente com os estatutos aprovados por decreto, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (295): desta inscrição, de acordo com a norma acima transcrita, começa a existência da pessoa jurídica.

Quando a instituição se dá por decreto, não há necessidade de tal inscrição, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito público criadas pelo Estado. Nestes casos, o momento da *instituição* e *aprovação dos estatutos* confunde-se com o da *personificação*. Corresponde ao reconhecimento congênito à própria constituição do substrato (296).

Ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (297) que, "efetivamente, a forma mais rigorosa, ampla e eficaz de publicidade dos atos jurídicos é aquela que decorre da publicação no "Diário Oficial". Mormente no caso das pessoas jurídicas cuja existência é precedida de lei, a qual, em sua elaboração, passa por uma série de fases (desde o projeto até o autógrafo, o que a torna a mais pública de tôdas as formas de constituição), os requisitos de certeza, segurança e publicidade ficam amplamente satisfeitos".

Os argumentos são inteiramente válidos para as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, por decreto, mercê de prévia autorização legal. Os dados que ficam consignados no registro (art. 19 do Código Civil; artigo 128 do Decreto n.º 4.857, de 9-11-39; e art. 116 do Decreto-lei n.º 1.000, de 21-10-69), serão facilmente encontrados na lei autorizativa e nos estatutos aprovados por decreto.

Pelo que CLÓVIS BEVILÁQUA diz em abono da tese de que o registro das pessoas jurídicas é de indiscutível conveniência, vê-se, facilmente, que, se instituídas na forma acima, as pessoas morais de direito privado não precisam ir a registro. Assinala CLÓVIS (298): "A pessoa jurídica é distinta dos indivíduos que a formam, ou que, simplesmente, a dirigem. Para segurança dos interesses dos que com ela tratam, o registro declara, de modo público e autêntico, a sua constituição, a sua capacidade aquisitiva e obrigacional, quem a representa. Também é de interesse da pessoa jurídica que seja organizado o registro. Conferindo-lhe personalidade, defende-a de abusos de terceiros, como dos seus próprios órgãos e representantes".

(295) Ver, no Título I, a parte referente à personificação do substrato.

(296) Cp. FERRARA, *Teoria*, pág. 812. Referindo-se às pessoas jurídicas públicas, diz: "le istituzioni pubbliche traggono la loro origine da un atto d'istituzione dello Stato, il quale contemporaneamente dà il riconoscimento; la fondazione segue per legge" (pág. 790). Cf. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado*, vol. I, pág. 24.

(297) *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, págs. 420-1. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 72, pág. 409.

(298) *Código Civil*, vol. I, págs. 180-1.

Muitas vezes, a lei autorizadora determina, expressamente, que a entidade “adquirirá personalidade jurídica a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, do seu ato constitutivo, com o qual serão apresentados os Estatutos e o decreto que os aprovar” (299), embora, por vezes, apesar disto, a entidade venha a ser instituída por decreto (300).

No caso da Fundação Museu do Café, o Decreto-lei n.º 777, de 20-8-69, em seu art. 2.º, § 1.º, alude, expressamente, à formalização da instituição da entidade, ao estabelecer que “a Fundação adquirirá personalidade jurídica, a partir da inscrição, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da escritura pública de sua constituição, com a qual serão apresentados os Estatutos e o decreto que os aprovar”. O mesmo ocorreu com a Legião Brasileira de Assistência (art. 5.º do Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69).

Os Estatutos da Fundação de Assistência aos Garimpeiros, aprovados pelo Decreto n.º 43.497, de 7-4-58, segundo seu art. 29, deveriam ser registrados no livro próprio da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, e no Registro de Títulos e Documentos (301). O art. 18 dos Estatutos da Fundação Rádio Mauá, aprovados pela Portaria n.º 152, de 10-3-67, do Ministro do Trabalho (302), estabeleceu: “Os presentes Estatutos serão registrados no livro próprio da Procuradoria-Geral e inscrito no Registro das Pessoas Jurídicas, ambos do Estado da Guanabara”.

O Decreto federal n.º 63.572, de 7-11-68, autorizou “a inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Universidade Regional do Nordeste, sob a jurisdição administrativa da Fundação do mesmo nome, instituída pelo Município de Campina Grande, no Estado da Paraíba, por Lei Municipal n.º 23, de 15 de março de 1966, e 201, de 20 de março de 1968”.

Finalmente, é de se assinalar que atos relativos a outros órgãos de cooperação, como o SENAC, são inscritos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 4.º do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 61.843, de 5-12-67).

CAPÍTULO III

Contrôle

A. A tutela administrativa e o contrôle pelo Ministério Público

8. Como é sabido, o art. 26 e respectivos parágrafos — além do art. 30, parágrafo único, de que cuidaremos mais adiante, e dos arts. 27 e 28, que já focalizamos — do Código Civil e os arts. 652 a 654 do Código de Processo

(299) Cf. art. 2.º da Lei n.º 4.069-A, de 12-6-62 (Fundação Universidade do Amazonas).

(300) Cp. Decreto n.º 53.699, de 13-3-64 (Fundação Universidade do Amazonas); cf. art. 6.º da Lei n.º 5.379, de 15-12-67, e art. 17 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.455, de 22-3-68 (Movimento Brasileiro de Alfabetização — MOBRAL); art. 2.º da Lei n.º 3.998, de 15-2-61, e Decreto n.º 500, de 15-1-62 (Fundação Universidade de Brasília).

(301) V. art. 42 do Decreto n.º 15.801, de 8-6-44 (Fundação Abrigo do Cristo Redentor).

(302) *D. Of. União*, de 10-4-67, fls. 4.157.

Civil atribuem ao Ministério Público local papel de relêvo no que concerne à fiscalização das fundações privadas.

Diz o citado art. 26 que “velará (303) pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas”. Os respectivos §§ 1.º e 2.º estabelecem: “Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá, em cada um dêles, ao Ministério Público êsse encargo”; “aplica-se ao Distrito Federal e aos territórios não constituídos em Estados, o aqui disposto quanto a êstes” (304).

Alguns diplomas referentes a fundações privadas instituídas pelo Poder Público têm-se, expressamente, referido à atuação fiscalizadora do Ministério Público com relação às entidades sôbre as quais dispõem (305).

Trata-se, no entanto, de extensão anormal das funções do citado organismo, a qual só cabe diante da disposição expressa. Com efeito, no tocante às fundações paraestatais, o entendimento que sempre nos pareceu correto, foi o de não caber ao Ministério Público, local ou federal, fiscalizá-las.

Fazem parte tais entidades da Administração Indireta e, como pessoas administrativas, estão em situação completamente diversa das fundações instituídas por particulares.

O contrôle exercido pelo Poder Público sôbre as entidades paraestatais não se calca na relação Estado — administrado, mas na de Administração Direta — Administração Indireta, do criador — criatura, na base da *tutela administrativa*, nos termos já fixados acima.

Há, é claro, opiniões divergentes, como a de HELY LOPES MEIRELLES (306), mas já CLÓVIS BEVILÁQUA, ao comentar o Código Civil (307), dou-

(303) O emprêgo do termo *velar* deveu-se a RUI BARBOSA, pois que, desde o projeto CLÓVIS, até a subida da matéria ao Senado Federal, fôra utilizado *inspeccionar* (cf. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, pág. 309).

(304) Já vimos que, no *Parquet* do Estado da Guanabara, os Curadores de Resíduos são os órgãos competentes para a fiscalização das fundações privadas (art. 28, incisos X e XIII, da Lei n.º 3.434, de 20-7-58, Código do Ministério Público local).

(305) Cp. art. 5.º, § 1.º, da Lei n.º 3.295, de 30-10-57 (Fundação de Assistência aos Garimpeiros); art. 4.º, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 5.878, de 4-10-43 (Fundação Brasil Central); art. 2.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 5.760, de 19-8-43; arts. 19, 30, *a* e *c*, e 36, parágrafo único, do Decreto n.º 15.801, de 8-6-44 (Fundação Abrigo do Cristo Redentor). Na Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, de seu órgão de fiscalização, a Junta de Contrôle, participava um representante do Ministério Público Federal (nos demais casos indicados, trata-se de *Parquet* local), indicado pelo Procurador-Geral da República, e que a presidia (art. 21 e parágrafo único dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 49.464, de 7-12-60). Cp. parecer, já citado, do Curador de Resíduos do Ministério Público do Distrito Federal, publ. no *D. Just. União*, de 14-10-68, fls. 4.156 e segs., e aprovado pelo Procurador-Geral da Justiça.

(306) *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 314; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, págs. 46-7: “Assim sendo, tais fundações, a nosso ver, não dispensam a fiscalização institucional do Ministério Público, que apenas velará pela observância de seus Estatutos e denunciará as irregularidades ao poder competente, no caso, o ente estatal que as instituiu e, por outro lado, recebendo contribuições públicas para sua manutenção, deverão prestar contas de toda a gestão financeira ao órgão estatal incumbido dessa fiscalização. Não se pode confundir a fiscalização institucional do Ministério Público, com o contrôle financeiro dos dinheiros públicos. Aquêlle visa assegurar, nas fundações, a fidelidade aos fins estatu-

trinava: "Se, porém, a fundação fôr instituída pelo Governo Federal, é bem de ver que não pode a sua inspeção ser entregue às autoridades estaduais. O mesmo se deve dizer dos institutos, que, pela natureza dos seus fins, se mantêm na esfera dos interesses federais".

CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR (308) escreveu: "Vê-se, assim, que, desde a primitiva distinção que se fêz e ainda se faz dentro do Direito Privado havia de par com as fundações privadas, as fundações oficiais, ou seja, o reconhecimento do caráter público de certos patrimônios, sob esta categoria jurídica instituídos. E a primeira consequência dêsse entendimento foi a isenção dessas entidades, notadamente institutos federais de ensino, ao regime de fiscalização próprio das fundações, de competência do Ministério Público, para submetê-las, nos têrmos de seus regulamentos, à fiscalização de órgãos centrais da administração" (309).

A fiscalização, pelo Ministério Público, das fundações paraestatais, é desnecessária e inconveniente, uma vez que a *tutela administrativa* dá ao Ministério ou à Secretaria poderes ainda mais amplos do que aquêles que o *Parquet* possui, quando vela pelas fundações (310).

tários (contrôle finalístico); êste visa garantir a correta aplicação das verbas públicas, segundo a sua destinação orçamentária (contrôle financeiro). Um é estabelecido em defesa da instituição; o outro o é em defesa do erário. O primeiro é um controle específico das fundações (Código Civil, art. 26); o último um controle genérico dos dinheiros públicos". V. *Rev. For.*, n.º 220, pág. 142; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil*, vol. I, pág. 410; *Rev. For.*, n.º 192, págs. 57, 73 e 90.

(307) *Código Civil*, pág. 195.

(308) *Compêndio*, vol. II, pág. 116.

(309) SADY CARDOSO DE GUSMÃO (*Repertório*, vol. 23, pág. 224) sustenta, porém, que "as fundações da União também escapam à fiscalização do Ministério Público estadual", mas isto "não exclui a incidência da fiscalização do Ministério Público Federal". Já FERREIRA COELHO (*Código Civil*, vol. V, pág. 309) dizia: "A Comissão de Jurisconsultos, porém, pela proposta de um dos mais acatados membros, o Dr. Amphiphóbio B. Freire de Carvalho, entregou êste encargo ao Ministério Público de cada um dos Estados, de maneira que, mesmo as fundações instituídas pelo Governo Federal e aquelas, cujos fins forem de serviços federais, estarão sob a inspeção do Ministério Público estadual. É a balbúrdia causada pela qualidade de magistratura. Para respeitar a autonomia dos Estados, prejudica-se a uniformidade do serviço".

(310) V. arts. 19 e 26, e parágrafo único, e 28 do Decreto-lei n.º 200, de 1967; Decreto est. N n.º 93, de 1963, dizendo o seu art. 4.º que suas normas são extensivas às fundações instituídas pelo Estado, salvo no que fôr incompatível com expressos preceitos legais ou estatutários que lhes sejam aplicáveis; v. Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70. As medidas incluem a própria *intervenção*, podendo ser citada como exemplo a que foi levada a efeito pelo Ministério do Trabalho, na Fundação de Assistência aos Garimpeiros: v. Portaria n.º 3.370, de 29-8-68, *D. Of. União*, de 9-9-68, fls. 8.000; Portaria n.º 3.090, de 5-2-70, *D. Of. União*, de 6-2-70, fls. 1.031. Cp. art. 28, X a XIII, da Lei n.º 3.434, de 20-7-58 (Código do Ministério Público do Estado da Guanabara). Saliencia CLÓVIS, com relação ao controle do Ministério Público sôbre as fundações (*Código Civil*, pág. 195), que "essa fiscalização, aliás, é, no sistema do Código, restrita, e orientada no sentido do bem público. Consiste na aprovação dos estatutos e das suas reformas; em velar para que os bens não sejam malbaratados por administrações

8.1. Com o advento do Decreto-lei n.º 900, de 1969, como já focalizamos, as fundações privadas instituídas pelo Governô Federal foram excluídas da Administração Indireta, isto é, perderam a qualidade de entidades paraestatais.

O art. 3.º, que assim dispôs, manteve, no entanto, a supervisão ministerial, nos têrmos dos arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, sôbre as fundações, como entes de cooperação, que recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União. Estas, julgamos, devem permanecer fora do alcance do contrôle do Ministério Público, pelos motivos já indicados.

As demais, que não estão submetidas a tal supervisão, sujeitar-se-ão à fiscalização do *Parquet*, pois que não poderiam ficar alheias a tôda e qualquer espécie de contrôle. A fiscalização do Ministério Público sofrerá, entretanto, limitações, conforme o já exposto, quando tratamos da criação das fundações pelo Estado.

Competente será, em se tratando de fundações instituídas pela União, o Ministério Público Federal (311).

Já citamos acima a manifestação de CLÓVIS, e na nota 309, a opinião de SADY CARDOSO DE GUSMÃO, neste sentido, e a de FERREIRA COELHO, em sentido diverso.

Deve ser indicada, a propósito, a disposição contida no art. 70 da Lei n.º 5.010, de 30-5-66 (organizou a Justiça Federal de primeira instância e deu outras providências), segundo a qual a União intervirá (através do Ministério Público Federal), obrigatôriamente, nas causas em que figurarem como autoras ou rés as *fundações criadas por lei federal*. Embora mereça êste preceito, do ponto de vista processual, algumas observações (312), evidencia o interêsse da União sôbre tais fundações, manifestado, por intermédio do Ministério Público Federal.

Nem se diga que neste não há órgão que tenha, expressa e especificamente, competência semelhante à dos curadores de resíduos. Tal competência, consequência necessária do disposto no art. 70 da Lei n.º 5.010, de 1966, encontra base no disposto no art. 30, incisos XV a XVIII, da Lei n.º 1.341, de 30-1-51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) (313).

ruinosas, ou desviados dos destinos, a que os aplicou o instituidor, e em verificar se a fundação se pode manter; ou se o seu patrimônio deve ser incorporado no de outra, que se proponha a fins semelhantes (art. 30)".

(311) Como se pode verificar pelos arts. 94 e 95 da Const. Federal e pela Lei n.º 1.341, de 30-1-51, *Ministério Público da União* é o gênero do qual o *Federal* é a espécie correspondente ao *Parquet* junto à *Justiça Federal Comum* (cf. § 1.º dos arts. 95 e 98 da Const. Federal de 1934).

(312) V. adiante "As fundações instituídas pelo Poder Público em juízo".

(313) Cp. parecer citado no nota n.º 305. Em sentido contrário, parecer de JORGE FERREIRA LEITÃO, *D. Just. União*, de 23-12-69, fls. 6.172-3, com remissões à opinião, também contrária, do Min. DÉCIO MIRANDA, ex-Procurador-Geral da República. Problema análogo tem ocorrido com a inexistência de Defensores Públicos, na carreira do Ministério Público Federal.

Quando se trate de fundação instituída por Governo local, sob regime semelhante ao do art. 3.º, 2.ª parte, do Decreto-lei n.º 900, de 1969 (314), sua fiscalização deverá ser exercida pelo Ministério Público estadual.

B. Regime e controle financeiros

9. Os assuntos ora em pauta são fundamentais no que tange à eficiência e à probidade da gestão dos organismos que participam da descentralização administrativa. Constituem, todavia, questão bastante delicada, porquanto, embora ditas entidades tenham personalidade jurídica, uma grande parte delas de direito privado, e autonomia patrimonial, financeira, técnica, administrativa e disciplinar, seus órgãos manuseiam dinheiros públicos, prestam serviços públicos ou exercem o poder de polícia, sendo formas de realização da atividade administrativa.

Daí, os problemas que surgem, inclusive os pontos de atrito entre o Poder Executivo e tais organismos, de um lado, e os Tribunais de Contas, de outro, pois que, através da descentralização, tenta aquêle primeiro fugir à burocracia e aos entraves do próprio contraste pelos órgãos controladores das finanças públicas.

No tocante às *empresas paraestatais*, por exemplo, seu controle financeiro tem sido taxado de bastante precário (315), cabendo, em princípio, aos

(314) V. Ato Institucional n.º 8. Nota: V. D.-lei est. 434-70.

(315) Cf. JOÃO LYRA FILHO, *Regime de Controle das Empresas Públicas*, 1963, pág. 14: "Os entes autônomos da Administração Indireta do Estado precisam sujeitar-se ao controle jurisdicional e ao controle administrativo externo, ambos a cargo do Tribunal de Contas... Faz-se mister existir, mesmo nas sociedades de economia mista organizadas com a participação majoritária de capitais públicos, a presença do controle a cargo do Tribunal de Contas". Na pág. 30, diz o autor: "Os males mais expostos na gestão das autarquias e das sociedades de economia mista, por debilitarem os recursos da Fazenda, resultam da inexistência de controle que incida sobre as respectivas contas". Mais adiante (pág. 32), prossegue: "O certo é que o controle financeiro das empresas públicas, atualmente igual a zero, é um imperativo que deve afirmar-se em caráter austero. Não é bastante seu exercício através de órgãos ministeriais, pois é manifesto a cumplicidade entre as referidas empresas e as autoridades do Executivo". Às fls. 48, sustenta: "... estou certo da eficácia maior do controle indireto, por meio de representação do Tribunal de Contas em órgão misto sujeito ao funcionamento prescrito em disposições estatutárias de cada empresa pública". CAIO TÁCITO (*Sociedades Comerciais e Fundações do Estado, Rev. For.*, n.º 205, pág. 419), também em 1963, assim se expressava: "Não cabe aos Tribunais de Contas a fiscalização das empresas do Estado, não sendo provável que lhes seja possível absorver, de forma eficiente, esse encargo... O controle do Estado é, nesse particular, distante e simbólico, generalizando-se a opinião sobre a necessidade de seu aperfeiçoamento. A organização de serviços de auditoria, ou outra forma de controle operacional da sociedade, visando ao exame da gestão financeira da sociedade, corresponde a uma necessidade que se assenta na convicção da insuficiência na verificação das contas das sociedades comerciais do Estado". Cf. *O Problema da Fiscalização dos Órgãos da Administração Indireta*, às fls. 15 do parecer prévio do Tribunal de Contas da União sobre as contas de 1968, da Presidência da República (*D. Of. União de 3-3-70, Suplemento ao n.º 41*): às fls. 56 e segs. e às fls. 63 e segs., há relação das entidades da Administração Indireta Federal que prestaram contas àquela Corte e as que não prestaram.

órgãos previstos na Lei de Sociedades Anônimas, quando assumem esta forma, a fiscalização da vida financeira da entidade (316). Quando se trata de *empresa pública unipessoal*, tem sido reconhecida ao Tribunal de Contas competência para apreciação de suas contas (317).

9.1. As *fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público* têm, também, órgãos internos cuja competência diz respeito ao regime e controle financeiros da entidade.

Assim, ao *Conselho Diretor* (de Administração etc.) (318) compete aprovar o plano de atividades da fundação, seu orçamento, programação financeira, atos de natureza patrimonial, contratação de empréstimos, e deliberar sobre as contas anuais da Diretoria à qual cabe a apresentação da proposta de orçamento e sua execução (319).

Ao *Conselho Fiscal* (320) cabe função opinativa, examinando as contas anuais da Diretoria, dando parecer sobre o orçamento anual, plano de contas, balancetes, atos de natureza patrimonial, e fiscalizadora, controlando a execução financeira e a contabilidade (321).

O Titular da Pasta a que se vincula a fundação e mesmo o Chefe do Poder Executivo participam de sua vida financeira (322).

Em geral, prevêm os diplomas sobre tais fundações, expressamente, a sujeição das contas anuais ao Tribunal de Contas (323).

9.2. Quando se trata de *fundações paraestatais*, tem aplicação o art. 62 da Const. Federal, quando estabelece que "o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Podêres, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas

(316) V. Decreto-lei n.º 2.627, de 26-10-40, com modificações posteriores. Os dirigentes prestam contas às assembléias gerais, com parecer dos conselhos fiscais. V. nota 329.

(317) Cp. art. 20 do Decreto-lei n.º 509, de 20-3-69; art. 35 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 64.676, de 10-6-69 (ECT).

(318) V. acima parte referente à estrutura das fundações.

(319) Cp. art. 15, letras *b, c, d, i, j, l, m, q*; e 31, *d, e, f, h, i, j, l*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68 (FENAME).

(320) V. nota 318 acima.

(321) Cp. art. 23, letras *a a g*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68 (FENAME). Quando, em vez de Conselho Fiscal, há Conselho de Curadores, a competência dêste é análoga: cp. art. 19, § 4.º, dos Estatutos aprovados pelo Decreto E n.º 3.527, de 9-12-69 (UEG); art. 9.º, letra *b* e segs., dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 66.338, de 18-3-70 (Fundação Faculdade Católica de Medicina de Pôrto Alegre).

(322) Cp. art. 13 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 61.054, de 24-7-67 (IPEA); art. 5.º do Decreto-lei est. n.º 353, de 28-4-70 (FEBEM). V. parte referente à tutela administrativa.

(323) Cp. parágrafo único do art. 22 dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 53.699, de 13-3-64 (Fundação Universidade do Amazonas); art. 10 da Lei n.º 4.943, de 6-4-60 (Fundação da Casa de Rui Barbosa). O recente Decreto-lei est. n.º 353, de 28-4-70, que trata da administração financeira da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), estatui, em seu art. 2.º, que suas contas, com o parecer do Conselho Fiscal, estarão sujeitas a exame e julgamento pelo Tribunal de Contas.

as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento". Também incide o § 1.º, segundo o qual "a inclusão, no orçamento anual, da despesa e da receita dos órgãos da administração indireta será feita em dotações globais e não lhes prejudicará a autonomia na gestão legal de seus recursos" (324).

Em se tratando de fundações submetidas ao regime do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, isto é, excluídas da Administração Indireta, a aprovação de seus orçamentos será regida pela legislação especial (325).

9.3. No campo da *fiscalização financeira e orçamentária*, o controle externo exercido pelas Assembléias Políticas, com o auxílio dos Tribunais de Contas, abrange as fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, na medida em que compreende, nos termos do § 1.º do art. 70 da Const. Federal, "o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos" (326). Esta é, aliás, uma das

(324) V. art. 8.º, XVII, c, e parágrafo único da Const. Federal, pelo que é da competência federal "legislar sobre normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública" e "de direito financeiro", competência que "não exclui a dos Estados para legislar supletivamente" sobre tais matérias. Pelo art. 13, IV, são obrigatórios para os Estados-membros os princípios estabelecidos na Constituição Federal sobre "a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira". V. Anexo à Lei n.º 5.546, de 29-11-68 (Orçamento da União para o Exercício Financeiro de 1969), n.º 5.05.21, onde estão consideradas as Fundações vinculadas ao Ministério da Educação e Cultura; e o Anexo ao Decreto-lei n.º 727, de 1-8-69 (Orçamento de 1970), ns. 15.03.03 e segs. Cp. art. 107 da Lei n.º 4.320, de 17-3-64. Quanto ao Estado da Guanabara, v. art. 32 da Const. Estadual; art. 12 do Código de Administração Financeira (Decreto-lei est. n.º 128, de 18-8-69), e Decreto-lei est. n.º 84, de 31-7-69 (Orçamento de 1970). Cf. PAULO SARASATE, *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*, págs. 350-1.

(325) Cp. arts. 11 e 13 da Lei n.º 2.613, de 23-9-55, que dispõe sobre a aprovação, pelo Presidente da República, dos orçamentos gerais (englobando as previsões de receitas e as aplicações de recursos) do SESI, SESC, SENAI e SENAC. Cf. art. 36, §§ 1.º e 2.º, do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 61.843, de 5-12-67 (SENAC). A LBA aparecia, ainda quando ente de cooperação, como órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, no orçamento da União para o exercício financeiro de 1969 (v. anexo à Lei n.º 5.546, de 29-11-68, n.º 5.16.04). V. no anexo ao Decr.-lei est. n.º 727, de 1-8-69 (Orçamento de 1970), o n.º 24.04.02, no mesmo sentido. O *Decreto-lei est. n.º 353*, de 28-4-70, que baixou normas reguladoras da administração financeira da *Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM)*, dispõe em seu art. 5.º (alterando a redação do art. 5.º, do *Decreto-lei est. n.º 159*, de 27-8-69), que o orçamento anual da Fundação será elaborado por seu Presidente, que o submeterá à aprovação do Governador, e conformar-se-á às normas estabelecidas no Código de Administração Financeira do Estado (Decreto-lei est. n.º 128, de 18-8-69).

(326) Mostra PAULO SARASATE que, pela Const. de 46, a atribuição de julgar, neste caso, era direta do Tribunal de Contas, pelo item II do art. 77, e que "agora, não: o Congresso é que julga, podendo fazê-lo, entretanto, mediante delegação do Tribunal ou por intermédio deste, se assim dispuser a legislação ordinária. Foi o que fez, aliás, a recente Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Decreto-lei n.º 199, de 25 de fevereiro de 1967)". É de se observar que, no tocante às *autarquias*, todas as normas de fiscalização financeira e orçamentária

mais importantes atribuições dos Tribunais de Contas, que, no particular, exercem função jurisdicional, constituindo-se a hipótese em uma das exceções ao princípio do monopólio da justiça pelo Poder Judiciário no Brasil (art. 153, § 4.º, da Const. Federal) (327).

O § 4.º do mesmo art. 70 da Carta Magna Brasileira estatui que “o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior” (328).

O Decreto-lei n.º 199, de 25-2-67 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), dispõe, de forma abrangente, em seus arts. 33 e 34, II e IV, ao dizer que o Tribunal “tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange todo aquê que arrecadar ou gerir dinheiros, valôres e bens da União ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores das entidades da Administração Indireta ou de outras entidades”, sendo certo que “estão sujeitos à tomada de contas e só por ato do Tribunal de Contas podem ser liberados de sua responsabilidade as pessoas indicadas no art. 33” e “todos quantos, por expressa disposição de lei, lhe devam prestar contas”.

Sobre a julgamento da regularidade das contas dos administradores das entidades da Administração Indireta e dos que, por fôrça de lei, lhe devam prestar contas, dispõe o art. 42 (328-A), segundo o qual o julgamento em

são aplicáveis, por fôrça do disposto no § 5.º do art. 71 da Const. Federal. O termo *autarquia* está usado em seu sentido técnico, como o faz a Constituição em outras passagens (cf. arts. 34, I, a; 99, § 2.º; 125, I); quando quis referir-se a toda a Administração Indireta, usa esta expressão (arts. 45 e 62), sendo certo que o Decreto-lei n.º 200 é contemporâneo à Constituição de 1967. Cp. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. III, págs. 222 e segs. Os demais órgãos da Administração Indireta e outras entidades que administrem bens e valôres públicos ficam sujeitos, apenas, ao julgamento de suas contas. A competência constitucional do Tribunal de Contas é taxativa, não podendo ser ampliada nem restringida, mas, tão somente, regulamentada pela legislação ordinária, à qual, atendendo à natureza das coisas, caberá conceituar *bens e valôres públicos* (cf. art. 153, § 31, da Const. Federal, *ação popular* para proteger o *patrimônio de entidades públicas*, e Lei 4.717, de 1965). O Ministro ABGAR RENAULT, relator do parecer prévio sobre as contas gerais da República de 1968, do Tribunal de Contas da União (*D. Of. União*, Suplemento ao n.º 41, de 3-3-70), diz (fls. 9): “Das que temos conhecimento no âmbito federal, nenhuma (fundação paraestatal) está isenta do controle dêste Tribunal, pois tôdas recebem recursos provenientes dos cofres públicos ou funcionam mediante subvenções ou contribuições parafiscais, pouco importando que se trate de *fundações de direito privado* ou *fundações de direito público* — expressão, aliás, inadmissível na opinião de muitas autoridades, que a consideram verdadeira *contradictio in terminis* porque o substantivo *fundação* e o adjetivo *pública* pertencem à classe dos impossíveis, dos que *hurlent de se trouver ensemble*”.

(327) Cp. SEABRA FAGUNDES, *Contrôle*, págs. 140 e segs.; JOÃO LYRA FILHO, *Contrôle das Finanças Públicas*, págs. 13-4.

(328) V. nota n.º 324, primeira parte. V. arts. 38 a 41 da Constituição da Guanabara.

(328-A) V. parecer *in D. Of. União*, de 6-5-70, fls. 3.285-6, em que se aponta contradição entre os arts. 33 e 42 do Decreto-lei n.º 199, de 1967.

questão “será feito à base dos seguintes documentos que lhe deverão ser presentes pelos administradores: a) o relatório anual e os balanços da entidade; b) o parecer dos órgãos internos que devam dar pronunciamento sobre as contas; c) o certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço”. Acrescenta o § 1.º que “a decisão do Tribunal, que poderá ser precedida de inspeção na forma do art. 36, IV, será comunicada à entidade e à autoridade administrativa a que estiver vinculada” (329) (330).

(329) O § 2.º dispõe que, “quando o assunto o justificar, o Tribunal fará comunicação ao Presidente da República e ao Congresso Nacional”. Os arts. 54 e 55 tratam das delegações de controle, às quais compete exercer as funções de auditoria financeira e orçamentária. Cf. parecer constante do Suplemento ao *D. Of. União*, de 3-5-70, fls. 6. Sobre prestações de contas de entidades da Administração Indireta, v. decisão do Tribunal de Contas da União, no sentido afirmativo, publ. no *D. Of. União*, de 6-5-70, fls. 3.279; anexos às fls. 3.284 e segs. V. temas de palestra do Ministro JOSÉ PEREIRA LIRA, in *D. Of. União*, de 10-7-69, fls. 5.861 e segs. V. Decreto n.º 62.102, de 11-1-68, arts. 4.º, § 3.º, 8.º e 9.º, sobre execução orçamentária e programação financeira da União e liberação das cotas trimestrais. Cf. despacho do Secretário-Geral da Inspeção Geral de Finanças do Ministério do Trabalho e Previdência Social, quanto a Plano de Aplicação da Fundação de Assistência aos Garimpeiros, in *D. Of. União*, de 9-4-70, fls. 2.664.

(330) O parágrafo único do art. 39 da Const. da Guanabara estatui que “a lei regulará o processo de fiscalização das atividades financeiras das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações criadas pelo Poder Público”. A lei est. n.º 1.565, de 7-12-67, e os arts. 195 e segs. do Código de Administração Financeira dispõem sobre o Tribunal de Contas do Estado. No primeiro diploma, v. arts. 25, 26 e 34; o art. 45 e seus §§ estabelecem: “O Tribunal de Contas manterá os órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício de suas funções, junto às entidades da administração indireta; nas autarquias, os controles externo e interno serão exercidos simultaneamente pelas Juntas de Controle presididas por um Ministro do Tribunal de Contas e compostas por mais dois membros designados pelo Governador, os quais servirão por um ano, admitida a recondução; o controle externo da administração financeira e orçamentária será exercido na forma da presente lei, do Regimento Interno e das Instruções do Tribunal; o Poder Executivo estenderá, no que couber, o disposto neste artigo aos demais órgãos da Administração Indireta, inclusive empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades cuja direção ou recursos dependem da administração estadual”. O art. 8.º, V, do Código de Administração Financeira, declara que estão sujeitas às suas normas as fundações. Cf., ainda, arts. 49, 68, VIII, e 253 a 258 e 262, do mesmo Código. V. Decreto est. E n.º 3.664, de 29-12-69, arts. 2.º, 3.º, 10, 11, 12, 15, 16, 36, II, 38 e 40. O recente Decreto-lei est. n.º 337, de 14-4-70, complementou disposições legais sobre a fiscalização financeira e orçamentária da administração indireta carioca. É importante, entre os seus *consideranda*, destacar: “Considerando que as normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nas Constituições Federal e Estadual aplicam-se às autarquias, na forma do disposto nos seus arts. 70, § 5.º, e 39, respectivamente; considerando que, nos termos do art. 41, § 2.º, da Constituição do Estado, a Lei n.º 1.565, de 7 de dezembro de 1967 (Lei do Controle Externo da Administração Financeira do Estado da Guanabara, art. 45 e seus parágrafos) e o Decreto-lei n.º 128, de 18 de agosto de 1969 (Código de Administração Financeira do Estado da Guanabara, art. 253) prescrevem que, nas autarquias, os controles externo e interno serão exercidos pelas Juntas de Controle; considerando que, também na conformidade do disposto no art. 39, parágrafo único, da Constituição Estadual, o citado Código de Administração Financeira prevê quanto à fiscalização financeira e orçamentária das sociedades de eco-

Tratando-se de fundações submetidas à *tutela administrativa*, há que considerar os aspectos financeiros da mesma (331).

Se fôr a hipótese do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, que, como sabemos, tendo excluído as fundações instituídas pelo Governo Federal da Administração Indireta, fê-las entes de cooperação, continua a caber o controle pelo Tribunal de Contas (332), desde que se enquadre a hipótese no disposto no art. 70, § 1.º, *in fine*, da Const. Federal (333).

9.4. No que se refere a *licitações e contratos administrativos*, as normas constantes do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67, arts. 125 a 144, aplicam-se, tão somente, como expressa o primeiro artigo citado, à administração direta e às autarquias (334).

Daí, o art. 15, letra *i*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-66 (Fundação Nacional de Material Escolar — FENAME), dar com-

nomia mista e emprêsas públicas (arts. 258 e 269) e das fundações instituídas pelo Poder Público Estadual (arts. 261 e 262), em consonância, aliás, com as *normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira*, que se contém na Lei da Reforma Administrativa Federal (Decretos-leis ns. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e 900, de 29 de setembro de 1969) e são aplicáveis aos Estados, *ex vi* do art. 8.º, item XVII, letra *c*, e parágrafo único, da Constituição Federal...". Os arts. 1.º e 3.º assim dispõem: "Ficam mantidas, com a organização, atribuições e competência estabelecidas na Lei n.º 1.565, de 7 de dezembro de 1967 e no Decreto-lei n.º 128, de 18 de agosto de 1969, as Juntas de Controle atualmente existentes nas Autarquias"; "a fiscalização financeira e orçamentária dos demais órgãos da Administração Indireta, com personalidade jurídica, obedecerá ao disposto no Código de Administração Financeira do Estado da Guanabara". Sobre controle financeiro e orçamentário das fundações, pelo Tribunal de Contas, v. ainda *Rev. Dir. Adm.*, n.º 51, págs. 428-31, e n.º 70, págs. 333 e segs.; *Rev. dos Tribs.* n.º 305, pág. 33.

(331) Sobre o aspecto financeiro da *tutela administrativa*, v. arts. 26, parágrafo único, *c* e *e*, e 28, I, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, arts. 1.º, IV, *b* e *d*, e 4.º, do Decreto N n.º 93, de 1.º-11-63; v. art. 1.º, § 3.º, letras *c*, *d* e *e*, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70. Sobre *contrôle interno*, v. art. 71, da Carta Federal, e art. 40 da Const. Estadual, e arts. 193, III, 194, 253, 261 e 262 do Código de Administração Financeira.

(332) Cf. SESI, SESC, SENAI e SENAC; v. arts. 11 e 13 da Lei n.º 2.613, de 23-9-55; cf. art. 38, parágrafo único, do Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 61.843, de 5-12-67 (SENAC).

(333) Cf. conceituação de *entidades autárquicas*, pelo art. 139, letra *b*, da Lei n.º 830, de 23-9-49. V. Decreto-lei n.º 772, de 19-8-69, sobre a auditoria externa a que ficam sujeitas as entidades ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fins sociais ou transferências do Orçamento da União.

(334) V. Lei n.º 5.456, de 20-6-68, que determinou a aplicação das normas acima referidas aos Estados e Municípios. O Código est. de Administração Financeira, em seus arts. 200, § 2.º, e 207, alude, apenas, à Administração Direta e às autarquias. O art. 229, ao cuidar, porém, das despesas relativas à celebração dos contratos, acrescenta *sociedades de economia mista e emprêsas públicas*. O Código est. de Contabilidade Pública (aprovado pela Lei mun. n.º 899, de 28-11-57), arts. 156 a 158, e o Caderno de Obrigações (Decreto n.º 15.155, de 15-2-60), art. 1.º, tratam, apenas, da Administração Direta e das autarquias. O art. 1.º da Lei est. n.º 785, de 12-4-65, que cuida da contratação de projetos e obras arquitetônicas, inclui, na sua área de incidência, as *fundações*.

petência ao Conselho Técnico-Consultivo para “aprovar as normas sobre a administração e aquisição do material, obras e contratação de serviços a serem propostas pela Diretoria”.

O art. 29 dos estatutos aprovados pelo Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (Fundação Para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara — FUNDEPEG) cuida da hipótese da contratação de empréstimos, a saber: “Observada a legislação em vigor, a Fundação Para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara, poderá contratar empréstimos internos e externos para financiamento de seu programa de atividade, ouvido o Conselho Estadual de Ciência e Tecnologia” (335).

Nada impede que se estendam, por norma expressa, às fundações instituídas pelo Poder Público os preceitos pertinentes a *contratos administrativos* (335-A).

C. Imunidades e isenções tributárias

10. As fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público não gozam, unicamente por este motivo, de *imunidades tributárias*. Estas, de matriz constitucional, são “vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjettivas) ou certos bens (objettivas) e, às vèzes, uns e outros”, tornando “inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam” (336).

A imunidade estabelecida no art. 19, n.º III, letra *a* e § 1.º, da Const. Federal (336-A), a chamada *imunidade recíproca*, abrange, apenas, o *patri-mônio*, a *renda* ou os *serviços* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias (337).

ALIOMAR BALEEIRO (338) esclarece: “O S.T.F. interpretou que o § 1.º do art. 19 da C.F. de 1967 emprega a palavra “autarquias” no sentido especial, não abrangendo outras instrumentalidades governamentais e administrativas, como as Empresas Mistas, as Sociedades dum só acionista e Fundações de Direito Administrativo, enfim, entidades por este regidas, embora moldadas aparentemente no Direito Comercial ou Civil. É que o dispositivo só inclui em sua extensão as autarquias propriamente ditas, de onde, a contrário senso, a exclusão das sociedades mistas”.

Das outras imunidades previstas no art. 19, III, letras *b*, *c* e *d*, da Const. Federal, as duas últimas poderão vir a beneficiar as fundações em tela, não por serem entidades criadas pelo Estado e que participam da descentralização administrativa, mas por suas finalidades e atividades.

As leis autorizadoras da instituição de fundações pelo Poder Público que sejam “instituições de educação ou de assistência social”, a fim de evitar

(335) Cf. art. 15, *m*, dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 62.411, de 15-3-68 (FENAME).

(335-A) Cp. *D. Of. GB.*, de 10-6-70, fls. 9.301, sobre FEBEM.

(336) ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, pág. 87.

(336-A) Diz respeito a *impostos*.

(337) V. art. 9.º, IV, do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25-10-66, com alterações posteriores).

(338) *Ob. cit.*, págs. 103-4.

eventuais dúvidas, explicitam, em geral, a aplicação do art. 19, III, *c*, da Const. Federal (339) às entidades a que se referem. É o caso do Decreto-lei n.º 777, de 20-8-69, que dispôs sobre a instituição da Fundação Museu do Café, e que, em seu art. 5.º estatui: "O Patrimônio, as rendas e os serviços da Fundação gozarão da imunidade concedida pelo art. 20, item III, letra *c*, da Constituição" (340).

10.1. As fundações privadas instituídas pelo Poder Público podem ser beneficiárias de *isenções* (341) concedidas pelo poder competente para tributar, ou pela União, na forma do estabelecido pelo § 2.º do art. 19 da Carta Magna Federal, *ipsis verbis*: "A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais".

(Continua no próximo número)

(339) Diz BALEEIRO (*ob. cit.*), pág. 92: "Instituição de educação não significa apenas a de caráter estritamente didático, mas toda aquela que aproveita à educação e à cultura em geral, como o laboratório, centro de pesquisas, o museu, o *atelier* de pintura ou escultura, o ginásio de desportos, academias de letras, artes e ciências, sem intuítos lucrativos, ainda que, para sua manutenção ceda onerosamente direitos autorais, patentes de invenção e descobertas etc.". Ver manifestação do mesmo autor, *ob. cit.*, às fls. 108-111. Cf. art. 14 do *C. Trib. Nacional*, quanto aos requisitos para o reconhecimento da imunidade.

(340) A referência é ao texto original da Constituição de 1967.

(341) Mostra BALEEIRO (*ob. cit.*, pág. 87) que as *isenções* derivam "da lei ordinária ou da complementar (C. F., art. 19, § 2.º), que, decretando o tributo, exclui expressamente certos casos, pessoas ou bens, por motivos de política fiscal. A violação do dispositivo onde se contém a isenção importa em ilegalidade e não em inconstitucionalidade. Ver C.T.N., arts. 175 a 179. Se o legislador ordinário competente, podendo decretar o tributo, abstém-se de fazê-lo, há caso de não-incidência".