

AS FUNDAÇÕES PÚBLICAS SÃO DE DIREITO PÚBLICO OU DE DIREITO PRIVADO?

(Trecho retirado do livro **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO – PROF. GUSTAVO MELLO KNOPLOCK – EDITORA CAMPUS/ELSEVIER**):

FUNDAÇÃO - CONCEITO

O Código Civil dispõe, em seu artigo 40, que as pessoas jurídicas serão de direito público e de direito privado, e, em seu artigo 44, que são de direito privado as associações, as sociedades e as fundações. As associações são constituídas pela união de pessoas sem fins econômicos, enquanto as sociedades são uniões de pessoas para o exercício de atividade econômica, portanto, têm em comum o fato de serem constituídas pela **união de pessoas**, membros que se associam para atingir certos fins por eles mesmos desejados. Na fundação ocorre fenômeno diferente, sendo atribuída personalidade jurídica a um **patrimônio**, a um conjunto de coisas, que é destinado à realização de certos fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela, não havendo sócios a se beneficiarem com a fundação. São exemplos dessas **fundações privadas** a fundação Ayrton Senna, fundação Roberto Marinho, fundação Xuxa Meneghel... Em todas elas, uma parte do patrimônio daqueles instituidores foi separada e destinada a finalidades sociais que não beneficiam a estes, inclusive porque a fundação perdura após o falecimento dos instituidores.

Na fundação, o instituidor faz a dotação de determinado patrimônio e determina o fim a que se destina, cabendo então ao Ministério Público velar pela fundação, verificando se a mesma continua sendo utilizada para aqueles fins sociais e não lucrativos. A partir do momento em que a fundação adquire personalidade jurídica, ela ganha vida própria, o instituidor não exerce mais nenhum poder sobre ela. Cabe ressaltar que estamos aqui nos referindo às fundações privadas, onde não há participação do Estado. As fundações privadas serão controladas pelo Ministério Público, já as fundações de direito público serão controladas pela própria Administração, a nível de controle finalístico.

A figura da fundação é, pois, originária do direito privado. O Estado, ao utilizar-se dos mesmos conceitos, passou a criar as chamadas fundações públicas, ou fundações governamentais; o que mais diferencia as fundações públicas das demais entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) é justamente o fato de se constituírem de um **patrimônio** que adquire personalidade jurídica. Podemos, portanto, apresentar o seguinte conceito para a fundação pública: patrimônio destinado pelo Estado ao desempenho de atividades sociais (saúde, educação, cultura...), dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e vinculação à Administração Direta.

QUESTÃO COMENTADA

TRF 2006 - ESAF

A entidade da Administração Indireta, que se conceitua como sendo uma pessoa jurídica de direito público, criada por força de lei, com capacidade exclusivamente administrativa, tendo por substrato um patrimônio personalizado, gerido pelos seus próprios órgãos e destinado a uma finalidade específica, de interesse público, é a:

- a) autarquia.
- b) fundação pública.
- c) empresa pública.
- d) sociedade de economia mista.
- e) agência reguladora.

COMENTÁRIO

Gabarito: Letra B, por ser um “patrimônio personalizado”.

CRIAÇÃO

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 37, XIX, que *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*, significando dizer que a fundação pública não é criada diretamente por lei, como no caso das autarquias, mas é necessária uma lei específica que autorize a sua criação pelo Poder Executivo. Além disso, ainda é necessária uma lei complementar definindo a área de atuação dessa fundação pública.

...

NATUREZA JURÍDICA

Entre as entidades da Administração Indireta, a fundação é a que provoca maiores divergências doutrinárias no tocante à sua natureza jurídica, cabendo atualmente três entendimentos distintos sobre a matéria. Há a corrente que afirma terem as fundações públicas, todas, personalidade jurídica de direito público, outra que sustenta serem todas de direito privado e, ainda, a terceira, atualmente a mais aceita, que admite a possibilidade de criação de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado ou de direito público, conforme assim o desejar o ente político. Quando o ente criar uma fundação pública de direito público, a ela se aplicarão todas as prerrogativas e sujeições típicas do Estado, como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e quando for criada fundação pública de direito privado, ela estará subordinada às normas de direito privado, mas nunca de forma absoluta, vez que ainda assim tais normas ainda sofrerão algumas derrogações, modificações por normas de direito público.

É esse, inclusive, o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“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.”

Toda essa divergência se deve às hesitações dos legisladores ao longo dos tempos. O Decreto-Lei nº 200/67, artigo 4º, em sua redação original, não incluía a fundação como integrante da Administração Indireta. Posteriormente, esse artigo foi alterado pela Lei nº 7.596/87, que incluiu as fundações públicas entre as entidades da Administração Indireta e definiu-a 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*”, entretanto, o artigo 5º, § 3º determinou que essas entidades “*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*”. Criou-se, assim, uma situação ambígua, na qual as fundações públicas teriam personalidade jurídica de direito privado mas às quais não se aplicariam as regras de direito privado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a questão ficou ainda mais polêmica em virtude da redação original do artigo 37, XIX: “*somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública*”. É sabido que “*começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro...*”, conforme dispõe o artigo 45 do Código Civil, dessa forma, uma **pessoa jurídica de direito público é criada por lei**, e uma **pessoa jurídica de direito privado é criada com o registro público de seu ato constitutivo**, e não com uma lei (que deve criar pessoas de direito público), o que ensejou a crítica de toda a doutrina ao referido artigo. Tal artigo não deve servir, como quiseram alguns, como confirmação da natureza jurídica pública das fundações, vez que, se assim fosse, estar-se-ia também afirmando o mesmo para as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que é inaceitável.

Com a Emenda Constitucional 19, de 1998, o referido inciso foi alterado, exigindo-se lei (específica) para a criação unicamente de autarquias e apenas para autorizar a criação das demais espécies de entidades pelo Poder Executivo, que o fará com a expedição de decretos, elaboração do ato constitutivo e, a final, seu registro público. A partir daí, então, a melhor doutrina atualmente é aquela que aceita a criação de **fundação pública de direito privado** a partir do registro público dos seus atos constitutivos, após a autorização por lei para sua criação (da mesma forma que para as empresas públicas e sociedades de economia mista), e ainda a criação de **fundação pública de direito público** diretamente pela lei específica, nos moldes da criação de uma autarquia, pelo que já entendeu o STF que tais fundações são “*espécies do gênero autarquia*” (STF, RDA 160/85, 161/50, 171/124), sendo conhecidas como **autarquias fundacionais**. Cumpre ressaltar que não deve ser confundida a fundação pública de direito privado (aquela instituída pelo Estado com personalidade jurídica de direito privado) com a fundação privada (aquela instituída por particulares).

Como as fundações de direito público são espécies de autarquias, a elas se aplicarão todas as prerrogativas das autarquias, ou seja, o regime jurídico de direito público. Exemplo disso é o juízo privativo federal a que têm direito; o artigo 109, I da Constituição Federal

dispõe que “*aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas...*”, devendo ser entendida abrangida a fundação de direito público pela previsão de autarquia.

As fundações de direito privado serão reguladas pelo regime jurídico de direito privado, mas modificado, derogado em parte por normas de direito público, quando o for expressamente, como ocorre com a obrigatoriedade de licitação pública, a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, a vinculação ao teto remuneratório disposto pelo texto constitucional, a imunidade recíproca para impostos sobre o patrimônio, renda e serviços (vez que a Constituição Federal dispõe ser essa imunidade extensiva às autarquias e fundações, não fazendo distinção entre as de direito público ou privado).

QUESTÃO COMENTADA

FISCAL DO TRABALHO – 2006 – ESAF

A doutrina sempre considerou muito complexa a figura das fundações no âmbito da Administração Pública brasileira. Em verdade, foi constante, ao longo dos anos, a evolução dessa espécie organizacional. No atual estágio, assinale o conceito correto a respeito das diversas categorias dessa entidade.

a) A fundação pública de direito público tem natureza autárquica e integra a Administração Pública Direta.

...

c) A fundação pública de direito privado vincula-se ao regime jurídico-administrativo e integra a Administração Pública Indireta.

...

e) A fundação pública de direito privado equipara-se, em sua natureza jurídica, à sociedade de economia mista.

COMENTÁRIO

O gabarito é letra E. A letra A está errada porque a fundação de direito público tem natureza de autarquia, integrando a Administração **Indireta**; a letra C está errada porque o regime jurídico-administrativo é aquele que compreende uma série de prerrogativas conferidas às pessoas de direito público.

Bons estudos a todos e até a próxima!

Gustavo