

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1976 — ANO XIII — NÚMERO 49

Supervisão Ministerial e Entidades Vinculadas no Moderno Direito Administrativo Brasileiro

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR

"Alguns juristas encontram soluções para cada dificuldade, enquanto que outros encontram dificuldades para cada solução" (DENNING, Presidente da Corte de Apelação dos Estados Unidos da América).

I — INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Os órgãos da administração indireta segundo os Decretos-Leis nºs 200/67 e 900/69. 2. A discussão suscitada pela exclusão das fundações da categoria de órgão da administração indireta. 3. A supervisão ministerial sobre as entidades vinculadas, entre as quais se incluem as fundações instituídas pelo poder público.

1. O Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, introduziu no direito administrativo brasileiro, dentre outras inovações tendentes a racionalizar e a dar organicidade à administração pública federal, a figura da **entidade vinculada**, no âmbito da administração a que chamou de indireta (art. 4º).

Considerou entidades vinculadas as compreendidas na área de competência do Ministério na qual estiver enquadrada sua principal atividade. Estabeleceu três categorias de entidades vinculadas: autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; a elas equiparou as fundações instituídas em virtude de lei federal; e sujeitou-as à supervisão do Ministro de Estado a que estivessem vinculadas, exercendo-se tal supervisão através da orientação, da coordenação e do controle de suas atividades (arts. 19 e 20).

O Decreto-Lei nº 900, de 29-9-1969, excluiu as fundações do rol de entidades da administração indireta, mantendo-as, contudo, na condição de entidades vinculadas, sob a supervisão ministerial competente (art. 3º).

Diante dessa exclusão, muitos entenderam que as fundações não estariam obrigadas a submeterem-se às normas de administração financeira, principalmente as referentes à licitação, previstas pelo Decreto-Lei nº 200/67. A posição das fundações passou a ser objeto de inacabada polêmica. De um lado, considera-se que são, a despeito do Decreto-Lei nº 900/69, órgãos da administração indireta, sujeitas, por conseguinte, às regras de fiscalização e controle válidas para autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; de outro turno, admite-se que deva prevalecer a autonomia característica das fundações no direito civil, mercê da qual estariam alheias aos dispositivos destinados a tutelar os órgãos nomeadamente integrantes da administração pública indireta, nos termos do Decreto-Lei nº 900/69, e que são apenas as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. Os debates têm levantado argumentos relativos à natureza de direito público ou privado das fundações instituídas pelos governos federal e estaduais; à afetação de seu patrimônio para a consecução de trabalho de utilidade ou de interesse público; ao regime jurídico do vínculo empregatício de seus funcionários; à compulsoriedade ou não da prestação de suas contas aos tribunais especializados; à nomeação de seus diretores e presidentes por ato de autoridades públicas; à mecânica do registro de seus atos constitutivos; aos encargos e isenções de diversa índole que sobre elas incidem ou que as privilegiam.

Sob tais prismas, é deveras tormentosa a questão de saber se as fundações devem ou não se subordinar à legislação administrativa federal, no que tange ao controle e à fiscalização de seus atos e atividades, uma vez que são conflitantes as posições defendidas pelos publicistas, alguns reconhecendo serem tais fundações órgãos públicos, (1) outros negando até a possibilidade de existirem fundações dessa natureza. (2) Não há unanimidade sequer entre especialistas da mesma área; administrativistas em ambas as correntes, bem como civilistas radicalmente a favor de um ou de outro entendimento.

O fato é que a discussão atraiu, sobre as fundações, a atenção das autoridades incumbidas de fiscalizar as contas dos órgãos da administração pública. A edição do dia 6 de outubro de 1975 do **Jornal do Brasil** publicou pronunciamento do Ministro LUIZ OTAVIO GALLOTTI, do Tribunal de Contas da União, no sentido de que as fundações foram erigidas à "posição

(1) Nesse sentido, A. B. COTRIM NETO, CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, C. A. BANDEIRA DE MELO, JASON ALBERGARIA FILHO, JOÃO LYRA FILHO, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, MIGUEL REALE, ORLANDO GOMES e SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA

(2) Nesse sentido, ARMANDO OLIVEIRA MARINHO, GERVÁSIO LETTE, HELY LOPES MEIRELLES e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. Em posição intermediária, que pode ser resumida na proposição "instituídas em virtude de lei, tais fundações têm as virtualidades do serviço público, embora conservem as características de direito privado", figuram CAIO TÁCITO, GONÇALVES DE OLIVEIRA, GUIMARÃES MENEGALE e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO.

de panacéia ou sortilégio capaz de sanear e conjurar, por si só, os males de cada setor do serviço público, fossem eles a ineficiência, o emperramento ou até a corrupção. Para o passe de mágica — prossegue o Ministro —, deixou-se de reunir, em substância, os requisitos essenciais ao conceito de fundações, criando-as ora vazias (sem patrimônio), ditadas pela finalidade de contornar disposições legais ou convalidar sua infração, ora munidas de atributos tais (como o poder de polícia e o de requisitar funcionários), que deixam à evidência o propósito de disfarçar, com roupagem de ocasião, um típico e verdadeiro departamento do serviço público”.

O pronunciamento do Ministro GALLOTTI bem reflete a preocupação ora dominante quando afirma que “o uso, como instrumento de descentralização, de fundações alimentadas, na totalidade ou quase, por recursos públicos, deixou à margem da tutela do Estado, sem os almejados resultados de eficiência e exação, inúmeras entidades que não tardaram a se revelar corpos estranhos, ainda sem completa diagnose, no âmbito da administração”. E lembra que entre as franquias e liberdades concedidas às fundações “está, por exemplo, a de que não são obrigadas a obedecer às normas de licitação existentes para a administração pública”, daí concluindo que as fundações tornaram-se “um instrumento de descentralização da atividade do Estado, a que se procedeu de modo empírico, geralmente no afã de evitar formalidades legais, contornar entraves burocráticos e suprimir controles”.

O mesmo jornal, na edição do dia 7 de outubro, publicou duas outras declarações de Ministros, ainda do Tribunal de Contas da União — MAURO RENAULT LEITE e VIDAL DA FONTOURA —, as quais, a par de solidarizarem-se com a manifestação do Ministro GALLOTTI, acrescentavam ser necessário estender às fundações as normas sobre administração financeira, “pois não se compreende que sejam dispensadas da licitação, instrumento de moralidade administrativa”.

3. Concentrado o fogo sobre as fundações — terreno em que, é inegável, cometeram-se erros técnico-jurídicos de toda sorte —, desviou-se o debate do que constitui o cerne da questão. Não se trata, propriamente, de saber se as fundações criadas pelo governo são entidades públicas ou privadas; de discutir se seu funcionalismo devesse reger-se pela Consolidação das Leis Trabalhistas ou pelo regime estatutário; se seria necessário tornar obrigatórias, por via de disposição legal expressa, a prestação de contas e a observância das normas de licitação. Para o efeito de saber-se se as fundações estão ou não obrigadas a cumprir a sistemática imposta pelo Decreto-Lei nº 200/67 e legislação posterior, o deslinde da questão resultará de exame de outra ordem. O que se deve analisar, em face do direito administrativo positivo vigente, é o elenco de obrigações e responsabilidades que demarca o relacionamento entre as entidades vinculadas — e estas, diz a lei, são, incontrovertidamente, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações — e os órgãos a que se vinculam, isto é, os Ministérios em cuja área de competência se enquadrem. Em outras palavras: se a medida da natureza e da extensão dessas obrigações e responsabilidades, diante do moderno direito administrativo brasileiro, é conse-

qüente com a supervisão ministerial inscrita na lei e que abrange toda entidade vinculada. Ou ainda: se a supervisão ministerial acarreta, para os Ministérios, o poder-dever de tutela administrativa sobre as entidades respectivamente vinculadas.

Se se evidenciar, com o apoio da melhor doutrina e por meio de exegese adequada da legislação pertinente, que a supervisão ministerial implica tutela administrativa sobre as entidades vinculadas, então, do ponto de vista do direito administrativo, a polêmica será despicienda, pois que os Ministros de Estado terão o poder-dever de exigir dessas entidades a observância rigorosa e o cumprimento estrito das normas previstas para o funcionamento da administração pública, no que for cabível a cada espécie do gênero **entidade vinculada**, seja autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação. Como a licitação — cita-se este aspecto do sistema porque nele parece residir a maior preocupação dos administradores — é palmar princípio de moralidade administrativa, segue-se que nenhuma entidade sob supervisão ministerial, vale dizer, sob tutela administrativa, poderá subtrair-se não apenas às regras e aos procedimentos contidos na licitação, porém a quaisquer outros preceituados pela sistemática administrativa decorrente do Decreto-Lei nº 200/67.

Todo o labor deste Estudo exaure-se, portanto, em descobrir o conteúdo propriamente jurídico-administrativo do Decreto-Lei nº 200/67, quanto às figuras da supervisão ministerial e da entidade vinculada. Diga-se que aí está, na verdade, o nascedouro de todos os desentendimentos e desavenças de interpretação quanto às disposições perfilhadas pelo Decreto-Lei nº 200/67. É que, tal como nas expressões **supervisão** e **vinculada**, a que não corresponde um **nomen juris** definido, todo o Decreto-Lei nº 200/67 porta-se como texto pautado pela técnica de administração, pretensamente transplantada para um diploma legal. São técnicas de administração transformadas em normas jurídicas, sem a necessária categorização jurídica. Daí tornarem-se compreensíveis para o jurista somente quando identificadas com institutos consolidados de direito administrativo.

Isto não retira do Decreto-Lei nº 200/67 o extraordinário mérito de haver lançado as primeiras bases para uma efetiva reforma de métodos e técnicas de trabalho na administração pública brasileira. Impõe, todavia, cautelas severas ao jurista e ao administrador, a fim de não falsearem os fins pretendidos pelo Decreto-Lei nº 200/67, pelo uso equívoco dos meios nele previstos, ainda que por meio de impropriedades jurídicas.

II — A NOVA SISTEMÁTICA ADMINISTRATIVA DECORRENTE DO DECRETO-LEI Nº 200/67

SUMÁRIO: 4. Premissa ética da reforma administrativa brasileira: moralidade administrativa. 5. Premissas operativas da reforma: racionalização e organicidade da administração pública federal. 6. **Princípios fundamentais** que informam as atividades

da administração pública federal: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

4. O Decreto-Lei nº 200/67, após quase um decênio de sua edição, pode e deve ser visto como um marco ⁽³⁾ na evolução de nosso direito administrativo, pois que incorporou medidas e procedimentos compatíveis com as peculiaridades brasileiras. Tal, inclusive, foi a manifesta intenção com que foi decretado. Não é outro o sentido do que dispõe seu art. 145, ao estabelecer que:

“A Administração Federal será objeto de uma reforma de profundidade para ajustá-la às disposições do presente Decreto-Lei e, especialmente, às diretrizes e princípios fundamentais enunciados no título II...”

Idéia que se completa no parágrafo único do mesmo artigo:

“A aplicação do presente Decreto-Lei deverá objetivar, prioritariamente, a execução ordenada dos serviços da Administração Federal, segundo os princípios nela enunciados e com apoio na instrumentação básica adotada, não devendo haver solução de continuidade.”

Essa **reforma de profundidade** teria de assentar-se, como todo e qualquer sistema que almeja perenidade, em uma premissa ética de valor universal. Essa premissa, em direito administrativo sobretudo, só pode ser a da moralidade permeando todas as atividades da administração e os atos do administrador, de vez que estão em jogo os recursos e interesses públicos, ou seja, o bem-estar da coletividade.

Alguns autores têm preferido encaixar a moralidade como princípio de direito administrativo. ⁽⁴⁾ A colocação é aceitável, mas não é a mais adequada. Em verdade, a moralidade é da essência da administração pública. Não há administração pública — administração que se conduz e se autolimita em função do bem comum — à cuja base axiológica, como premissa ética essencial, não esteja a moral que subordina o administrador ao interesse público. A administração é nada mais nada menos do que parte do instrumental de que se utiliza o Estado para cumprir com sua finalidade — promover o bem comum —, equiparando-se as funções administrativas, ou executivas, às funções legislativas e judiciárias. A premissa de todas é a moralidade. Daí a impropriedade de situar-se a moralidade como mero princípio de direito administrativo. Em termos de Estado, de que a admi-

(3) No dizer do eminente Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Catedrático de Direito Administrativo na Universidade Federal do Paraná, “Não se pode jamais, no Brasil, desmerecer a importância do Decreto-Lei n.º 200. Trata-se, a rigor, de uma tábua de regras imperativas, que envolve toda a Administração Federal, e com sérias implicações nas unidades federadas e Municípios. Ainda que passível de críticas, é o que temos de mais notável com respeito à dinâmica e ao funcionamento administrativo”. “Comentários à Reforma Administrativa Federal”, pág. XVIII. Ed. Saraiva, São Paulo, 1975.

(4) Veja-se, por exemplo, trabalho do ilustre Professor LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE, da Universidade Católica do Paraná, que afirma: “O princípio da moralidade é tão relevante que se considera, com muita exatidão, corolário do princípio da legalidade, mas é posto em relevo por sua magnitude. Ignorar o primeiro é o mesmo que infringir o segundo. Vem implícito no art. 151, IV, da Constituição Federal” (“Curso Moderno de Direito Administrativo”, pág. 33, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975).

nistração é meio e não fim, a moralidade estará sempre presente como premissa fundamental a informar a destinação dos recursos do Estado, postos a serviço do interesse coletivo.

Em notável e recente obra, o Professor OLIVEIRA FRANCO, um dos poucos a versar o tema em profundidade, tece judiciosas considerações acerca dessa relação Estado-Administração-Moralidade, acrescentando-lhe um quarto elemento — a lei. Vale a pena conhecer a tese, dada a singularidade da monografia no direito brasileiro:

“Não há dúvida, em qualquer análise de natureza filosófica, de que o Estado moderno é jurídico, o que quer dizer que todas as formas da sua atividade são dominadas pelo direito. Nenhum ato ou procedimento administrativo concreto pode ter lugar sem ser de harmonia com um preceito genérico previamente estabelecido. Não obstante a Administração conservar liberdade originária para avaliar da oportunidade e da conveniência da prática dos seus atos, a discricionariedade não violenta a lei na sua forma ou no seu conteúdo, pois essa faculdade não se extrema a ponto de permitir que a legalidade não seja respeitada em razão de posições públicas apenas circunstanciais.

.....

No entanto, como as normas de boa administração não obrigam juridicamente de maneira categórica, não é preciso que a lei expressamente diga como a norma deve ser aplicada no seu contexto, ou então como o preceito formal ou materialmente possa ser aceito na ordem jurídica. A relevância está no dever como medida do poder.

.....

Nesse ponto, onde a liberdade discricionária se extrema, há a considerar a legalidade no tempo e o que na lei se contém suscetível de entendimentos contraditórios. Resguarda-se, portanto, para a autoridade pública, uma função moral que é de igualdade, qualificação, exato sentido e alcance de equilíbrio social.

.....

Não se trata, portanto, apenas da validade do ato, formalizado como objetivamente legal. Mas de um problema de justiça levado a uma concepção de moralidade legal.”⁽⁵⁾

Torna-se irrecusável que, ao pretender uma **reforma de profundidade**, objetivando a **execução ordenada dos serviços de Administração Federal**, o Decreto-Lei nº 200/67 acolhe a premissa de revestir seus dispositivos desse elemento subjetivo, presente nos juízos que se façam das ações administrativas, e que acompanha todas as atividades da administração pública, que é a moralidade. Em consequência, já se pode desde logo assinalar que devem ser conformes à moralidade administrativa quaisquer atividades desenvolvidas por entidades de algum modo ligadas à prestação

(5) “O Controle da Moralidade Administrativa”, págs. 5-7. Ed. Saraiva, São Paulo, 1975.

de serviços de interesse coletivo, mormente aquelas declaradamente vinculadas a uma supervisão ministerial. É que, neste caso, põe-se em xeque a probidade do Estado-administrador, sendo inadmissível, por conseguinte, que tais entidades não se inscrevam no peculiar universo ético em que gravitam todos os órgãos que administram serviços públicos, não importando sua gênese ou natureza.

5. No plano operativo, isto é, quanto ao **modus operandi** da execução administrativa, o Decreto-Lei nº 200/67 adota duas outras premissas, visando a assegurar eficiência, presteza e uniformidade nas ações administrativas: racionalização e organicidade. É de seu Título II que dimanam as disposições que claramente denotam a presença dessas duas diretrizes fundamentais.

São regras que intentam dar organicidade à sistemática da administração federal as dos arts. 7º, 8º e 9º.

O art. 7º determina que:

“A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional...”

O pleno entendimento do dispositivo requer um esclarecimento preliminar. É que o desenvolvimento e a segurança têm sido postos em tal relevo que se verifica a tendência de considerá-los como fins do Estado moderno. A concepção é falsa. O fim único do Estado, como projeção da sociedade politicamente organizada, é sempre o Bem Comum. (6) A consecução deste é que reclama o equacionamento das duas variáveis do sistema: o desenvolvimento e a segurança. Há que se entendê-las, portanto, como meios de o Estado atender ao bem comum. Promove-se o desenvolvimento e a segurança para viabilizar-se o bem-estar coletivo. Ordenem-se os conceitos: o fim do Estado é o bem-estar de sua população; os meios eficazes para gerar bem-estar correspondem aos níveis em que se promovam o desenvolvimento e a segurança; a administração mantida e gerenciada pelo Estado deve habilitar-se a prover tais meios; esse provimento pressupõe, necessariamente, racionalização e organicidade, a fim de que os planos e programas elaborados e executados pela administração atinjam todas as camadas da população de modo equânime, com o máximo de rentabilidade e o mínimo de custo.

O art. 7º é exemplo do pressuposto da organicidade porque estipula que o planejamento da ação governamental **empreenderá a elaboração e**

(6) Temos adotado como definição de Bem Comum a de JEAN DABIN, que permanece insuperada em sua essência: “Conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade” — “La Philosophie de l’Ordre Jurique Positive”, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929, pág. 160.

atualização de certos instrumentos básicos: plano geral de governo; programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; orçamento-programa anual; programação financeira de desembolso. É o todo orgânico e sistemático em que se deve inserir toda a atividade da administração.

Como garantir a simetria e a coerência das ações parciais dentro dessa globalidade, é algo a ser provido pela coordenação. (7) É o que prevê o art. 8º:

“As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo serão objeto de permanente coordenação.”

Eis outro dispositivo que almeja dar concretude à necessidade de serem orgânicas as atividades da administração. Deságua nas idéias de uniformidade e integração das ações administrativas, nos termos dos arts. 8º, §§ 1º e 3º, e 9º:

“Art. 8º —

§ 1º — A coordenação será exercida em **todos os níveis** da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas, e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em **cada nível administrativo.**

§ 3º — Quando submetidos ao Presidente da República, os assuntos deverão ter sido previamente coordenados com todos os setores nele interessados, inclusive no que respeita aos aspectos administrativos pertinentes, através de consultas e entendimentos, de modo a sempre compreenderem soluções **integradas** e que se **harmonizem com a política geral e setorial do governo...**

Art. 9º — Os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação como objetivo de assegurar a **programação e execução integrada** dos serviços federais.” (Os grifos são nossos.)

São regras que configuram a racionalização das ações administrativas, idealmente engendrada pelo Decreto-Lei nº 200/67, as contempladas em seus arts. 10, 11, 13 e 14.

“Art. 10 — A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(7) “... planejamento sem coordenação a nada conduz. Na coordenação estão os liames que levam ao comando administrativo. Não se trata de expressões vazias na programática constitucional. Conquanto no planejamento possa haver duvidosa exação no tocante à realidade conjuntural, na coordenação os elementos se fazem reais e vivos, imediatos e presentes, porque refletem estruturas básicas existentes... Coordenar, pois, não é aqui apenas uma palavra de dicionário, mas ação de controle diretivo das variadas e dispersas funções administrativas.” MÂNOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “Comentários à Reforma Administrativa”, cit., pág. 72.

§ 1º — A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para o das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênios;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões."

A descentralização é, com efeito, o princípio mais fundamental de racionalização. (8) Significa que, na sistemática da administração pública brasileira, segundo o Decreto-Lei nº 200/67, a execução é tão local quanto possível. É preceito que se adapta à realidade nacional, onde cada região e cada Estado possuem peculiaridades que os singularizam. Pretender impor regras únicas e inflexíveis a todos os Estados é ignorar a diversidade regional que tipifica o País. De outro turno, a multiplicidade das questões que os governos têm a enfrentar, com técnica e ciência de variada especialização, igualmente aconselha a descentralização na execução dos planos e programas nacionais, setoriais e regionais, para o fim de racionalizar os serviços públicos, ou seja, fazê-los render o máximo em face das conjunturas a que se destinam.

Na classificação de J. CRETELLA JÚNIOR, a descentralização a que alude o Decreto-Lei nº 200/67 corresponde à **descentralização por colaboração**, conquanto a equivalência não seja perfeita. O mestre da Universidade de São Paulo define esse tipo de descentralização como o que se verifica "sempre que o Estado transfere a pessoas, físicas ou jurídicas, uma série de atribuições especiais, que ele próprio poderia desempenhar, mas em que encontra dificuldades pela progressiva complexidade da máquina administrativa". (9) A imperfeição está em que o ilustre professor da USP admite, como meios para concretizar a **descentralização por colaboração**, apenas a delegação, a concessão e as autarquias, o que exclui os demais órgãos da administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas) e as fundações enquanto entidades vinculadas. Ora, se a descentralização, como regra de conduta administrativa legalmente estatuída, visa a racionalizar as atividades da administração pública e busca, como vimos, dotar a administração de eficiência e presteza, não faz sentido que se eliminem as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações da lista de órgãos capazes de colaborar com o Estado sob os **princípios fundamentais** previstos no Decreto-Lei nº 200/67 (planejamento e controle, especialmente).

(8) "Ora, na prática de bem descentralizar está o segredo de toda eficiente Administração. A tendência, todavia, não assenta só num pressuposto jurídico, mas em pressupostos que são naturais e da natureza das coisas. O problema, antes de mais nada, é técnico e científico. Obedece à lei orgânica da divisão do trabalho administrativo. Todo o excesso de centralização leva ao estrangulamento das instituições.... A verdadeira sabedoria, num governo representativo de situações econômico-sociais, reside em saber distribuir funções, competências e responsabilidades. Inclusive delegar." MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, pág. 73.

(9) "Tratado de Direito Administrativo", vol. VII, pág. 112. Ed. Forense, 1970.

O art. 11 define a delegação de competência como instrumento de descentralização administrativa, "com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender". Fácil é perceber-se que o artigo explica-se a si mesmo e dá seu fundamento. Poder-se-ia falar em erro de técnica legislativa, de vez que, como se sabe, o dispositivo legal não deve ser justificativo, porém, e tão-somente, impositivo, declarativo ou enunciador, cabendo à exegese expor-lhe os fundamentos de fato e de direito. O Decreto-Lei nº 200/67 — abram-se parênteses — tende a ser explicativo em várias de suas disposições. Todavia, parece que, sem embargo da condenação da melhor técnica legislativa (e então teríamos de apontar inúmeros outros erros de técnica, como, por exemplo, o uso impróprio de adjetivos e advérbios), tal tendência se tem revelado conveniente. Isto porque, tratando-se de texto legal inovador, poderiam advir dúvidas e perplexidades — além das já devidas a outros equívocos do próprio Decreto-Lei nº 200/67 —, quando se transpusesse o texto para a prática administrativa. Uma vez, que, em termos de administração pública, a eficiência na execução é tão ou mais importante do que o embasamento teórico, melhor terá sido sacrificar a técnica legislativa em favor da máxima nitidez na fixação dos objetivos práticos a atingir.

Finalmente, configura-se a racionalização pelo que enunciam os arts. 13 e 14:

"Art. 13 — O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;

b) o controle, pelos órgãos de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Art. 14 — O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais, ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco." (Os grifos são nossos.)

Descentralização e delegação de competência sugerem controle. Notem-se os cuidados do Decreto-Lei nº 200/67 em dotar os arts. 13 e 14, concernentes ao controle, de significativa abrangência: "em todos os níveis e em todos os órgãos", "observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado", "controle da aplicação dos dinheiros públicos pelos órgãos próprios do sistema", "simplificação de controles puramente formais ou cujo custo seja superior ao risco". Como se pode

antever, tais dispositivos incidem sobre toda e qualquer entidade vinculada, competindo ao ministério supervisor exercer o controle neles referido.

6. Planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle constituem o que o Decreto-Lei nº 200/67 classifica de **princípios fundamentais** aos quais devem obediência as atividades da Administração Federal (art. 6º). Esses **princípios** contribuem para configurar as duas diretrizes essenciais da reforma administrativa brasileira e redundam, ademais, na criação de novas figuras em nosso direito administrativo, dentre as quais a entidade vinculada e a supervisão ministerial.

Ao examinarem-se esses **princípios**, ressaltam duas arguições. A primeira, quanto à correção do rótulo **princípios fundamentais**, a segunda, no que tange ao caráter obrigatório das leis administrativas. Resolvê-las importa ao presente estudo porque, de um lado, é preciso saber se o que o Decreto-Lei nº 200/67 chama de **princípios fundamentais** é norma obrigatória ou preceito programático; e porque, por via de conseqüência, é preciso saber se as normas estatuídas pelo Decreto-Lei nº 200/67 obrigam o administrador, ainda que fossem de índole programática.

A denominação **princípios fundamentais** é criticada por LUCIANO BENEVOLO DE ANDRADE, para quem “O erro do legislador é palmar. Os quatro primeiros — planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência —, a rigor, não passam de técnicas de administração, enquanto que o último — controle — é mero corolário do poder diretivo. Conquanto tais indicações, para os efeitos legais, tenham sido elevadas à categoria de princípios e os dispositivos que a eles se reportam possam parecer, por sua redação, normas imperativas, na verdade, ressaltando o controle, são apenas programáticas.”⁽¹⁰⁾

A crítica deve ser dividida em duas partes, que correspondem, respectivamente, aos dois aspectos acima mencionados. Na primeira parte — os **princípios** não são princípios e sim técnicas —, é razoável a crítica. Os princípios fundamentais são, na verdade; a organicidade e a racionalização das atividades administrativas. A implementação desses princípios essenciais à promoção do desenvolvimento e da segurança, e conducentes ao bem-estar coletivo, é que requer a adoção, pela administração pública, de certas técnicas: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Entretanto, a crítica, nessa parte, é incompleta, pois que não se deu conta de que a delegação de competência é instrumento de descentralização, não constituindo técnica de vida própria; a idéia de delegar competência perde em substância se apartada da idéia de descentralização administrativa. Não deveria aparecer isolada, elevada à posição de técnica autônoma, porém no bojo da descentralização.

A segunda parte da crítica improcede. Hoje, não mais há dúvidas de que as leis administrativas têm caráter obrigatório na relação jurídica,

(10) Op. cit., pág. 32.

“porque são leis como as demais leis de direito comum, diplomas que subordinam o Estado, a Administração e os administrados”. (11) Nem se argumente com a inexistência de sanção para dar compulsoriedade às normas estabelecidas pelos arts. 6º a 14 do Decreto-Lei nº 200/67. É preciso entender sanção, no caso, como a capacidade de coagir o órgão da administração a conduzir-se em conformidade com o Decreto-Lei nº 200/67. E há numerosos exemplos de que essa coação tem sido exercida em ocasiões várias, principalmente na área econômica, onde financiamentos e recursos somente são concedidos ou alocados se a inversão obedecer aos ditames de projetos elaborados segundo técnicas de planejamento, e forem submetidos a mecanismos de desembolso e aplicação sob o controle dos órgãos centrais específicos, embora a execução possa ser descentralizada.

Tenha-se em mente que planejamento, coordenação, descentralização e controle são técnicas eleitas como regra de comportamento administrativo. Como toda norma de comportamento legalmente instituída, são técnicas cujo emprego é imperativo para quantos se encontrem sob a incidência da lei. Planejar, coordenar, descentralizar e controlar são regras de conduta administrativa a que está obrigado todo órgão sujeito ao Decreto-Lei nº 200/67 e à legislação posterior que lhe introduziu modificações.

Nesse sentido, assiste inteira razão a OLIVEIRA FRANCO, que sustenta, ao comentar o art. 6º do Decreto-Lei nº 200/67, a existência de “uma ordem necessária a ser atingida e respeitada, liberta de possíveis improvisações e sancionada pelo poder central. Cabe ao Estado (Administração Central) fixar as linhas mestras através das quais os entes haverão de atuar. Com isto não se atenta contra a independência ou a autonomia, pois tais conteúdos só procedem dentro e na execução dos lineamentos básicos”. (12)

Na organicidade e na racionalização dos serviços de interesse coletivo, executados ou promovidos pelo Estado — seja por sua Administração Direta ou Indireta —, parece possível divisar-se a presença do **coeficiente político** de que fala BURDEAU, no sentido de que, sendo o todo mais do que a simples soma das partes, o processo político será tanto mais viável e eficiente quanto mais integrado sistemicamente. (13) Não temos dúvida de que o escopo primordial da reforma administrativa é o de submeter todos os órgãos que lidem com o interesse público às mesmas regras de boa administração, integrando-os em um todo homogêneo, a que dão consistência as operações de planejamento, coordenação, descentralização e controle. Há descentralização de execução, contudo subsiste o controle como norma de eficiência e probidade, a qual faz convergirem para o centro de gravidade da administração (sistemicamente compreendida) — quer dizer, seu centro de equilíbrio e fonte das decisões de onde partem as linhas mestras do sistema — todas as atividades e funções que almejam atender ao interesse coletivo.

(11) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *op. cit.*, pág. XVII.

(12) *Op. cit.*, pág. 71.

(13) Veja-se GEORGES BURDEAU, “*Traité de Science Politique*”, Paris, 1949.

III — ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA, ENTIDADES VINCULADAS E SUPERVISÃO MINISTERIAL

SUMÁRIO: 7. Estruturação conceitual dos órgãos da administração pública; bipartição em administração direta e indireta é o ponto de referência para a supervisão ministerial e as entidades vinculadas. 8. Síntese conceitual das entidades vinculadas; discordância doutrinária; prevalência da definição legal. 9. Supervisão ministerial: natureza e extensão; responsabilidade dos Ministros de Estado. 10. Relação entre entidade vinculada e Ministério Supervisor; tutela administrativa; autonomia e controle coexistem.

7. Como conseqüência das premissas basilares alinhadas no capítulo precedente — a de caráter ético, que é a moralidade administrativa, alicerce de todas as demais; e as de caráter operativo, que são a organicidade e a racionalização das atividades e funções da administração —, novas figuras surgem no direito administrativo brasileiro. Este estudo interessa-se por três delas: a divisão da administração pública em direta e indireta, as entidades vinculadas e a supervisão ministerial. É a trilogia sobre que se assenta a estruturação conceitual dos órgãos da administração pública no Brasil, com marcantes repercussões técnico-administrativas e jurídicas.

Prescreve o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67:

“Art. 4º — A Administração Federal compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

§ 1º — As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

§ 2º — **Revogado pelo Decreto-Lei nº 900/69. Equiparava às empresas públicas as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participasse a União.**

O que se deve notar de plano, como sublinha OLIVEIRA FRANCO, é que a determinação do que seja conceitualmente Administração Federal tem a ver com a organização político-constitucional. Deve-se aceitar, decorrendo do art. 4º, “duas evidências que são inatas nos regimes federais: a) a da centralização, traduzindo hierarquia formal, contínua e permanente

dos serviços gerais integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios — é a **administração direta**; b) a da descentralização, quando da transferência de atividade administrativa ou do exercício dela para outras pessoas, que passam a receber faculdades, deveres e obrigações públicas — é a **administração indireta**". (14)

Na primeira esfera, encontrar-se-iam "todas as categorias de serviços executados diretamente pelos órgãos estatais, isto é, pelo conjunto dos organismos a que se acham afetos os serviços sob a responsabilidade do Estado". (15) Sem embargo da autoridade de seu eminente autor, a definição não mais atende à moderna colocação do Decreto-Lei nº 200/67. A defasagem reside na noção de responsabilidade do Estado. Em verdade, mesmo os serviços executados pelos órgãos da administração indireta podem comprometer, em sentido lato, a responsabilidade do Estado perante os administrados, de vez que todas as atividades da administração pública desenrolam-se, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 200/67, sob algum tipo de controle estatal, como a supervisão ministerial, o que implica responsabilidade do Estado, ainda que mediata.

O que caracteriza a administração direta é o nível hierárquico do órgão que se desincumbe de suas atribuições, que se devem incluir em sua competência legal respectiva, também prevista pelo Decreto-Lei nº 200/67 (Título VI, arts. 32 a 67).

Encontrar-se-á ainda engano, **data venia**, na conceituação de CRETELLA JÚNIOR para administração indireta. Segundo ele, o posicionamento adotado pelo Decreto-Lei nº 200/67 resente-se de falha técnica e científica porque "confunde função estatal com atividade estatal". E explica que a primeira é desempenhada ou pelo Estado (administração direta) ou por entidades públicas criadas por lei, às quais o Estado transfere ou delega funções estatais, ou seja, tarefas que só ele, Estado, pode desempenhar. Diversamente, atividades estatais seriam "do mesmo tipo e natureza daquelas que poderiam exercer os particulares", daí serem realizadas por sociedades de economia mista e empresas públicas, que "são meios instrumentais do Estado e não implicam o exercício de funções estatais". (16)

A distinção entre função e atividade estatal é preciosismo que não mais encontra guarida no Estado contemporâneo, o qual agasalha a idéia de Bem-Estar Social, de origem inglesa já do final do século passado, (17) ou a de Estado Social de Direito, de inspiração alemã do pós-guerra. A preocupação com o social e a latitude do que sejam necessidades e reclamos sociais, aliada a considerações de fatores de produção e distribuição de renda, conduz o Estado de nossos dias a fazer suas, conforme conjunturas e realidades nacionais, atividades anteriormente preclusas à função estatal. É evidente que a assunção dessas atividades pelo Estado, gera obrigações

(14) Op. cit., pág. 65.

(15) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, "Tratado de Direito Administrativo", vol. I, pág. 70, 3.ª ed., 1956.

(16) "Dicionário de Direito Administrativo", págs. 12-13, Ed. José Bushatsky, S. Paulo, 1972.

(17) Veja-se, a propósito, T. H. MARSHALL, "Política Social", págs. 94 e segs., Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 1967.

e responsabilidades públicas para os órgãos que as efetivem, as quais acabarão por repercutir na imagem que os administrados façam da administração, seja direta ou indireta. Não é por outra razão que o Estado amplia seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar os órgãos que não se situem na órbita imediata da administração pública. Por outro lado, o imperativo da eficácia para solucionar problemas sócio-econômicos crescentemente complexos, obriga o Estado-administrador a exigir cautelas maiores na elaboração e execução de planos e programas de interesse para a coletividade. Daí impor, como norma legal de comportamento administrativo, o uso de técnicas de planejamento, coordenação, descentralização e controle, em todos os âmbitos, níveis e hierarquias.

A bifurcação da administração pública em direta e indireta é o estágio atual de longa evolução ocorrida no direito administrativo. Mesmo no Brasil pode-se vislumbrar o embrião dessas duas esferas de atuação do Estado, no interesse da coletividade. ANTONIO JOAQUIM RIBAS, no Império, ensinava, a seus alunos das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, que:

“Lançando os olhos sobre o vasto e complicado mecanismo administrativo, facilmente se conhece que algumas de suas peças exercem ação de que depende essencialmente o movimento geral, e portanto são indispensáveis para que ele possa preencher o seu destino, enquanto outras somente têm por fim facilitar e coadjuvar a ação das peças essenciais, de modo que a sua existência não é indispensável para o movimento geral.

As funções, de que assim dependem a vida da administração e o preenchimento de sua missão, costumam denominar-se diretas, e mais exatamente se chamariam essenciais; aquelas que somente servem para facilitar o exercício destas, geralmente se denominam indiretas ou auxiliares, e também se poderiam qualificar de especiais.” (18)

Como se pode notar, a posição de mestre CRETELLA aproxima-se bem mais da de RIBAS, de 1861, do que daquela resultante das tendências seguidas pelo direito administrativo, na maioria dos Estados hodiernos.

Falar-se em entidades vinculadas e supervisão ministerial significa, nos termos de nosso Decreto-Lei nº 200/67, tomar por ponto de referência essa partilha das atividades e funções estatais em duas esferas de administração — direta e indireta. Nesta, há um terreno defeso à irrestrita liberdade de atuação das entidades vinculadas, e sempre jungido à supervisão estatal, a qual, como veremos, reproduz o clássico conceito de tutela administrativa, adaptado às contingências da moderna administração.

8. Em palestra que proferiu em 30 de agosto de 1975, no IV Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o Professor OLIVEIRA FRANCO discorreu

(18) “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 78. Obra premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9-2-1861, Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, 1968

sobre administração indireta com extrema objetividade. O temor de não lograr transplante adequado da exposição, em toda a sua clareza, torna preferível transcrever o excerto que interessa a este estudo, no sentido de afiançar que, perante a definição legal, posta em termos meridianamente inteligíveis, descabem discussões acadêmicas. Prelecionou o festejado administrativista paranaense:

“... existe uma profunda e real dependência vinculante entre a organização política, a constitucional e a administrativa. As normas constitucionais assentadas nos princípios políticos, e as normas administrativas integradas nos princípios constitucionais. Harmonizando-se, em um corpo só, o regime político, o regime constitucional e o regime administrativo.

Nas Constituições, não se compreende só a estruturação política, mas também toda a ordem normativa jurídico-administrativa. Não são elas, as cartas constitucionais, simplesmente leis maiores ou mais poderosas. Reúnem, sem dúvida, no que procuram dar sistema, o que na base mandamental se faz legal, o que no conteúdo dispositivo condiciona e vincula a atividade administrativa.

É das Constituições, por assim dizer, que a relação administrativa ou de administração adquire importância de relevo jurídico. Já que o direito subjetivo público nasce do exercício permitido do poder estatal, a relação que daí provém sensibiliza o Direito Administrativo, originando situações jurídicas, reconhecendo as pessoas administrativas e, o que é mais importante, determinando atividades e funções.

Impossível, portanto, pelo menos para nós, depois de considerarmos a organização constitucional administrativa, não admitirmos que o fato **organização administrativa** envolve o Direito Político e o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Processual, o Direito Penal e o próprio Direito Privado, não obstante a supremacia da Administração no tocante ao direito objetivo ou às leis e normas.

Contudo, tal supremacia não atenta contra os princípios gerais do direito, nem infringe o princípio da hierarquia normativa. Como as fontes legais **escritas** têm o caráter de primárias, sobretudo porque derivam do poder que legisla, nelas a Administração encontra o limite entre a atividade regrada e a atividade discricionária. Utilizando das técnicas predeterminadas, só assim o Estado se pronuncia legalmente.

Precisamente nesse ponto de convergência vamos encontrar o Decreto-Lei nº 200, impondo a descentralização sob o aspecto dinâmico e não estático, a descentralização aceita num sentido bastante amplo, mas processando-se através de manifestações tipificadas, ou seja, **indiretamente**, com a transferência de compe-

tência a certas pessoas administrativas, já anteriormente qualificadas por lei.

Não adianta, nem convence ao hermenêuta, que discutir se queiramos excelências do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Nem o que trouxe, depois, o Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Conforme o velho brocardo, melhor com eles do que sem eles. *Sinceramente, analisando os citados diplomas, verifica-se que deles decorrem regras substanciais de organização e funcionamento administrativos, princípios regrados que servem ao direito, ao Estado e ao serviço público.*

*Integrado na mecânica de ordem e natureza constitucional, fixando as determinantes de uma estrutura organizacional para a nação, adotando pressupostos legais que, apesar de variáveis, mantêm os valores institucionais, é o Decreto-Lei nº 200 um **diploma-modelo** não somente para a federação brasileira, mas para outros regimes administrativos carentes de formulações positivas. Nas minhas buscas, não encontrei até agora nada que se pudesse assemejar a tão realística conjuntura.*

Pois bem, analisado na sua peculiar problemática estrutural, dinâmico nos seus fundamentos básicos de procedimento, tratando de administração nos seus dois planos vitais, dando conteúdo constitucional e sistema de funcionamento de poderes e órgãos, trouxe para o Direito Administrativo, conceitual e histórico, disposições programáticas de incontestante importância jurídica, ou seja, de destaque quanto às possíveis atividades administrativas permitidas.

*No Decreto-Lei nº 200 está o Estado politicamente organizado, a Administração devidamente formalizada, tudo isso através do que chama de **princípios fundamentais**, em apontamento racional e moderno do que se possa entender por planejar, coordenar, descentralizar, delegar ou controlar. Nada falta para que apareça como um instrumento de poder legal administrativo, atuando sem violentar direitos ou interesses.*

*Lamenta-se, tão-somente, depois do que estamos trazendo à colação, não caber no momento maior exame crítico do sistema adotado entre nós. Sistema que faz regime administrativo e serve ao regime político-constitucional. E lamenta-se porque, se estamos aqui, é para cumprir o compromisso de abordar parte do que contém o Decreto-Lei nº 200, isto é, o estudo da **administração indireta** e as possíveis implicações que tornem incertos conceitos determinados.*

Uma premissa, porém, há de valer, e que é esta, no tocante ao tipo de organização administrativa: não foi sem razão que o legislador, quando tornou vigente o Decreto-Lei nº 200, separou e dis-

tinguiu a administração **direta** da administração **indireta**, focando a direta como aquela constituída dos serviços integrados na estrutura geral administrativa, e a indireta como aquela que compreende certas categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria na especialização.

No quadro da administração **indireta**, sem que se precise enfatizar, as nominadas categorias de entidades, a que chamamos de **pessoas administrativas**, receberam conceito positivo e batismo jurídico adequado, obedecem quanto ao **fim** a uma devida vinculação de dependência, instituem-se por força de características singulares ou criam-se por contingências opcionais de interesse e serviço público.

Casuisticamente, para exemplificar, em virtude de uma consciência formada pela história, aí temos as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e as fundações instituídas ou **fundadas** pelo Estado. Cada uma dessas **pessoas**, como já vamos ver, não escapando de um conceito jurídico definido. Dentro de um propósito que é bom, bastante louvável, porque não permite, nem à própria Administração, tergiversar com verdades que são legais.

Sejamos explícitos, portanto, na evidência positiva, diante do que concretamente fala e diz a lei. E perguntemos a nós próprios, tendo e lendo a lei, o que é uma autarquia, o que é uma empresa pública, o que é uma sociedade de economia mista ou o que é uma fundação. A resposta, não aliciando posições de agrado doutrinário, nem especulações teoremáticas, só se pode buscar no que ficou sucintamente no **teor-conceito**, de maneira enxuta definida pelo legislador.

Uma **autarquia** assim é, verbo **ser**:

- um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Empresa pública:

- uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Sociedade de economia mista:

- “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade eco-

nômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta”.

Fundação:

- entidade que, apesar de poder ser instituída pelo poder público, guarda os requisitos estabelecidos na legislação pertinente (artigos 24 e seguintes do Código Civil), submetida à supervisão tutelar ministerial (artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200), pessoa pública quanto aos fins, privada quanto à personalização jurídica.

Panoramicamente, desde que aí está o Decreto-Lei nº 900, complementando o Decreto-Lei nº 200, ambos os diplomas fazendo regime jurídico-administrativo, as quatro entidades nomeadas, desde que instituídas em virtude de lei, passam de plano a integrar a Administração estatal. O que valem são as características que as singularizam, que as tornam distintas umas das outras, diferentes no serviço público que prestam.

Já portanto não existem motivos que justifiquem posições polemizantes. É sempre preferível ao hermeneuta, ante a clareza dos textos, não os desnaturar. Os institutos clássicos, quando chegam para explicar as instituições administrativas, merecem o respeito imposto pela realidade jurídica e pela verdade legal. Não existem compartimentos **estanques** no direito ou na ciência do direito.”

9. Disciplina a supervisão o Título IV do Decreto-Lei nº 200/67 (arts. 19 a 28). No Título IV está inscrito, ainda, o art. 29, o qual, entretanto, nada tem a ver com a matéria regulada no Título IV.

O art. 19 dispõe que:

“Todo e qualquer órgão da Administração Federal, Direta ou Indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”

O Decreto-Lei nº 200/67 inovou a terminologia, criando a figura que chamou de supervisão, a qual, diz o art. 19, tanto pode ser exercida pelos Ministros de Estado quanto pelo Presidente da República, conforme o órgão supervisionado esteja vinculado a um Ministério ou à Presidência da República.

O conceito de supervisão está ligado ao de controle. BENÉVOLO DE ANDRADE frisa, acertadamente, que:

“Na órbita interna, o controle representa um consectário do comando. É preciso verificar se o praticado se ajusta ao ordenado. Consiste, pois, o controle no acompanhamento da ação administrativa para comprovar se ela se desenvolve segundo o modo esta-

belecido e de acordo com os objetivos visados. O controle tem por fundamento a necessidade vital de manter a normalidade da organização. Seu suporte jurídico é conferir proteção aos administrados.” (19)

O mesmo publicista ensina que, conforme a titularidade, existem dois tipos de controle: o interior, que pertence com exclusividade à administração, e o exterior, que a administração sofre de fora.

O controle interior pode ser cêntrico, conhecido sob a denominação de autocontrole, processando-se pelas vias dispostas pela própria estrutura organizacional da administração. São os graus e níveis hierárquicos da administração que, em escala ascendente e sucessiva, revêem e fiscalizam os atos administrativos dos escalões inferiores.

O controle interior também pode ser excêntrico, e então recebe o nome de tutela administrativa. Há o sujeito ativo, o Estado, representado, na hipótese brasileira, pela administração direta; o sujeito passivo, representado pelas pessoas jurídicas que exercem funções ou atividades públicas; as atividades tutelares, que são as providências que o sujeito ativo pode tomar relativamente ao sujeito passivo; e o texto legal, que designa a autoridade detentora da tutela, bem assim os casos, limites e procedimentos de sua competência, quanto ao exercício da tutela. É a típica situação caracterizada pela supervisão ministerial.

A supervisão ministerial, tal como regulada pelo Decreto-Lei nº 200/67, é poder-dever jurídico-administrativo conferido e imposto aos Ministros de Estado. Seu descumprimento, assinala OLIVEIRA FRANCO, significa inexecução “no cumprimento de tarefas públicas”. (20) É que o Ministro, quando supervisiona, passa a ser um fiscal da legalidade e da moralidade nas atividades dos órgãos sob sua supervisão. A ênfase de OLIVEIRA FRANCO não é exagerada, quando assevera ser esta “uma forma de controle ligada a questões de conveniência ou de oportunidade administrativa, vinculada, nas áreas de gestão, à prática dos procedimentos regulares. Do contrário, supervisão seria apenas uma palavra sem conteúdo na lei. O que se quer, pela supervisão, é que a correção dos meios corresponda à honestidade dos fins”. (21) Daí concluir, de maneira irreparável, que:

“As faculdades técnicas, os critérios de oportunidade ou de conveniência, as normas legais programadas, de que use ou deixe de usar o agente administrador delegado, podem escapar ao exame do Judiciário, mas não escapam, na supervisão, à responsabilidade do Ministro. Transfere-se, destarte, a responsabilidade a quem praticou o ato de delegação. Responde aquele Ministro pela inobservância dos deveres gerais afetos ao seu cargo. Internamente, pode-se imputar o agente, mas externamente a responsabilidade envolve autoridade a quem a lei conferiu o poder de delegar.” (22)

(19) Op. cit., pág. 185.

(20) Op. cit., pág. 104.

(21) idem, ibidem.

(22) idem, pág. 105.

É a única interpretação que a exegese do art. 20 autoriza. Dispõe ele que:

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

Parágrafo único — A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos deste Decreto-Lei.”

Sobejam razões objetivas, portanto, para deduzir-se que na supervisão ministerial prevalecem: “a) uma relação de direito vinculada a uma certa atividade; b) uma vontade em execução que não escapa ao direito. Vale a supervisão porque o poder legal não pode ser licitamente usado fora da intenção administrativa”. (23) E esta intenção tem como premissas necessárias a moralidade, a organicidade e a racionalização nos serviços de interesse público; e como regras de comportamento administrativo, legalmente impostas, as técnicas de planejamento, coordenação, descentralização e controle. Em outras palavras, é esse conjunto de premissas e regras o objeto da supervisão. Quer dizer: não é a função que está ao dispor do Ministro e sim este que a deve servir.

Derivando a supervisão do poder diretivo e consistindo no poder-dever de controlar a regularidade da ação administrativa, parece inevitável a ilação de que toda a autoridade controladora detém capacidade supervisora, o que pode ser projetado para os níveis estaduais e municipais.

10. Viu-se que o controle interior excêntrico configura o que a doutrina define como tutela administrativa, criação centenária do direito administrativo francês. Aprofundemos a conotação, com a finalidade de examinar as relações existentes entre entidades vinculadas e supervisão ministerial, à luz do Decreto-Lei nº 200/67.

Os traços típicos da tutela administrativa — sujeitos ativo e passivo, atividades tutelares e texto legal (24) — estão desenganadamente presentes no Decreto-Lei nº 200/67, de modo a caracterizar a situação jurídica das entidades vinculadas, em face do ministério supervisor, como a de órgãos administrativamente tutelados.

O Estado é o sujeito ativo da tutela porque a ele compete o controle das atividades realizadas com vistas ao interesse público. No caso, é o Estado representado pelos Ministérios aos quais a lei dita o poder-dever de orientar, coordenar e controlar as atividades dos órgãos que lhes forem vinculados (art. 20, parágrafo único).

O sujeito passivo são as entidades vinculadas. Não são sujeitos passivos, não tipificando, pois, o instituto da tutela administrativa, os órgãos subordinados, uma vez que o controle sobre estes é interior, cêntrico, através das linhas hierárquicas da própria estrutura organizacional dos Ministérios.

(23) *Idem, ibidem.*

(24) Veja-se o “Dicionário de Direito Administrativo”, cit., págs. 331-338.

Tanto assim é que a supervisão é dicotômica: refere-se aos órgãos subordinados (controle interior cêntrico) e aos vinculados (controle interior ex-cêntrico). A distinção mostra-se necessária porque "obviamente, a supervisão se não exerce com a mesma intensidade, propósitos e objetivos, tanto que regulada em artigos distintos: a primeira, no 25; e a segunda, no 26". (25)

As atividades tutelares explicitam-se, genericamente, nos arts. 21 a 23, e, especificamente, no art. 26.

Estabelece o art. 21 que o Ministro de Estado exercerá a supervisão com apoio em órgãos centrais. São eles uma Secretaria-Geral e uma Inspeção-Geral de Finanças, existentes na estrutura de cada Ministério (arts. 22 e 23).

O art. 26, parágrafo único, enumera as medidas que cabem à supervisão tomar, com relação aos órgãos da administração indireta e às fundações (estas, por força do Decreto-Lei nº 900/69, art. 3º):

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
- b) designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas assembleias-gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas assembleias e órgãos de administração ou controle;
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
- i) intervenção, por motivo de interesse público."

A tutela administrativa jamais se presume, devendo existir texto legal que a estabeleça, ao mesmo tempo em que assinala, de maneira clara e precisa, os limites exatos da fiscalização tutelar. É o que encontramos, sob

(25) ROMEU DE ALMEIDA RAMOS, Parecer I-242, de 19-09-1973, do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República em 16-10-73, e publicado no DO de 19-10-73, fls. 10.541; in "Pareceres da Consultoria-Geral da República", vol. 83, págs. 108-111, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1975.

o rótulo de supervisão, nos já mencionados arts. 21 a 23 e 26, bem como no art. 25, que fixa os objetivos da supervisão ministerial:

- I — assegurar a observância da legislação federal;
- II — promover a execução dos programas do Governo;
- III — fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II;
- IV — coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios;
- V — avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados;
- VI — proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas;
- VII — fortalecer o sistema do mérito;
- VIII — fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos;
- IX — acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços;
- X — fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro;
- XI — transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.”

A definição dada à tutela administrativa pela escola administrativa francesa, na qual pontificam WALINE, LAUBADÈRE e RIVERO, sintetiza magnificamente o instituto e não deixa dúvida quanto à identidade substancial entre ele e a supervisão, adotada pelo Decreto-Lei número 200/67 com a mesma finalidade de controle. De MARCEL WALINE: “o conjunto de fiscalização que se exerce sobre uma pessoa administrativa descentralizada ou também, excepcionalmente, sobre uma pessoa de direito privado”; de ANDRÉ LAUBADÈRE: “a fiscalização exercida pelo poder central sobre as autoridades descentralizadas”; de JEAN RIVERO: “a fiscalização exercida pelo Estado sobre um órgão descentralizado, nos limites fixados pela lei.”⁽²⁶⁾ Dentre administrativistas de nomeada mais recentes, deve-se citar a esplêndida definição do professor português MARCELO CAETANO, que emoldura perfeitamente a experiência brasileira, a partir do Decreto-Lei nº 200/67: “o poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva de intervir na gestão de outra pessoa coletiva autônoma, autorizando ou aprovando os seus atos, suprindo a omissão de seus deveres legais ou fiscalizando os seus serviços, no intuito de coordenar os interesses próprios

(26) Respectivamente, in “Droit Administratif”, 9.ª ed., 1963, pág. 423; “Traité élémentaire de droit administratif”, 3.ª ed., 1963, vol. I, pág. 90; “Droit administratif”, 3.ª ed., 1965, pág. 283.

da tutelada como os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar". (27)

Resta esclarecer importante questão quanto à autonomia das entidades vinculadas, com o fim de não as confundir com os órgãos subordinados, os quais, como vimos, estão submetidos a outro tipo de controle, que não o da tutela administrativa. A questão vem a pelo em razão do próprio Decreto-Lei nº 200/67, que, em seu art. 26, IV, ressalva que a supervisão ministerial, no que concerne à administração indireta, assegurará a **autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade**...

Neste caso, a lição de CRETELLA é irrepreensível, desde que se entenda a expressão **pessoas públicas administrativas** de maneira a abranger todas as entidades vinculadas, nos termos da lei brasileira vigente:

"O objetivo da tutela administrativa é fazer com que as pessoas públicas administrativas respeitem a legalidade e a oportunidade, praticando atos de acordo com o que preceituam os textos legais, em consonância com o que se exige do bom administrador. Pelo exposto, conclui-se que a tutela administrativa é, em essência, um tipo de fiscalização especial dos sistemas descentralizados...

Nos limites de sua competência, as entidades de descentralização são livres; exercem os poderes que lhes são deferidos, norteados por finalidade pública; não podem exorbitar praticando atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Perseguindo fins públicos delineados no texto de lei, os entes públicos descentralizados ficam à mercê dos processos tutelares. Se estes não existissem, a descentralização por serviço implantaria desordem administrativa. Se a fiscalização, por outro lado, exorbitar, atinge a autonomia do ente tutelado, transformando-o num juguete do Poder Central, negando a razão de ser do próprio instituto descongestionador; daí o impor-se o limite ou restrição à tutela. Entre outros, os limites concretos ao exercício da tutela administrativa são o texto legal, as formalidades, o fim visado e os motivos determinantes." (28)

Assim também entendeu ROMEO DE ALMEIDA RAMOS, o qual realçou o aspecto da autonomia nos seguintes termos:

"Resumindo, pois, temos que a supervisão... envolve medidas de controle posterior (Decreto-Lei nº 200, art. 26, parágrafo único, letras c, e, h) e de aprovação antecipada (letras d, f, g)...

Nem se diga que tal aprovação prévia comprometeria a autonomia administrativa assegurada por lei aos órgãos vinculados de que se trata, dado que ela decorre da própria supervisão que também a lei estabeleceu devesse ser exercida pelo *Ministro de Estado* no que tange às entidades da respectiva área de competência. É que a autonomia dessas entidades sofre as limitações necessárias à

(27) "Manual de Direito Administrativo", pág. 170, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1970.

(28) Dicionário cit., págs. 334-335.

supervisão prevista, sem as quais esta se tornaria inócua, aí, sim, comprometendo a sistemática adotada pela Reforma Administrativa.” (29)

Onde o então Consultor-Geral da República parece exagerar sua interpretação é na extensão que confere a essa **aprovação antecipada**, pois que a considera cabível, inclusive quanto a convênios, acordos, ajustes ou contratos “de cuja vigência resultem compromissos para entidades sujeitas à supervisão”. Ora, se a sistemática objetivada pela Reforma Administrativa, reconhece o mesmo parecerista, deve ser preservada, então pretender que as entidades da administração indireta submetam ao Ministério Supervisor todos os atos administrativos internos de que resultem compromissos, é o mesmo que levar o Ministério Supervisor a discutir o mérito de cada um desses atos, ou seja, a administrar, ele mesmo, a entidade vinculada. Sabendo-se que toda discussão de mérito importa consulta a órgão de assessoria do Ministério, segue-se que *todo o trabalho seria duplicado: a par da análise técnica dos órgãos próprios da entidade vinculada, haveria o exame dos órgãos competentes do Ministério Supervisor*. E as decisões se procrastinariam de parecer em parecer, até que não mais fossem oportunas, convenientes ou adequadas. Isto é ir contra a sistemática da Reforma Administrativa. A presunção é de que a entidade vinculada possui condições técnicas para conduzir os assuntos afetos ao seu campo de trabalho, sendo este de tal natureza que exigiu fosse sua execução descentralizada e confiada à entidade especialmente instituída para esse fim. Não faz sentido, portanto, confundir-se supervisão com execução subordinada ou condicionada.

Dá ser mais adequada a observação de que se, por um lado, a autonomia concedida às entidades vinculadas não subtrai ao Estado o poder de mantê-las rigorosamente fiéis a seus objetivos, nos limites traçados pela lei, nem por isso, de outro turno, esse poder deve sufocá-las sob os entraves de uma falsa autonomia. Argumenta muito bem BENÉVOLO DE ANDRADE que “a capacidade de autogestão não significa plena independência, nem as desvincula da autoridade do Estado, que tem de zelar pela regularidade do serviço. Assinalam PAUL DUEZ e GUY DEBEYÈRE que a tutela administrativa corresponde a um **temperamento da autonomia de gestão**” (30) (nosso o grifo).

Também OLIVEIRA FRANCO identifica, na vinculação, dependência e tutela, e entrevê o limite da intervenção tutelar na autonomia da entidade vinculada:

“Quanto à vinculação, prevista na lei, é de sistema jurídico. Impõe duas situações relacionais objetivas: **a)** uma, de dependência que diga com o fim maior, isto é, com a principal atividade; **b)** outro, de tutela, de fiscalização ou controle na forma que a lei criadora determinar. Não basta a escolha do regime jurídico para as entidades descentralizadas. O serviço público, além de um processo

(29) Parecer cit., pág. 111.

(30) Op. cit., pág. 188.

técnico, é um processo jurídico, subordinado a normas que presidem o seu desempenho e que *a priori* devem qualificar taxativamente até onde vai a intervenção tutelar.” (31)

IV — A FUNDAÇÃO COMO ENTIDADE VINCULADA

SUMARIO: 11. O que importa esclarecer para o fim de saber se as fundações estão sujeitas à tutela administrativa; a exclusão das fundações da categoria de órgãos da administração indireta; a condição de entidades vinculadas e a fiscalização de suas atividades em face do Código Civil. 12. Um caso concreto de fundação vinculada que segue os mandamentos dos Decretos-Leis nºs 200/67 e 900/69: Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

11. Publicada, em 1973, a tese com que o Professor SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA obteve a livre docência de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da então Universidade do Estado da Guanabara, poucas questões permaneceram inabordadas em torno das fundações instituídas pelo Estado. O ilustre professor dissecou, com abundante informação doutrinária de publicistas brasileiros e estrangeiros, quase todos os aspectos que envolvem a matéria, incluindo os debates que, no Brasil, dividem os mais conspícuos autores em posições conflitantes e, ao que parece, irredutíveis, indo desde a consideração de que tais fundações são verdadeiras autarquias, até a dos que esposam a tese de que elas, pelo fato de serem criadas pelo poder público, nem assim perdem a natureza de entidades de direito privado. E passando pelos que adotam fórmulas intermediárias, porém intransigentes para com aqueles dois extremos. Sem falar na controvérsia reinante quanto à definição de entidades paraestatais.

Logo, examinar nuances da polêmica é ver o já visto (32) e em nada contribuir para o desate das questões remanescentes. Por isso, tratar-se-á, neste capítulo, das fundações, enquanto entidades vinculadas à supervisão ministerial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69, e disposições correlatas do Decreto-Lei nº 200/67. É o que move este estudo e se apresenta como aspecto ainda pouco versado em nosso direito administrativo. A partir desse enfoque, duas são as questões a que se responderá: a) razões pelas quais se excluíram as fundações da categoria de órgão da administração indireta; b) se a exclusão inibe a tutela administrativa, principalmente em face das normas do Código Civil, sobre a fiscalização das atividades das fundações.

Tais questões vêm de ter lapidar desvendamento em recente parecer do Consultor-Geral da República LUIZ RAFAEL MAYER. Reveste-se de re-

(31) Op. cit., pág. 65.

(32) Ao que se pôde colher, há nove monografias de autores brasileiros especificamente sobre fundações, além de estudos contidos em tratados, manuais e compêndios de direito administrativo, sem contar artigos publicados em revistas especializadas. Levantamento bibliográfico realizado nas bibliotecas de Brasília, pela bibliotecária Inácia Jatobá Ramos, da Divisão de Documentação do Ministério da Justiça, relacionou 106 trabalhos publicados no Brasil, sobre entidades paraestatais, administração indireta e entidades vinculadas — autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

levantíssima significação porque fixa, com inteira clarividência, o entendimento do Governo Federal sobre a situação e a natureza jurídica em que se encontram as fundações criadas pelo poder público. É imprescindível transcrever o trecho do Parecer, no que concerne ao tema sob exame:

“Equiparadas às empresas públicas, na redação primitiva do Decreto-Lei nº 200/67 (artigo 4º, § 2º), as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público integravam, expressa e formalmente, a categoria dos órgãos da administração indireta, incorrendo dúvida quanto a enfileirá-las ao lado dos demais, igualmente discriminados.

Com o advento do Decreto-Lei nº 900/69, as fundações instituídas em lei federal deixaram de figurar no elenco das entidades da Administração Indireta, constante do Decreto-Lei nº 200/67, mas se lhes impôs, quando recebiam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, o mesmo tipo de controle e tutela, consoante as normas de supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do mesmo Decreto-Lei nº 200, sendo destinatárias as mesmas entidades da Administração Indireta. Ora, essa modificação não atinge a substância, a natureza e a dependência administrativa das fundações, tendo, na verdade, um aspecto meramente formal, sem profundas implicações.

O ilustre Autor, acima invocado — refere-se a C. A. BANDEIRA DE MELO, “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta” —, demonstra, exaustivamente, como a modificação introduzida pelo Decreto-Lei nº 900/69 deixou as fundações em regime igual ao das demais pessoas de direito privado categorizáveis como administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), não vislumbrando no traço diferencial da nova lei outra repercussão de realce, e talvez outro intento, senão o de eximir as fundações da norma sobre acumulação de cargos, a que estavam adstritas por força da anterior equiparação às empresas públicas, consoante a jurisprudência administrativa que se fez então valer (Cfr. ob. cit., págs. 167-170).

Disse o Parecer L-057, de 4-3-1975, desta Consultoria-Geral:

“Vale acentuar, no entanto, que o objetivo, formalmente alcançado, de desvinculação das fundações das categorias da Administração Indireta, era, de certo modo, infirmado, sob o aspecto substancial, pela ressalva, constante da mesma Lei, de submissão desses entes à mesma supervisão ministerial endereçada às entidades compreendidas na Administração Indireta, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sujeitando-os aos mesmos procedimentos de controle administrativo (artigo 3º do Decreto-Lei nº 900/69 c/c artigos 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67).

Isto posto, é de ver que a posição das fundações instituídas pelo poder público, consideradas ainda as suas leis institucionais e os fins que lhe são ordinariamente atribuídos, não as faz estranhas ao complexo administrativo e, se não formalmente, materialmente corresponde-lhes a qualificação de órgãos da administração indireta.”

Em confirmando a posição das fundações, no contexto da Administração Pública, a recentíssima Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, submeteu à fiscalização financeira do Tribunal de Contas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público.” (33)

No que tange ao controle das atividades das fundações, recorra-se ao magnífico trabalho de SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA, o qual, por sinal, conjugou-se perfeitamente com o Parecer da Consultoria-Geral da República:

“Como é sabido, o art. 26 e respectivos parágrafos — além do art. 30... e dos arts. 27 e 28... do Código Civil... atribuem ao Ministério Público local papel de relevo no que concerne à fiscalização das fundações privadas.

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

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

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 controle exercido pelo Poder Público sobre as entidades paraestatais não se calca na relação Estado-Administrado, mas na Administração Direta-Administração Indireta, de criador-criatura, na base da tutela administrativa...

.....

(33) Parecer n.º L-073, de 29-7-1975, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 01-9-1975, e publicado no Diário Oficial da União de 1-10-75.

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 aqueles que o **Parquet** possui, quando vela pelas fundações.”
(³⁴)

Dessa colocação dissente ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO, para quem:

“A supervisão não se confunde com a fiscalização do Ministério Público. Esta é de muito mais longo alcance. Não é o Ministério Público fiscal da aplicação e da execução das leis no interesse inclusive do Estado?

Quando muito haverá uma participação mais discreta no processo de constituição e extinção dessas fundações. Nunca, porém, deixará de haver participação na fiscalização de suas atividades, da probidade de seus dirigentes, da gestão dos seus negócios, da sua viabilidade existencial e do atingimento de suas finalidades. As fundações vinculam-se, e não se subordinam ao Poder Executivo dentro da área de sua especialidade.” (³⁵)

A opinião, embora respeitável, não resiste à análise que leve em conta o espírito e a letra do Decreto-Lei nº 200/67, como documento básico da reforma administrativa e criador de figuras novas em nosso direito administrativo. A supervisão ministerial suplanta, em efetividade e em objetivos, a fiscalização do Ministério Público. Esta, a rigor, surge quando da constituição ou extinção das fundações, ou quando provocada por denúncia ou representação. Isto porque os objetivos da fundação privada dizem respeito a interesses estritos. Ainda quando detentora do título de utilidade pública o atendimento social que proporcionam suas atividades beneficia a clientela para a qual foi especificamente criada, e só ela.

A supervisão ministerial — depreende-se pela simples leitura dos arts. 21 a 23 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 — acompanha a rotina administrativa das fundações vinculadas, tendo em vista o interesse coletivo a que deve atender o desempenho de suas atividades-fins.

O conflito de competências para exercer o controle é aparente. É princípio de hermenêutica incontestado que, na hipótese de colidência entre duas leis vigendo sobre a mesma matéria, prevalece a que for específica sobre essa matéria. Ora, a fiscalização do Ministério Público é provisão legal genérica; a supervisão ministerial é específica para assegurar racionalização e organicidade à execução das atividades e funções de interesse público,

(34) “As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado”, págs. 101-104, Ed. Rio, Rio de Janeiro. 1973.

(35) “O Ministério Público como órgão fiscalizador das Fundações”, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 114, out./dez. 1973, págs. 46-47. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

através do planejamento, da coordenação, da descentralização e do controle. E mais: a sistemática administrativa do Decreto-Lei nº 200/67 impõe a vinculação segundo especialização em áreas de atuação. Por conseguinte, há maior eficácia na supervisão de fundações técnicas, realizada por Ministérios tecnicamente habilitados na matéria objeto da supervisão, do que a que existe na fiscalização de promotores ou procuradores de justiça sobre matérias as mais diversificadas. Esta é fiscalização formal, ocasional; aquela é supervisão diuturna, de substância. E é isto que interessa ao Estado assegurar, quando se trata de serviço de interesse público. Logo, o grau de efetividade está na relação inversa daquela afirmada por OLIVEIRA MARINHO: do ponto de vista do interesse público, a supervisão ministerial possui alcance mais longo do que a fiscalização do Ministério Público.

A supervisão ganha significação ainda maior quando se sabe que as fundações vinculadas recebem a maior parte de seus recursos dos cofres públicos, o que somente por exceção acontece com fundações privadas. E, afinal, é elementar regra de racionalização — esta, recorde-se, é premissa axial da reforma administrativa brasileira — evitar-se duplicidade de ações. Se a supervisão é específica, mais ampla e efetiva do que a fiscalização, não há sentido em manter-se esta, que perde função e objeto em relação às fundações vinculadas. Aliás, os mais ilustres comentadores de nosso Código Civil advertiam que “se a fundação for instituída pelo Governo Federal, é bem de ver que não pode a sua inspeção ser entregue às autoridades estaduais”, clamando pela urgência com que o Legislativo, quanto ao art. 26 do Código, deveria acelerar sua regulamentação, “a fim de se tornar efetiva a fiscalização, de cuja falta tanto se ressentia o funcionamento regular das fundações, estabelecendo-se a forma por que as autoridades não de exercer as respectivas atribuições”.⁽³⁶⁾ É o reconhecimento da precariedade da fiscalização atribuída ao Ministério Público, quando se trata de fundação criada pelo poder público.

12. As idéias expostas até aqui não são abstrações ou exercícios intelectuais. Pode-se comprová-las mediante o exame da atuação de fundações instituídas em virtude de lei federal, revestidas da “autonomia administrativa, operacional e financeira” a que alude o art. 26, IV, do Decreto-Lei nº 200/67, e nem por isso esquivas das obrigações e responsabilidades inerentes aos órgãos que tratam de matéria do interesse público, em face da sistemática adotada pelo Decreto-Lei nº 200/67. Não quer isto dizer que não se encontrarão fundações dessa natureza, cujas administrações não se tenham apercebido de todos os efeitos jurídicos e administrativos derivados do fato de suas atividades dirigirem-se ao bem-estar social das populações. Abusos e interpretações apressadas têm desviado certas fundações da trilha traçada pelo Decreto-Lei nº 200/67. Daí haver a Lei nº 6.233, de 14-7-1975, tornado obrigatória, em qualquer caso, a apresentação, ao Tribunal competente, das contas das fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.

Todavia, pode-se dizer que várias fundações sempre se entenderam, muito antes da edição da Lei nº 6.233/75, submissas às premissas de mora-

(36) SÁ FREIRE, in “Manual do Código Civil Brasileiro”, vol. II, pág. 317. Coleção dirigida por PAULO M. DE LACERDA. Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1930.

lidade administrativa e de organicidade e racionalização das atividades públicas executadas por entidades vinculadas. Entendimento que, por tais e tantas razões expedidas ao longo deste Estudo, jamais poderia ter sido outro.

Admirável exemplo de fundação instituída pelo poder público, que se manteve sempre sob as normas de administração contidas no Decreto-Lei nº 200/67 — incluindo as relativas à licitação —, ainda quando mais acesa era a controvérsia sobre tal obrigatoriedade e mais açodados os instigamentos em contrário, é a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — FUNABEM, que o Congresso Nacional autorizou o Poder Executivo a criar, através da Lei nº 4.513, de 1-12-1964.

Essa lei, em seu art. 21, estabeleceu que as contas da FUNABEM “com parecer do Conselho Fiscal, serão anualmente sujeitas a exame e aprovação do Tribunal de Contas”. Anote-se, de passagem, que se prescrição semelhante houvesse existido em todas as leis que criaram fundações no Brasil, teriam sido evitados os problemas que hoje chocam a opinião pública e provocam candentes pronunciamentos de Ministros do Tribunal de Contas da União. Nesse aspecto, é preciso repartir culpas por omissões que, talvez bem intencionadas, acabaram por desenhar falsa imagem e equívoca concepção do plano administrativo em que devem atuar as fundações.

Para se ter a medida de como a FUNABEM integrou-se sistemicamente ao quadro global da reforma administrativa desejada pelo Decreto-Lei número 200/67, e de como tal integração é obviamente imperiosa, basta que se reporte à situação criada pelo Decreto nº 74.000, de 1-5-1974, o qual passou a FUNABEM à área de supervisão do Ministério da Previdência e Assistência Social; portanto, a FUNABEM passou a entidade vinculada, regime que até então desconhecia. A despeito da novidade, a questão que a vinculação despertou, graças ao correto entendimento que tinha a FUNABEM da natureza de suas atividades em face do Decreto-Lei nº 200/67, não foi de ordem substancial, mas formal. É que, por força do Decreto-Lei nº 199, de 25-2-1967 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), o julgamento das contas das entidades que devem prestação ao Tribunal implica a exibição de um “certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço” (art. 42, c). Em consequência, a FUNABEM sempre contratara firma especializada para realizar o serviço de auditoria externa exigido pelo Decreto-Lei nº 199/67.

O que sobreveio à vinculação? O Decreto-Lei nº 200/67, art. 26, parágrafo único, h, prevê que a “supervisão ministerial exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: . . . h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade”. Entre a auditoria externa, requerida pelo Decreto-Lei nº 199/67, e a cometida ao Ministério Supervisor em decorrência da vinculação, segundo o Decreto-Lei nº 200/67, impunha-se indagar qual delas prevaleceria.

A FUNABEM formulou consulta ao Ministério, através de exposição de motivos de 3-7-75, a qual formou, no Ministério, o Processo de nº 502.112.

Ac expor a questão ao Ministro da Previdência e Assistência Social, já esclarecia o Presidente da FUNABEM:

“Para o fim de subsidiar o estudo que se procederá sobre a matéria, é de mencionar-se que o retrocitado art. 26 incide, nos termos de seu **caput**, sobre as entidades da Administração Indireta tão-somente. Sabendo-se que não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 (art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69), parece indubitável aplicar-se à FUNABEM o dispositivo que autoriza a realização de auditoria pelo Ministério supervisor, o que, salvo melhor juízo, acarretaria uma duplicidade de serviços, e, pois, de custos, caso se entendesse ainda necessária a auditoria externa recomendada pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas.”

Dando solução à consulta, a Inspeção-Geral de Finanças do Ministério acolheu o entendimento da FUNABEM, acrescentando:

“Tendo em vista o explicitado no Decreto-Lei nº 772, de 19-8-1969, e no Decreto nº 67.090, de 20-8-1970, não resta dúvida de que a auditoria externa é exercida pela Inspeção-Geral de Finanças.

Considerando, ainda, que o Decreto nº 74.000, de 1-5-1974, vinculou a FUNABEM ao MPAS, compreende-se que o certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço, de que trata o item c do art. 42, do Decreto-Lei nº 199, será emitido pela Inspeção-Geral de Finanças do MPAS.”

Não se admitem tergiversações quando a melhor doutrina e a prática mais sã convergem para a constatação de que, se se pode discutir a natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público, descabe discussão sobre a situação jurídica das entidades vinculadas e o poder-dever de tutela administrativa que detêm os Ministérios supervisores, em nome da moralidade, da organicidade e da racionalização impostas ao exercício de atividades e funções públicas, por órgãos da administração direta e indireta, no Estado que visa ao bem-estar social. E que tais novos instrumentos e figuras, incorporados ao nosso direito administrativo, constituem soluções viáveis, faticamente demonstradas.

Para uma síntese da posição das fundações vinculadas, em face de nosso ordenamento jurídico-administrativo, recorra-se, ainda uma vez, às conclusões da excelente palestra de OLIVEIRA FRANCO:

“1º — a exclusão das fundações da categoria das entidades que compreendem a administração indireta, todas elas dotadas de personalidade jurídica própria, não impediu que as pessoas funcionais venham a exercer propósitos de prestação de serviços públicos;

2º — integram as fundações a administração indireta porque, pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 900/69, satisfeitos certos requisitos e condições, podem elas ser instituídas pelo poder público e submetidas ficam ao controle da supervisão ministerial.

Analise-se bem, para que equívocos de interpretação não permaneçam, o que a lei em sua linguagem deixou escrito:

1º — a integração das velhas e novas fundações é de participação na prestação de serviços, tendo tido o legislador o cuidado de, no permissivo legal autorizativo, aproximar mais ainda o comportamento administrativo da legislação civil pertinente;

2º — quando o art. 2º diz que **não serão instituídas pelo poder público novas fundações**, está a dizer que instituídas podem ser uma vez satisfeitas **cumulativamente** algumas apontadas exigências formais, que não fazem novidade no direito fundacional;

3º — exigindo dotação específica de patrimônio nas fundações instituídas pelo poder público, não se há de pensar que o patrimônio afetado seja só o particular, pois a presença de possíveis recursos privados ficou limitada a um terço do total patrimonial;

4º — indicando objetivos não lucrativos que, por sua natureza, não possam ser executados por órgão da administração federal direta ou indireta, com suporte na legislação (Código Civil, arts. 24 e seguintes), fixa fins administrativos ou de pública administração;

5º — apesar de afirmar que não constituem as fundações entidades da administração indireta, somente pelo simples motivo de terem origem em virtude de lei federal, aplicam-se a elas o que se tornou normativo para todo e qualquer órgão, no tocante à supervisão superior.

A remissão aos arts. 19 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67, pelo que se contém no art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69, veio para assegurar a efetivação dos objetivos fixados nos atos de constituição e para colocar as fundações públicas entre os órgãos da administração federal, embora a expressão **órgão** surja aqui no sentido de pessoa jurídica autonomizada. Difícil, no posicionamento legal, outro melhor entendimento.

No momento em que o art. 3º do Decreto-Lei nº 900/69 impôs a observância do art. 26 do Decreto-Lei nº 200/67, textualmente falando “no que se refere à administração indireta”, **ipso facto**, em função do disposto legal categórico, está sem dúvida dentro de uma sensível lógica hermenêutica, remetendo as fundações gover-

namentais à esfera de uma atividade que indiretamente corresponde ao Estado.

Resta não esquecer, em sua extensão, o que mandamentalmente obriga o § 1º do art. 70 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Dispensável que se informe da clareza do texto no que se refere ao controle pela fiscalização da execução financeira e orçamentária, que atinge de plano toda a atividade geral administrativa, “bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

“O que decorre do citado art. 26, e o que explícito ficou no art. 28 do Decreto-Lei nº 200/67, “prestar contas de sua gestão” ou “evidenciar os resultados positivos ou negativos de seus trabalhos”, positivam princípios insertos na Constituição, não importando que tais menções não se façam no corpo das leis criadoras de entidades que visem à prestação de serviços públicos. Além do mandamento, a consciência que se tenha de “boa administração”, pela exação no exercício das práticas administrativas, e o princípio da legalidade, que se ative harmônico com o princípio da moralidade na administração. Não é necessário que haja obrigação escrita, onde há o dever constitucional. Dever do qual nenhum administrador há de querer fugir.” (37)

V — SUPERVISÃO MINISTERIAL E PODER DE POLÍCIA

SUMÁRIO: 13. Uma teoria jurídica da supervisão; o poder de polícia destina-se a prevenir danos sociais e está à base da supervisão ministerial; supervisão é espécie *sui generis* do poder de polícia ou **polícia especial** dos serviços públicos supervisionados.

14. Os arts. 25 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67 contêm normas de polícia; poderes discricionários conferidos ao órgão supervisor.

13. A caracterização da supervisão ministerial como tutela administrativa suscita questões embaraçosas, pois que virgens, no direito administrativo brasileiro. Por isso não se pretende dar-lhes cabal desate. Entretanto, devem ser afloradas, a fim de que comece a ser trilhado o longo e não raro demorado caminho da construção hermenêutica.

A mais proeminente dessas questões parece ser a do fundamento jurídico da supervisão, mormente tendo-se em vista que as fundações criadas pelo poder público não perdem a intrínseca autonomia. As lindes dessa autonomia, em confronto com a supervisão tutelar, são incertas, mesmo porque não houve tempo, desde a edição do Decreto-Lei nº 200/67, para o surgimento espontâneo de uma casuística que abarcasse todas as hipóteses. Daí a importância de edificar-se uma teoria jurídica da supervisão, com apoio em construções já sedimentadas de direito administrativo.

(37) Palestra para o IV Curso de Especialização em Direito Administrativo, cit.

Nessas circunstâncias, não cremos existir melhor alicerce do que o do conceito de **poder de polícia**, o qual será capaz de oferecer o embasamento doutrinário necessário para justificar a supervisão tutelar, bem assim determinar os parâmetros segundo os quais serão examinados seus vários desdobramentos lógicos.

Ao falar-se em poder de polícia, nunca é demais lembrar que a expressão sofreu profundas modificações em seu conteúdo desde o século XIX, quando surgiu com a acepção que hoje reservamos para a administração pública em geral. Era, então, “toda a ação do Príncipe dirigida a promover o bem-estar e a comodidade dos vassalos. E, na verdade, o célebre tratado sobre a polícia de DELAMARE versa tantas e tão variadas matérias que abrange toda a administração do Estado”.⁽³⁸⁾

MARCELO CAETANO supera os obstáculos que representam as confusões freqüentes entre o instituto jurídico da **polícia** e o sentido vulgar em que se emprega o termo, a imprecisão de noções nos manuais franceses, e a divisão dos autores na Itália e na Alemanha, para apresentar uma moderna definição de **poder de polícia**, da qual extrairemos a construção teórica proposta no presente capítulo:

“O modo de atuar da autoridade administrativa, que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.”⁽³⁹⁾

A essência da definição está na noção de prevenir danos sociais. Essa prevenção é o objeto próprio do poder de polícia, é o elemento jurídico fundamental do instituto. Arma-se a Administração de meios necessários e suficientes para evitar que certas ações comprometam o bem-estar coletivo, ou desvirtuem atividades e funções de interesse público.

Neste ponto, é preciso denunciar uma discrepância. CAETANO confina o poder de polícia à intervenção no exercício de atividades individuais. São sempre as pessoas, diz ele, que estão sob a ação policial, mesmo quando atuem em grupo ou associação. A doutrina não é unânime. De nossa parte, cremos que toda vez que à Administração é reservado o direito de intervir nas ações ou atividades de pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com o fim de prevenir danos sociais, há inequívoca manifestação de poder de polícia. Assim, por exemplo, quando a Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69) assegura à União o poder de intervir nos Estados para manter a integridade nacional, pôr termo à perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou à corrupção no poder público estadual, assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais, reorganizar as finanças do Estado sob certas circunstâncias etc. (art. 10), está concedendo à Administração Federal supremo grau de poder de polícia, em sua mais

(38) MARCELO CAETANO, *Manual cit.*, tomo II, pág. 1.061.

(39) *Idem*, *Ibidem*, pág. 1.066.

larga acepção. Da mesma forma, quando o art. 26, parágrafo único, I, do Decreto-Lei nº 200/67, insere, entre as medidas que cabe à supervisão, a de intervir nas entidades vinculadas "por motivo de interesse público", está igualmente dotando a autoridade administrativa supervisora de poder de polícia com relação à entidade supervisionada.

É o próprio CAETANO quem reforça esse entendimento, ao enfatizar que os danos sociais a prevenir devem constar da lei. E que os poderes de que se valerá a Administração para efetivar a prevenção também têm de ser jurídicos, isto é, fazerem parte de uma competência conferida por lei e visarem à realização de fins legalmente fixados.

Característica que se compadece com o fato de que, conforme adverte ainda CAETANO, "os poderes de polícia são, como todos os poderes constituídos de uma competência pública, conferidos por lei. Uma vez, a lei discrimina minuciosamente os modos do respectivo exercício e os limites de seu alcance; outras vezes confere poderes discricionários, os quais são numerosos quando se trata de competência policial... Os poderes discricionários de polícia têm, porém, de ser entendidos relativamente ao fim legal de sua instituição: nem há discricionariedade quanto ao fim, pois nunca o arbítrio do agente pode ir ao ponto de usar da competência para realização de interesses diferentes dos da Administração Pública, sob pena de invalidade de seus atos por desvio de poder". (40)

Logo, não seria de excluir-se da incidência mais lata do poder de polícia os casos em que a lei expressamente supre a Administração de poderes específicos para prevenir danos sociais, especialmente se estes podem derivar de desmandos de entidade tutelada, cuja existência foi devotada, pela própria lei, à prestação de serviços de interesse coletivo. A tese é discutível, admita-se, se se tomar por premissa conceitual a de que só existe poder de polícia da Administração em relação ao indivíduo. Ainda neste caso, porém, o poder de intervir, que é também dever, para prevenir dano social, configura, ao menos, espécie *sui generis* de poder de polícia.

Como destaca MARCELO CAETANO, os órgãos administrativos com funções de autoridade policial são inúmeros, podendo ser agrupados em duas categorias: os órgãos que exclusivamente pertencem à administração policial; os órgãos que cumulativa, acessória ou subsidiariamente com outras, exercem atribuições policiais. Na distinção entre tais categorias encontrar-se-á novo alento para a tese ora encaminhada. É que, reconhece o emérito professor, os órgãos da segunda espécie "são todos os órgãos de qualquer pessoa coletiva de direito público, desde o governo ao regedor e à junta de freguesia, que entre as suas atribuições contem alguma ou algumas relativas à polícia geral, especial ou municipal, devendo notar-se que a polícia especial das coisas e serviços públicos pertence, em regra, às entidades que dirigem ou superintendem nos respectivos setores de administração" (41) (nosso o grifo).

(40) *Idem*, *ibidem*, pág. 1.071.

(41) *Idem*, *ibidem*, pág. 1.075.

Esta afirmação, por si só, corrobora, usando sinonímia quase que perfeita, a tese de que a supervisão ministerial consagrada pela lei brasileira detém poder de **polícia especial** sobre os serviços públicos que superintende, ou, para usar os termos esposados por este Estudo, a tutela administrativa contida na supervisão ministerial funda-se em um poder de polícia especial que a legitima.

14. A análise do direito positivo brasileiro conduz a idêntica conclusão. Os arts. 25 e 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67, já mencionados (item 10, retro), alinham respectivamente, os objetivos da supervisão tutelar e as medidas que compete ao Ministério supervisor tomar com respeito às entidades que lhe são vinculadas. A provisão legal é **conditio sine qua non** para a existência do poder de polícia, de maneira a que este viabilize a tutela administrativa, ou seja, a administração é tutelar porque dispõe do poder de polícia, e dele dispõe porque assim lhe outorga a lei. A atividade policial é, com efeito, um processo jurídico de desenvolvimento da Administração Pública, e não uma forma de pura afirmação de força. Daí ser possível dizer-se que corolário dos fins da atividade policial é o de que os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar de coerção além do estritamente necessário.

A ação da polícia, comenta CAETANO, “deve medir a sua intensidade e extensão pela gravidade dos atos que ponham em risco a ordem social. Assim, os poderes de polícia não devem dispor de formas de exercício diversas e graduadas numa escala de rigor... O emprego imediato de meios extremos contra ameaças hipotéticas ou mal desenhadas constitui abuso de autoridade. Tem de existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção”. (42)

Vamos encontrar essa graduação no art. 26, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/67. O preceito prevê casos de iniludível controle normativo da autoridade supervisora sobre a administração da entidade vinculada, tais como os dos incisos **f** e **g** (fixação das despesas de pessoal e de administração; fixação de critérios para gastos com publicidade, divulgação e relações públicas); impõe medidas que submetem a controle preventivo toda a administração sob supervisão, tais como os dos incisos **c**, **d** e **e** (recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade; aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade; aprovação de contas, relatórios e balanços); culminando, afinal, com o poder-dever da intervenção, por motivo de interesse público (inciso **i**).

Está-se diante, portanto, de normas que conferem poderes de polícia ou organizam os meios necessários ao seu exercício. Nesta segunda classe podem ser afivelados os preceitos do art. 25, os quais, fixando os objetivos da supervisão ministerial, funcionam como pontos cardeais, indicando fins a serem atingidos, e, por via de consequência, sugerindo a instrumentação

(42) *Idem, ibidem*, pág. 1074.

dos meios tendentes à sua consecução. Notadamente: coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios; avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados; fortalecer o sistema do mérito; fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos.

Ao estabelecer normas de polícia, a legislação comumente deixa à autoridade investida de poder de polícia certa parcela de discricionariedade para aplicar as normas. É evidente — reitere-se a ressalva de CAETANO — que a discricionariedade tem de ser entendida relativamente ao fim legal a que se destina. Há essa parcela no caso dos arts. 25-26 do Decreto-Lei nº 200/67. Exemplifique-se com os itens **f** e **g** do art. 26, que conferem ao Ministério supervisor o poder de fixar despesas com pessoal e administração, bem como os critérios para gastos com publicidade, a serem despendidos pela entidade vinculada. Os limites concretos dessas despesas e os critérios objetivos para tais gastos dependerão da discricionariedade do Ministro supervisor. Aqui reside a principal questão de natureza operativa, envolvendo o tipo de relacionamento administrativo que deve existir entre Ministério supervisor e entidade vinculada. É preciso compor as duas metas primaciais do Decreto-Lei nº 200/67 (racionalização e organicidade das ações administrativas), a autonomia administrativa, técnica e financeira garantida à entidade vinculada, e a tutela imposta pela lei. A necessidade dessa composição evidencia-se com maior nitidez ao entrar em cena o uso dos poderes discricionários contidos nos referidos arts. 25 e 26 do Decreto-Lei nº 200/67.

A solução estará em respeitar as três condicionantes concomitantemente: metas do Decreto-Lei nº 200/67; autonomia da entidade vinculada; tutela do Ministério supervisor. Na prática, esse respeito resultará de um estreito diálogo administrativo entre ministro e dirigente da entidade vinculada. Através desse diálogo é que será possível ao Ministro, no exemplo das alíneas **f** e **g** do art. 26, fixar aqueles critérios e despesas, de acordo com o que lhe expuser o dirigente sobre as peculiares condições de trabalho da entidade, suas necessidades, as características de seu campo de atuação etc. A autonomia da entidade vinculada está precisamente nisto: instruir a autoridade tutelar nas decisões que houver de tomar com respeito à área em que a entidade é especializada; a partir dos balizamentos gerais decorrentes dessas decisões, administrar os recursos humanos e materiais disponíveis de forma eficaz para alcançar os objetivos determinados. A tutela administrativa, com base nas normas de polícia legalmente estatuídas, sumaria-se nisto: o dever de fixar os marcos expressamente previstos na lei, tomando em conta os dados específicos revelados pela entidade vinculada; o poder de controlar e fiscalizar a observância desses marcos. Tais posições podem e devem ser revistas quando se apresentar a oportunidade, mesmo porque, em termos de eficácia de ações para atingir objetivos — para isto a entidade existe —, os dados conjunturais, ao se modificarem, podem determinar alterações de meios e estratégias, exigindo revisão de métodos, técnicas, processos e, pois, decisões. Daí, insista-se, ser de toda conveniência a constância do diálogo administrativo entre supervisor e supervisionado.

VI — CONCLUSÃO

15. O objetivo deste Estudo terá sido atingido ao esgotarem-se os principais aspectos envolvidos pelo exame da criação, pelo Decreto-Lei nº 200/67, das novas figuras da entidade vinculada e da supervisão ministerial. Conviria reservar uma última palavra para os que, a partir dos modestos esclarecimentos que ora lhes são submetidos à reflexão, pressintam a oportunidade para pensar em um guia genérico através dos caminhos que nosso direito administrativo tende a percorrer.

Toda ação humana almeja um fim; não se atingirá uma finalidade sem uma ação a ela destinada. O direito pode levar em conta diretamente a ação ou pode considerar diretamente o fim, dando ênfase à ação como simples instrumento ou meio para a obtenção do fim.

A primeira hipótese encontra-se, sobretudo, no direito privado, o qual, referindo-se à ação, diz respeito à liberdade do homem, conservando-a, limitando-a ou negando-a. Nesse caso, o fim pode ser relevante para introduzir uma limitação (abuso de direito, por exemplo) ou para atribuir uma qualificação, e pode, através das normas de direito privado, ser favorecido ou receber restrições; no entanto, sempre teremos a iniciativa privada e a ação como objeto próprio da disciplina jurídica.

No direito público, não se cogita, precipuamente, das ações que se tenha a liberdade de realizar ou que não se possam efetuar, mas, antes, as finalidades a atingir e para cuja procura está predisposta a apropriada disciplina das atividades a isso necessárias. Nesse caso, as ações são focalizadas como fâmulas daqueles fins, e reguladas de modo que se tornem particularmente eficazes à sua obtenção. ⁽⁴³⁾

O Estado não pratica ações (a ação, sempre indispensável, é olhada sob a perspectiva do escopo a que se dirige), todavia procura atingir finalidades. Administrar a justiça, dotar o país de leis, punir os que cometem crimes etc., são fins cuja concretização está confiada ao Estado, e para os quais ele desenvolve a atividade correspondente.

Para nada serviria uma liberdade do Estado que, sob qualquer aspecto, se assemelhasse à liberdade do particular. O Estado não detém a liberdade do particular. O Estado não possui liberdade para legislar e administrar justiça; está, sim, investido do poder que é ao mesmo tempo dever, de legislar e de administrar justiça.

Uma certa liberdade de ação, tanto pelo que concerne à escolha dos fins específicos, como no que tange à maneira de satisfazê-los, não pode deixar de existir, porém em nada se equipara à liberdade privada. É, pelo contrário, um poder sempre jungido ao fim a que o serviço é consagrado,

(43) V. nosso *A Utilidade Pública de Associações Privadas e das Fundações de Menores*, in "Arquivos do Ministério da Justiça", n.º 126, junho de 1973, págs. 73-106.

e que só será legítimo quando orientado para esse fim, que é o único desejável.

Por isso, qualquer atividade de direito público deve ser concebida como uma "função". Os direitos, poderes e outras formas subjetivas nunca são atribuídos, em direito público, em benefício do ente que deles está investido, de modo a deixá-lo livre para deles fazer o uso que lhe mais agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para que foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade. (44)

É preciso avaliar, a cada passo, a importância do Direito Administrativo para assegurar e regular essas conexões essenciais; as relações jurídicas que atrai no plano das atividades governamentais; sua precedência nas situações concretas que se criam com respeito ao administrado; o interesse legítimo como interesse à legitimidade do ato de governo. Na lição de OLLIVEIRA FRANCO:

"A proteção da moralidade atua como pêndulo regulador do equilíbrio entre a legalidade e o exercício da função administrativa. O critério informador é o de justiça nas relações com a Administração. Onde entra para avaliação o direito subjetivo da autoridade, como também o direito subjetivo do particular. . .

A bem dizer, o contencioso da legalidade é o contencioso da moralidade. Razão não há para separar os dois fatores quando atuantes. Esquecer a moralidade do ato para circunscrever sua validade nos limites da legalidade estrita. Reportamo-nos, outra vez, diante do fato, não ao formalismo legal, mas à violação da justiça natural. Nas decisões administrativas se podem declarar os atos ilegais como contrários à justiça natural. O equilíbrio regulador está, como no vício, na imparcialidade ou na equidade.

.....

Se analisarmos os fatos que se passam na Administração ou os que cercam a atividade administrativa, verifica-se que as regras de conduta ou de "boa administração" nem sempre são as adotadas. Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista formal, pois violentam, na aplicação díspar, tanto a imparcialidade exigida como a equidade — razão do próprio direito. Cabe ao jurista não acomodado distinguir as coisas sem precisar separá-las." (45)

É a missão a que o estudioso do Direito Administrativo deve devotar-se, no momento em que novos institutos e figuras o revigoram e atualizam no Brasil, com o fim de aparelhar a Administração Pública de fórmulas e sistemas de atuação compatíveis com o grau de desenvolvimento e segurança de que carece a promoção do bem-estar social, no Estado Contemporâneo.

(44) A propósito, GIORGIO BALLADORE PALLIERI, "A Doutrina do Estado", trad. Fernando de Miranda, Coimbra Editora, 1969, vol. II, págs. 214-222.

(45) "O Controle da Moralidade Administrativa", cit., págs. 232-233.