

pessoas jurídicas públicas administrativas; quer nas relações perante a Administração Pública, quer nas relações com terceiros, elas se regem pelo direito público. Finalmente, um último critério de classificação das autarquias considera o seu âmbito de atuação, distinguindo-as em **federais, estaduais e municipais**.

10.4 FUNDAÇÃO

10.4.1 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Com a denominação de fundações públicas, a Lei nº 7.596, de 10-4-87, alterando a redação do art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, incluiu entre os órgãos da Administração Indireta as fundações públicas, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado.

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro à respeito da sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da Administração Indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às consequências que daí decorrem.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo Poder Público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o Poder Público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil.

A distinção entre as duas modalidades de pessoa jurídica foi feita de modo preciso, no início do século XX, por Lacerda de Almeida (1905:66-67): "o que caracteriza *in genere* os estabelecimentos, e *in specie* as fundações, é servirem a um fim de utilidade pública – religioso, moral, científico, político ou mesmo industrial – e nisto se distinguem das associações ou corporações, as quais, posto possam ter fins idênticos ou análogos, não servem a tais fins, antes no alcançá-los buscam o seu próprio proveito, trabalham no interesse da coletividade, ou do ser ideal que a personifica. Por isso mesmo que são pessoas e não coisas e, como pessoas, têm em si próprias a razão de sua atividade, as associações ou corporações – admita-se a sinonímia desses vocábulos – as associações ou corporações são do mesmo modo e pelo mesmo título que as pessoas físicas, fim para si, trabalham, agem, movem-

se, dirigem-se para próprio; os direitos e fundações, os instituídas a servir a certos etc., não são pessoas de quaisquer direitos e exercem personalidade deles podendo

Sinteticamente elemento essencial para atingir a certos fins é o patrimônio da própria entidade

Essa distinção pessoas jurídicas públicas sujeitos unidos (é ao mesmo tempo específico dos as e demais entidades patrimônio vinculado ocorre com a Fundação das Clínicas, as destinadas a atingir as compõe é m

Quando o atribuir a elas condições que lhe são derrogações e noção categórica a consecução

Em cada pessoa jurídica pública ou privada respectivos pessoa jurídica jurídico-público pelo Decreto da mesma e empresas não previstas Trata-se de consonância a par das

...se, dirigem-se para servir a si próprias, tudo que fazem, fazem-no no interesse próprio; os direitos que adquirem, adquirem-nos para si e para si os exercem. As fundações, os institutos, os estabelecimentos são, ao contrário, estruturas destinadas a servir a certos fins de religião ou de beneficência ou de ciência ou arte etc., não são pessoas, mas coisas personificadas, não são fins para si, adquirem direitos e exercem-nos em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas, ou de quaisquer pessoas indistintamente. São patrimônios administrados; a personalidade deles pode considerar-se uma abstração”.

Sinteticamente, pode-se dizer que, na pessoa jurídica de forma associativa, o elemento essencial é a existência de determinados membros que se associam para atingir a certos fins que a eles mesmos beneficiam; na fundação, o elemento essencial é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela.

Essa distinção é aplicável tanto às pessoas jurídicas privadas, como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio vinculado a um fim que irá beneficiar pessoas indeterminadas, como ocorre com a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas, as Universidades Públicas, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução do Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”.

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo Poder Público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei.

Aí estão presentes as suas características:

1. **dotação patrimonial**, que pode ser inteiramente do Poder Público ou semipública e semiprivada;
2. personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
3. desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social; com isto fica presente a ideia de descentralização de uma atividade estatal de funções de ordem social, como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; isto precisamente pelo fato de ela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade;
4. capacidade de autoadministração; e
5. sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta, nos limites estabelecidos em lei.

10.4.2 FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Uma observação preliminar: mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito.

Todas as **fundações governamentais**, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial, no que se refere à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo; a legislação federal, mesmo quando declarava que tais entidades não integram a Administração Indireta (art. 3º do Decreto-lei nº 900, de 29-9-69), ainda assim as submetia a esses tipos de controle.

A posição da fundação governamental privada perante o Poder Público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora.

Qual a razão pel
 órgãos da Administra
 Provavelmente f
 sem ter a consciênci
 serviço público, cuj
 de alguns dos princ
 da indisponibilidad
 e o da tutela. No er
 mais respeitáveis in
 de pessoa jurídica
 figura definida pel

Com efeito, ex
 Código Civil, verif
 a que a lei, media
 jurídica, tendo em
 categorial, pertine
 pessoa pública ou

Na fundação,
 bens livres, espec
 ra de administrá-
 Ministério Públic

O papel do ir
 em que a fundaç
 titular nenhum
 estatutárias têm
 com observânci
 destaca-se do p
 dação, o institu
 pessoal, desvia
 fim de interess

No âmbito
 determine que
 São Paulo (art
 lugar, o Poder
 cilmente prati
 e destiná-los a
 instituir fund
 de interesse p
 atividade que
 sociedades d
 de serviços p

Qual a razão pela qual o legislador hesitou em incluir a fundação entre os órgãos da Administração Indireta?

Provavelmente foi a tentativa de manter-se fiel ao modelo do Código Civil, sem ter a consciência de que ele não é inteiramente adaptável às exigências do serviço público, cuja execução, sob qualquer modalidade, impõe a observância de alguns dos princípios fundamentais do regime administrativo, em especial o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da tutela. No entanto, paradoxalmente, a fundação (que doutrinadores dos mais respeitáveis insistem em afirmar que tem sempre natureza privada) é o tipo de pessoa jurídica que, quando instituída pelo Poder Público, mais se afasta da figura definida pelo direito comum.

Com efeito, examinada a fundação tal como se encontra estruturada pelo Código Civil, verifica-se que ela se caracteriza por ser dotada de um patrimônio a que a lei, mediante observância de certos requisitos, reconhece personalidade jurídica, tendo em vista a consecução de determinado fim. Até aí, apenas a noção categorial, pertinente à teoria geral do direito, perfeitamente enquadrável como pessoa pública ou privada.

Na fundação, o instituidor faz a dotação de determinada universalidade de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la; o seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público, a quem compete velar pela fundação.

O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição; a partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria. O instituidor nenhum poder mais exerce sobre ela; seu ato é irrevogável. As alterações estatutárias têm que ser feitas por deliberação dos administradores da fundação, com observância do artigo 67 do novo Código Civil. O patrimônio da fundação destaca-se do patrimônio do fundador e com ele não mais se confunde. Na fundação, o instituidor, por um ato de liberalidade, destaca bens do seu patrimônio pessoal, desviando-os de um objetivo de interesse privado, para destiná-los a um fim de interesse alheio.

No âmbito da Administração Pública, a situação é diversa, ainda que a lei determine que a fundação se rege pelo Código Civil, como ocorre no Estado de São Paulo (art. 22 do Decreto-lei Complementar nº 7, de 6-11-69). Em primeiro lugar, o Poder Público, ao instituir fundação, seja qual for o regime jurídico, dificilmente pratica simples ato de liberalidade para destacar bens de seu patrimônio e destiná-los a fins alheios que não sejam de interesse do próprio Estado. Este, ao instituir fundação, utiliza tal espécie de entidade para atingir determinado fim de interesse público; serve-se da fundação para descentralizar a execução de uma atividade que lhe compete, da mesma forma que o faz em relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, às quais confere a execução de serviços públicos.

Por essa razão, a fundação governamental não adquire, em geral, vida intel-ramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse público que determina a sua criação; sendo variável o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar a lei que autorizou a sua criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma signifi-caria desconhecer ou desprezar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituisse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixaria a fundação livre dos laços que a prendem à Admini-tração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.

Acresce que a fundação governamental não tem, em geral, condições para adquirir vida própria, também por outra razão: a dotação inicial que lhe é feita não é, no mais das vezes, suficiente para permitir-lhe a consecução dos fins que a lei lhe atribui. Por isso mesmo, além da dotação inicial, ela depende de verbas orçamentárias que o Estado lhe destina periodicamente.

O ato do Poder Público – como instituidor – não é irrevogável, ao contrário do que ocorre na fundação instituída por particular; o Poder Público pode extingui-la a qualquer momento, como, aliás, está previsto pelo artigo 178 do Decreto-lei nº 200, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86.

Além disso, o Poder Público pode introduzir alterações na lei instituidora, da mesma forma que ocorre com as sociedades de economia mista e empresas públi-cas. Em todas elas existe uma parte das relações jurídicas que é regida por essa lei instituidora e imutável por via estatutária; e outra parte que a própria lei deixa para ser disciplinada pelo estatuto; para alterar a lei que rege a fundação, o Estado não depende de prévia decisão dos órgãos de direção da entidade.

Portanto, enquanto no direito privado a fundação adquire vida própria, in-dependente da vontade do instituidor (que não poderá nem mesmo fiscalizar o cumprimento da sua manifestação de vontade, já que essa função foi confiada ao Ministério Público), a fundação instituída pelo Estado constitui instrumento de ação da Administração Pública, que se cria, mantém ou extingue na medida em que sua atividade se revelar adequada à consecução dos fins que, se são públicos, são também próprios do ente que a instituiu e que deles não pode dispor.

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações gover-namentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autono-mia administrativa, operacional e financeira da entidade” (art. 26 do Decreto-lei nº 200/67). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei

no 6.223, de 14-7-75, e ag-cores. 71, 49, inciso X, 16

Acresce que, com rel-Ministério Público justifi-a função de manter a e-vale dizer, como a fund-rituidor, o Ministério P

Nas fundações, pú-nomia da entidade não-a prendem ao ente in-meio do controle inte

Já Pontes de Mira-blico, “há o poder de velar exercido pelo P-de direito privado” (

10.4.3 DIREITO

No direito pos-peito do assunto.

A Constituiçã-dada pela Emend-como entidades c-mular cargos, em-mista e autarqui-que se considera-de direito públi

No âmbito-o Decreto-lei nº-órgãos da adm-às empresas p-minava que as-Indireta, mas-e 26 do Decre-à conta do or

Posterior-artigo 4º do-instituídas e-gram a Adr

nº 6.223, de 14-7-75, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5º, 169, § 1º).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função.

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo Poder Público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação por meio do controle interno (tutela) exercido pelos órgãos da Administração Direta.

Já Pontes de Miranda ensinava que, nas fundações instituídas pelo Poder Público, "há o poder de ingerência do Estado, que se não confunde com o dever de velar exercido pelo Poder Público e que se constitui em característica da fundação de direito privado" (RF-102/76).

10.4.3 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No direito positivo, a matéria parece refletir as incertezas da doutrina a respeito do assunto.

A Constituição Federal de 1967, com a norma do artigo 99, § 2º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, parecia não considerar as fundações como entidades da administração indireta, porque estendeu a proibição de acumular cargos, empregos ou funções às empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias; silenciou no que diz respeito às fundações. Isto não impediu que se considerassem alcançadas pela proibição as fundações com personalidade de direito público, que seriam modalidades de autarquias.

No âmbito da legislação ordinária federal, nota-se a indecisão do legislador: o Decreto-lei nº 200/67, na redação original, não incluía as fundações no rol dos órgãos da administração indireta (art. 4º), mas, no parágrafo único, as equiparava às empresas públicas. O Decreto-lei nº 900/69, no artigo 3º, expressamente determinava que as fundações instituídas por lei federal não integram a Administração Indireta, mas se subordinam à supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº 200/67, desde que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.299, de 21-11-86, deu nova redação ao artigo 4º do Decreto-lei nº 200, incluindo o § 2º, em cujos termos as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União integram a Administração Indireta, para fins de:

- a) subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira;
- b) inclusão dos seus cargos, empregos, funções e respectivos titulares no Plano de Classificação de Cargos estabelecido pela Lei nº 5.645, de 10-12-70."

Pelo § 3º, excetuam-se do disposto na alínea b as fundações universitárias e as destinadas à pesquisa, ao ensino e às atividades culturais.

A Lei nº 7.596, de 10-4-87, alterou o artigo 4º do Decreto-lei nº 200, para incluir as "fundações públicas" entre as entidades da Administração Indireta, e inseriu, no artigo 5º do mesmo Decreto-lei, um inciso IV, em que definiu a fundação pública como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes".

Porém, de forma incongruente, o legislador, no § 3º, acrescentado ao artigo 5º do Decreto-lei nº 200, determina que "as entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações".

Ao defini-las como fundações de direito privado, mas excluindo-as das disposições pertinentes do Código Civil, a lei criou um rótulo inteiramente ou quase inteiramente despido de conteúdo, levando à conclusão de que as fundações serão regidas pelas leis singulares que as instituírem e por outras normas, contidas na Constituição ou em leis esparsas que forem aplicáveis às pessoas jurídicas privadas, desde que também não excluídas por outras normas de direito público.

Aliás, como se diz que as fundações públicas não estão regidas pelo Código Civil e como o direito privado compreende basicamente o direito civil, o direito comercial e, para alguns, o direito do trabalho, a conclusão a que se chega é a de que, na realidade, as fundações públicas, embora definidas como pessoas de direito privado, passaram a ter, na esfera federal, a partir da Lei nº 7.596/87, natureza jurídica predominantemente pública. A elas não se aplicam as normas civilistas sobre o destino dos bens doados pelo instituidor quando insuficientes para constituir a fundação, sobre o controle pelo Ministério Público, sobre a elaboração e alteração dos estatutos e sobre a extinção da entidade.

No entanto, como a lei fala em personalidade jurídica de direito privado, quais as consequências que daí se extraem para atribuir algum conteúdo à expressão legal? Salvo outras hipóteses ora olvidadas, pode-se mencionar as seguintes: os seus bens são penhoráveis, não se lhes aplicando o processo de execução contra a Fazenda Pública; não terão juízo privativo; em termos de responsabilidade civil por danos causados pelos seus servidores, somente se aplica a regra da respon-

...abilidade objetiva prevista no a...
...prestadoras de serviços público...
...CLT, com equiparação aos fu...
...abilidade do direito à estabi...
...abilidade excepcional prev...
...Na nova Constituição, hou...
...dispositivos em que se referiu...
...referência às fundações, provav...
...período, elas estiveram, sob n...
...constitucionais referentes às c...
...integrantes da Administração...
...Além disso, nota-se que a...
...entre fundações públicas e pr...
...com a administração fundac...
...Poder Público (arts. 22, XX...
...ll. 165, § 5º, e 169, parágr...
...expressão fundação públic...
...para os servidores da Admi...
...artigo 19 das Disposições...
...os servidores não concu...
...data da Constituição.

A Emenda Constituc...
...dispositivos, não mencio...
...tudo, não significa que r...
...de direito público. Pelo...
...ao instituir uma fundaç...
...igual à da autarquia, o...
...De qualquer forma...
...lidade jurídica, tem-se...
...as fundações abrang...
...pública ou privada.

Também é impo...
...fundação de direito...
...que não for express...
...essas normas derro...
...complementares fe...
...a entidade. Na esfe...
...fundamento na Co...
...legislar sobre Dire...
...Assim, afora a...
...tidas na Lei nº 7.5

estabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, se forem prestadoras de serviços públicos; o regime jurídico de seus empregados será o da CLT, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; inaplicabilidade do direito à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição e da estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT.

Na nova Constituição, houve uma preocupação do constituinte, nos vários dispositivos em que se referiu à Administração Indireta, em fazer expressa referência às fundações, provavelmente partindo da ideia de que, durante longo período, elas estiveram, sob muitos aspectos, fora do alcance das normas legais e constitucionais referentes às demais pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes da Administração Pública.

Além disso, nota-se que a Constituição, em sua redação original, fazia distinção entre fundações públicas e privadas. Em alguns dispositivos, falava, genericamente, em **administração fundacional** ou em **fundação instituída ou mantida pelo Poder Público** (arts. 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XVII, 71, II e III, 150, VI, *a*, 163, II, 165, § 5º, e 169, parágrafo único). Em pelo menos dois dispositivos, usava a expressão **fundação pública**: no artigo 39, quando previa o regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas; e no artigo 19 das Disposições Transitórias, quando outorgou estabilidade excepcional aos servidores não concursados que tivessem cinco anos de serviço público na data da Constituição.

A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu alterações em vários desses dispositivos, não mencionando mais a expressão **fundação pública**. Isto, contudo, não significa que não possam ser instituídas fundações com personalidade de direito público. Pelo contrário, a opção continua a ser do Poder Público que, ao instituir uma fundação, poderá outorgar-lhe personalidade de direito público, igual à da autarquia, ou personalidade de direito privado.

De qualquer forma, como a Constituição não faz distinção quanto à personalidade jurídica, tem-se que entender que todos os seus dispositivos que se referem às fundações abrangem todas, independentemente da personalidade jurídica, pública ou privada.

Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os Estados, não podendo legislar sobre Direito Civil, não podem estabelecer normas que o deroguem.

Assim, afora as derrogações previstas nas leis instituidoras e as ressalvas contidas na Lei nº 7.596 (válidas somente para a União), pode-se dizer que se aplicam

às fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as seguintes normas de natureza pública:

1. subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira, o que inclui fiscalização pelo Tribunal de Contas e controle administrativo, exercido pelo Poder Executivo (supervisão ministerial), com sujeição a todas as medidas indicadas no artigo 26 do Decreto-lei nº 200 (arts. 49, inciso X, 72 e 73 da Constituição);
2. constituição autorizada em lei (art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.596, e art. 37, inciso XIX, da Constituição);
3. a sua extinção somente poderá ser feita por lei; nesse aspecto, fica derogado o artigo 69 do novo Código Civil, que prevê as formas de extinção da fundação, inaplicáveis às fundações governamentais;
4. equiparação dos seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no artigo 37 da Constituição, inclusive acumulação de cargos, para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 2-6-92);
5. sujeição dos seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 7-8-09, e art. 5º, inciso LXIX, da Constituição); cabimento de ação popular contra atos lesivos do seu patrimônio (art. 1º da Lei nº 4.717, de 29-6-65, e art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição); legitimidade ativa para propor ação civil pública (art. 5º da Lei nº 7.347, de 24-7-85);
6. juízo privativo na esfera estadual (art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69);
7. submissão à Lei nº 8.666, de 21-6-93, nas licitações e contratos, nos termos dos artigos 1º e 119;
8. em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º, da Constituição;
9. imunidade tributária referente ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, § 2º, da Constituição).

10.4.4 FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Comparando-se as fundações governamentais de direito privado com as de direito público, a estas se aplicarão as normas já referidas no item anterior, além de apresentarem mais as seguintes características: presunção de veracidade e executoriedade dos seus atos administrativos; inexistência de inscrição de seus

atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque a sua personalidade jurídica já decorre da lei; não submissão à fiscalização do Ministério Público; impenhorabilidade dos seus bens e sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo artigo 100 da Constituição; juízo privativo (art. 109, inciso I, da Constituição Federal). Em resumo, usufruem dos privilégios e prerrogativas e sujeitam-se às mesmas restrições que, em conjunto, compõem o regime administrativo aplicável às pessoas jurídicas públicas.

Finalmente, é importante assinalar que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e privado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em mandado de segurança referente à Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado, na íntegra, no *Diário Oficial do Estado*, de 7-5-86, Seção I, p. 55-56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e nos seus atos constitutivos.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, foram prolatados acórdãos reconhecendo a natureza jurídica pública de fundações educacionais (cf. acórdão in *RDA* 156/226, com menção inclusive a acórdão do STF, proferido no RE 95722-SP). A mesma posição foi adotada pela Corte Suprema no RE 101.126-RJ, publicado in *RDA* 160/85, no qual se conclui que a Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio de Janeiro é fundação de direito público, sujeita aos preceitos da lei que determinou a sua instituição e não ao Código Civil. A *RDA* 156/226 publica outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Fundação Universidade Estadual de Londrina é uma entidade de direito público, com autonomia didático-científica, administrativa, financeira e disciplinar, portanto, uma espécie do gênero autarquia cultural, em tudo semelhante à Universidade de São Paulo.

Nos últimos anos, a tendência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de considerar como fundações de direito público todas as que desempenhem atividade estatal e se utilizem de recursos públicos. Mesmo reconhecendo a existência dos dois tipos de fundações instituídas pelo Poder Público, aquelas que, mesmo sendo chamadas de fundações de direito privado, prestem atividade estatal, teriam a natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito público.¹

Não me parece, no entanto, que esse critério decorra do direito positivo. Na esfera federal, o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67 (com a redação dada pela Lei nº 7.596/87) expressamente estabeleceu que as chamadas fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Diante desse dispositivo, tem-se que entender que somente são fundações de direito público aquelas cujas leis insti-

¹ Nesse sentido, por exemplo, Acórdão do STF no RE nº 101.126-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24-10-84, in *RDA* nº 161, p. 50 e seguintes.

tuidoras assim estabeleçam. A escolha do regime jurídico, público ou privado, cabe ao legislador; essa escolha foi feita pelo referido dispositivo legal. A opção pelo regime de direito público é praticamente obrigatória apenas para aquelas atividades típicas do Estado, como polícia, controle, fiscalização. A prestação de serviço público e a utilização de recursos públicos provenientes do orçamento do Estado não constituem critérios adequados para definir a natureza jurídica da fundação. Se assim fosse, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público ou são dependentes de verbas estatais teriam também que ser consideradas pessoas jurídicas de direito público, o que não tem sido defendido nem pela doutrina nem pela jurisprudência.

10.5 EMPRESAS ESTATAIS

10.5.1 ALCANCE DA EXPRESSÃO

Com a expressão **empresa estatal** ou **governamental** designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º).

Também no âmbito da legislação infraconstitucional encontram-se referências a essas empresas sob controle acionário do Estado, como ocorre com a Lei nº 8.666, de 21-6-93 (sobre licitações e contratos e administrativos), cujo artigo 1º, parágrafo único, ao definir a abrangência da lei, refere-se não só às empresas públicas e sociedades de economia mista, como também às “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Com essa expressão e outras semelhantes, as normas constitucionais e legais que a utilizam tornam inútil a discussão sobre a natureza jurídica de determinadas entidades.