

O REGIME JURÍDICO DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS¹

Aldemir Berwig

O Estado, visando à realização das diversas atividades relativas ao interesse público, recorre a inúmeras formas de prestação, que variam entre a centralizada e a descentralizada. A atividade desenvolvida de forma centralizada tem como ponto balizador a generalidade, eis que a administração pública a presta de um modo geral e universal. A descentralização, por sua vez, vai se fundar na especialidade da prestação. Assim, o Estado cria, por meio de lei, pessoa jurídica para desenvolver determinada atividade com especialidade. A especialidade está na atividade prestada pelo ente criado.

Verifica-se que o ente administrativo criado pelo Estado vai ter capacidade específica determinada por lei. A doutrina tem divergido no entendimento da criação, pelo Estado, de fundações com personalidade jurídica de direito público ou privado, razão pela qual buscamos uma análise a respeito da possibilidade de criação com uma ou outra personalidade jurídica, procedendo a um estudo inicial das autarquias para, posteriormente, ingressar na seara das fundações, eis que, neste caso, a personalidade é definida por lei.

Se na concretização de relações jurídicas nos confrontamos com as categorias pessoa e personalidade, necessário fazer uma pequena referência a elas. Se a personalidade do ser humano começa com o nascimento com vida, a personalidade jurídica também vai ter seu nascimento determinado por algum fato.

¹ Pesquisa financiada pelo Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí.

A ordem jurídica, assim como prevê a existência de pessoas físicas, que adquirem sua personalidade com o nascimento com vida, prevê também que estas pessoas podem criar entidades para a consecução de determinados fins. Estas pessoas – as pessoas jurídicas –, terão uma personalidade que as dotará de capacidade jurídica, constituindo-se, assim, sujeitos de direitos e obrigações.

Diz Cretella Júnior que “pessoa é o ser humano ou o que o ser humano sob ordem jurídica reconhece como tal” (1967, p. 33). O ser humano, portanto, desde que exista previsão legal, pode criar pessoa distinta da sua, denominada pessoa jurídica. No mundo físico pessoa é o ser humano; no mundo jurídico, pessoa é o sujeito de direito, dotado de personalidade, e portanto, de capacidade de ser sujeito de direito, ativo ou passivo. Para o Direito, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica serão aquelas que foram dotadas de capacidade jurídica, de modo que possuem determinados atributos conferidos por lei.

Analisando a pessoa jurídica como uma ficção, diremos que é criada por vontade de outra pessoa, física ou jurídica, passando a fazer parte da realidade jurídica, tornando-se real dentro de um ordenamento jurídico. A ordem jurídica é que vai permitir a criação de tais pessoas, além de possibilitar que sejam criadas por quaisquer pessoas. Assim é que o ordenamento jurídico vigente em determinado período histórico vai determinar as espécies de personalidade possíveis de serem criadas. O ordenamento jurídico brasileiro prevê, na época atual, a possibilidade de coexistência de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Não é objetivo deste ensaio analisar os critérios que os doutrinadores têm utilizado para explicar e caracterizar a natureza da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado. É necessário salientar, porém, que as pessoas jurídicas criadas pelo Estado têm sua personalidade jurídica definida constitucional ou legalmente. Constitucionalmente, quando a própria Constituição determina sua personalidade; e legalmente, quando a Constituição deixa à lei esta opção.

Assim, Cretella Júnior (1967, p. 35-36) assevera que a pessoa jurídica pública, como sujeito, visa desenvolver uma função estatal, ora numa determinada parte de seu território, ora em específicas matérias ou relações, ou no interesse de uma comunidade com a qual se articula a atividade estatal. As pessoas jurídicas públicas são “*as que têm por escopo a satisfação dos interesses públicos*, ou seja, interesses que são ou do Estado ou de entidades por ele constituídas ou reconhecidas.” [grifos do autor].

AS FUNDAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Diante das controvérsias que têm rondado o terreno no que diz respeito ao regime jurídico das fundações públicas quanto a sua personalidade jurídica, parece não restar dúvidas de que surgem as fundações, no caso brasileiro, sob a inspiração do direito privado, eis que têm nascimento no ordenamento jurídico a partir da previsão legal do Código Civil de 1916. Inobstante, não é demais afirmar que a natural dinâmica do Direito faz com que nosso ordenamento sofra mutações no que diz respeito a seus institutos jurídicos. Com as fundações não é diferente. Elas nascem no mundo jurídico, com uma roupagem civilista e, portanto, sob a ótica privada e com personalidade jurídica de direito privado. Com o passar do tempo, porém, e com o delineamento de suas finalidades ao lado do Estado, fica aparente a possibilidade de ser instituída com a personalidade de direito público em razão de que públicos são os seus fins.

Para delimitar a abrangência das pessoas jurídicas no Direito brasileiro, valemo-nos do entendimento de Cretella Júnior (1967), para quem pessoa jurídica de direito público é gênero do qual pessoas administrativas são espécie.

A interminável controvérsia de que são objeto as fundações públicas, diz Cretella Júnior (1967; 1995), decorrem de preconceitos privatísticos que impediam a delineação científica do instituto. Embora a fundação pública como instituto esteja definitivamente estruturada e aceita no mundo jurídico, controvérsias ainda pairam acerca de sua personalidade, muito embora en-

tendemos que a sua determinação se dá por meio da lei ou da Constituição, de modo que a norma jurídica determina sua personalidade de acordo com a vontade do ente criador.

No que se refere à fundação em sentido genérico, interessante recuperar o que já ensinava Cretella Júnior (1967, p. 42) e que mantém a mesma atualidade hoje:

Não cabe, especificamente, a nenhum ramo do direito, quer público, quer privado, reivindicar para seu campo a prioridade do instituto da *fundação* e, muito menos, a estruturar-lhe o conceito, que deve ser amplo, de molde a pairar bem acima de qualquer implicação individuada e dum determinado sistema de direito positivo.

O conceito dos institutos jurídicos, *in genere*, compete à teoria geral do direito que, abstraindo e generalizando, ou seja, eliminando os traços típicos que os fixam no campo público ou privado, procura chegar a uma noção comum aos dois campos, sem compromisso com nenhum deles.

Sendo o direito privado ramo tradicional e milenarmente trabalhado através dos séculos, é claro que a mentalidade privatista ainda predomina e os cultores do direito lutam a todo instante contra a rotina, não aceitando a colocação dos que pretendem transpor para o campo mais novo as teorias consagradas há séculos, com graves prejuízos para a evolução da ciência jurídica.

Indispensável, pois, é que se analisem com objetividade, na prática, as *fundações*, quer particulares, quer *públicas*, para que, separadas as notas típicas e inconfundíveis, que as distinguem, possa chegar-se à categoria *fundação* que, como gênero, não se confunde com as modalidades bifurcadas, já flexionadas às exigências do direito civil ou do direito administrativo, pois a ambos os campos transcende, nada obstando, porém, que seja aproveitada por civilistas e administrativistas. [grifos do autor].

A seguir o autor aponta como requisitos para a estruturação da fundação a universidade de bens, a personalização e a finalidade. “*Patrimônio personalizado dirigido a um fim – eis a fundação*”, concluindo que

com esta tríplice faceta, a fundação ingressa no mundo jurídico, desvinculada de qualquer ramo, ultrapassando os diversos sistemas de direito, porque é uma categoria, *nunc et sempre*, matizada em seus elementos acessórios pelas exigências locais do direito positivo, no setor público ou privado, nunca, porém, afetada em sua substância, porque, modificada esta, estaria desfigurando o instituto.

De tal modo foi a *fundação* delineada pelos cultores do direito privado que ainda em nossos dias há os que não admitem a existência das chamadas *fundações públicas*, realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras. (p. 42) [grifos do autor].

Embora Cretella Júnior entenda que as fundações públicas têm personalidade jurídica de direito público, entendemos que pode e deve ser ampliado o entendimento, para dizer que em sendo assim elas não precisarão ter personalidade jurídica unicamente de direito público. Poderão ter elas, também, personalidade jurídica diversa, eis que quando o Estado cria um ente seu sob a modalidade de fundação, tem liberdade para definir na lei que a cria a sua personalidade, de acordo com a finalidade que deseja buscar e fazendo com que o regime jurídico que incida sobre suas atividades seja o regime jurídico de direito público ou de direito privado, com as devidas sujeições a que se submeta em razão do princípio da legalidade.

AS AUTARQUIAS

A autarquia, primeira forma de descentralização de atividade administrativa encontrada nos anais da História, é uma pessoa com personalidade jurídica de direito público. Funda-se na especialidade e tem capacidade para gerir seus próprios interesses, de natureza pública.

De origem grega, diz Cretella Júnior (1975, p. 112), uma das primeiras noções que continua válida é a do administrativista italiano Santi Romano, que a define como

forma específica da capacidade de direito público, peculiar aos sujeitos auxiliares do Estado, que exercem funções públicas por um interesse próprio, que seja igualmente público, e não daqueles que exercem funções públicas, na qualidade de particulares, com ou sem interesse próprio.

Realmente, a noção apresentada revela traços de atualidade, razão pela qual pode ser perfeitamente utilizada.

Seus traços essenciais estão presentes justamente na caracterização desta pessoa jurídica, ou seja: é regida pelo regime jurídico de direito público, razão pela qual encontra-se em uma posição de supremacia frente ao particular; como ente auxiliar do Estado funda-se na especialidade, eis que criada visando ao desenvolvimento de uma atividade específica que o próprio Estado elenca como prioritária para o cidadão, no objetivo de garantir uma maior qualidade e controle sobre a atividade prestada; tem como razão o interesse público, interesse maior da coletividade, motivo pelo qual pode contrariar interesses privados; suas atividades são exercidas como sujeitos auxiliares do Estado no exercício de função pública, razão pela qual, poderíamos arriscar dizer, no exercício de suas atividades há um vínculo especial que lhes asseguram as garantias necessárias ao desempenho destas atividades, vínculo este regido pelo regime jurídico de direito público.

Ao classificar os entes autárquicos quanto a sua estrutura, Cretella Júnior (1975, p. 113) afirma que as autarquias serão classificadas, segundo o critério do substrato estrutural, em autarquias fundações e autarquias corporações. As primeiras, também denominadas “fundações públicas” ou “fundações de direito público”, e, as segundas, de “corporações públicas” ou “corporações de direito público”.

É importante recuperar, para um melhor entendimento, a história da autarquia brasileira. Diz Cretella Júnior (p. 115) que a autarquia, no Direito brasileiro, sofreu inúmeras metamorfoses a partir de seu surgimento e que, antes mesmo da percepção consciente de sua existência e de sua configuração já estava presente entre nós sob a forma de fundação pública. O autor aponta João Mendes de Almeida Júnior como o pioneiro a falar em fundação de

direito público ao publicar artigo sobre o tema na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. Posteriormente cita Clóvis Beviláqua, que em seu *Código Civil Comentado* faz menção às fundações criadas pelo Estado brasileiro, dentre as quais os *estabelecimentos de instrução pública superior e secundária*, as quais estariam submetidas “às regras especiais do regulamento que as criou”. Este comentário deve-se justamente ao fato de que o Código Civil de 1916 previa a instituição de fundações por pessoas físicas ou jurídicas privadas e que, nesta época, passa o Estado a criar tais pessoas jurídicas mediante a edição de lei, dando-lhe características próprias e personalidade jurídica de direito público, o que as diferencia das então previstas no direito privado.

Verificamos, segundo análise de Cretella Júnior, que as autarquias surgem no Direito brasileiro por meio das fundações públicas e, posteriormente, entre as décadas de 30 e 40 do século passado, surge a denominação autarquia no Direito pátrio, deixando as expressões “fundação pública” e “fundação de direito público” em segundo plano.

Necessário salientar a aparente evidência de que com o surgimento e desenvolvimento destas pessoas jurídicas vai se verificar que a autarquia é gênero da qual a fundação pública e a corporação pública são espécies. No que se refere à oposição de doutrinadores pátrios a respeito desta conformação, afirma Cretella Júnior que é incompreensível este posicionamento adotado, eis que estudos científicos assim o estabelecem. Diz este autor que “a partir de 1940, o direito positivo agasalha as estruturas teóricas, mas fundamentadas na realidade dos fatos, não havendo mais dúvidas, hoje em dia, sobre a conceituação e natureza jurídica dos entes autárquicos fundacionais dentro de nossa sistemática jurídica.” (p. 116).

Interessante ressaltar que Cretella Júnior faz menção ao direito italiano ao ressaltar que este designa a autarquia sob duas formas diversas: a primeira como autarquia territorial e a segunda como autarquia institucional. Diz o doutrinador citado que no Direito pátrio, embora não esteja presente a divisão dicotômica do Direito italiano e sendo o termo autarquia utilizado, a princípio, como sinônimo de autarquia administrativa, os antigos territórios federais constituíam-se entes equivalentes às autarquias territoriais.

AS FUNDAÇÕES PÚBLICAS

A fundação pública é o patrimônio personalizado e afetado a um fim específico, criada diante da necessidade do Poder Público de prestar atividades de forma especializada. É pessoa jurídica criada por lei específica pelo Estado para que desempenhe atividades específicas.

Quanto a sua personalidade jurídica, têm os doutrinadores apresentando divergências. Alguns defendem que ela será necessariamente de direito público, eis que, com razão, buscam suas raízes no Direito italiano. É o caso de Cretella Júnior (p. 147), para quem “a fundação de direito público ou fundação pública é realidade absolutamente incontestável”, sendo que “em 1909, na Itália, bem antes de falar-se em *autarquias*, já se falava em *fundação pública*”, reconhecendo que no Brasil, na década de 70, a doutrina admitia sem restrição alguma a existência de “fundações públicas” ou “fundações de direito público”.

Necessário salientar que Cretella Júnior utiliza os termos fundação pública e fundação de direito público como sinônimos e deixa claro que estas são distintas das fundações privadas. Caracteriza as fundações públicas como o patrimônio personalizado com sua criação por lei, dirigido a um fim público, diversamente das fundações privadas, que ingressam no mundo jurídico ao serem registradas, em decorrência da vontade do particular.

Parece-nos que quando a doutrina faz menção à fundação privada, está se referindo à pessoa jurídica criada por pessoa física ou jurídica privada. De outro lado, entendemos que o Estado pode criar pessoa sua, com personalidade jurídica de direito privado.

Para Mello (2001, p. 144), “é absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado”, pois, segundo entendimento universal que apenas no Brasil foi questionado, devem ser consideradas pessoas jurídicas de direito público. Afirma que para “saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de direito privado ou de direito público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei

que a criou”, de modo que se lhe foi atribuída “a titularidade de poderes públicos e não meramente o exercício deles”, e a disciplina de suas relações jurídicas “sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação”. Segundo o entendimento de Mello, ainda que a lei estabeleça uma personalidade jurídica de direito privado, se houver a outorga de poderes públicos a pessoa jurídica criada terá personalidade de direito público. Até mesmo Mello, porém, ao elencar os servidores estatais, admite a convivência de fundações com ambas as personalidades jurídicas. Afirma que a expressão servidor público é a designação genérica utilizada na Constituição Federal de 1988

para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades *governamentais, integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. (p. 232) [grifos do autor].

De outro lado, diz que servidores das pessoas governamentais de Direito Privado “são os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público”. É de se deduzir, portanto, a partir dos ensinamentos de Mello, embora não seja explícito seu posicionamento, que podem realmente coexistir as fundações públicas, ora com personalidade jurídica de direito público, ora com personalidade jurídica de direito privado, de acordo com sua lei instituidora.

Meirelles (1999, p. 61), embora sempre tenha entendido que a personalidade jurídica da fundação quando criada pelo Poder Público seja de direito privado, afirma que as entidades fundacionais podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado, sendo que a lei criadora é que vai definir as áreas de atuação, nos moldes do art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal de 1988 (alterado pela EC 19/98). Tal afirmação deve-se ao fato de já coexistirem em nosso ordenamento jurídico fundações com ambas as personalidades, de modo que coexistirão as duas espécies até que sobrevenha norma regulamentadora da matéria ou até que as fundações públicas sejam extintas.

A fundação, segundo Carvalho Filho, “se caracteriza pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social” (1997, p. 300-301), de modo que este tipo de entidade não pode abstrair-se de seu instituidor, buscando os objetivos para os quais foi instituído e sem visar lucros. O referido doutrinador apresenta como características básicas da fundação pública a figura do instituidor, o fim social da entidade e a ausência de fins lucrativos, de modo que a única diferença se dá na pessoa do instituidor: “as *fundações privadas*, instituídas por pessoas da iniciativa privada” e “as *fundações públicas*, quando o Estado tiver sido o instituidor”.

Para o doutrinador

a grande discussão que se tem travado, há algum tempo, sobre as fundações públicas diz respeito à natureza jurídica das entidades. Está longe ainda o momento de pacificação dos diversos pensamentos que tratam da questão da personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público, o que é realmente lamentável. Como se verá adiante, a discussão nada acrescenta ao tecnicismo jurídico, mas, ao contrário, cria grande confusão no meio jurídico, nos Tribunais e no próprio seio da Administração, provocando claramente, como já tivemos oportunidade de presenciar, algumas reações irônicas por parte daqueles aos quais é apresentada a discussão. (p. 301).

Após abordar a legislação vigente conclui Carvalho Filho que em virtude da posição dicotômica, majoritária, não há outra forma de tratar das fundações que não a de sempre distinguir as fundações públicas de direito privado, de um lado, e as de direito público, de outro, estas últimas consideradas como espécies de autarquias. Desta forma, “por serem uma espécie de autarquias, as fundações de direito público receberão o influxo das mesmas prerrogativas e especificidades atribuídas àquela categoria de pessoas administrativas.” (p. 304).

Di Pietro (2001, p. 364-365), por sua vez, coloca-se entre os doutrinadores “que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou privado.”

Em âmbito federal, o Decreto-lei 200/67, cujo inc. IV foi acrescentado pela Lei 7.596/87, conceitua a fundação pública como sendo

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão 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.

A sua criação em outros níveis federativos deverá seguir a previsão legal. Para Bastos,

o texto constitucional, hoje, não deixa dúvida; encerra também a fundação pública dentro das entidades da Administração descentralizada, o que [...] não impede que o Estado crie ou participe de fundações de Direito privado. Tudo vai depender da determinação legal, do modo de sua constituição, enfim, de outros fatores que indiquem o regime jurídico a que estão sujeitos. (1996, p. 69).

Entendimento diverso é o de Gasparini (2000), para quem embora a fundação pública tenha o mesmo regime jurídico das autarquias, bastando que isso seja mencionado, para compreendê-la será conveniente demonstrar as principais diferenças entre esta entidade e a fundação privada, também instituída pela Administração Pública. O exposto nos permite entender que o autor prevê a possibilidade de coexistência no mundo jurídico de fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e com personalidade de direito privado, ambas criadas e instituídas pelo Estado.

Destaca o autor (p. 327) que

o conceito de fundação, gênero do qual a *fundação privada* e a *fundação pública* são espécies, é encontrado na doutrina. (...) O patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito. Personalizado, porque sobre ele

incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direito e obrigações. Afetado a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir um objetivo, quase sempre de natureza educacional, cultural ou científica de interesse público. Não pode haver fundação, ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que legalmente possa buscar uma finalidade de interesse privado, quando instituída pela Administração Pública. (...) pode-se conceituar a fundação pública como sendo *o patrimônio público personalizado segundo regras do Direito Público, destinado à persecução de finalidades de interesse da coletividade*. Já a fundação privada criada pela Administração Pública pode ser assim definida: é o patrimônio público personalizado segundo as regras de Direito Privado, destinado à persecução de finalidades de interesse da coletividade. Destarte, o que as distingue é o regime jurídico que se lhes atribui. [grifos do autor].

Segundo este entendimento verifica-se a possibilidade de convivência sob um mesmo ordenamento jurídico de pessoas de mesma espécie – fundações – com personalidades jurídicas distintas, pelas quais busca o Poder Público oferecer ao cidadão os serviços que entender sejam-lhes úteis.

O entendimento de Mukai (1999, p. 34), igualmente, é de que ambas coexistem. A “fundação governamental é um patrimônio (universalidade de bens total ou parcialmente públicos) dotado de personalidade jurídica de direito público ou privado, que visa um fim público determinado”. Segundo este autor ela poderá revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, com base nas disposições do Código Civil, ou de direito público, de acordo com a disposição assumida pela lei instituidora:

A fundação governamental de direito privado não se submete, integralmente, ao regime privado das fundações: submete-se em um ou outro aspecto ao direito público, pois, por ser instrumento de ação do Estado para a consecução de seus fins, reveste-se de características peculiares ao direito público.

A fundação regida pelo direito privado, segundo o regime jurídico do Código Civil, tem características que não se estendem às fundações governamentais de direito privado, tais como: a partir da instituição a funda-

ção ganha vida própria e o instituidor não exerce mais nenhum poder sobre ela; as alterações estatutárias são feitas por deliberação dos administradores da fundação, o patrimônio destacado para a fundação não se confunde mais com o patrimônio do instituidor.

Na fundação governamental os fins nunca são alheios aos próprios interesses do Estado, pois a fundação é uma das formas de descentralização escolhida para o atingimento de determinadas finalidades públicas. (p. 34).

Finalmente, esclarece o autor, “o tratamento constitucional conferido às fundações governamentais, independentemente de elas serem públicas ou privadas, deixa evidenciado que, mesmo que adotem a vestimenta de direito privado, estarão sujeitas a diversas normas públicas derogadoras do regime privatístico”. Assim, “as denominadas fundações públicas, no texto constitucional, não são as fundações de direito público, que são meras autarquias específicas ou fundacionais, mas sim fundações de direito privado criadas pelo Estado”. (p. 35).

O autor apresenta determinadas características que justificam a diferenciação entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado. A personalidade de direito privado implica a penhorabilidade de seus bens, a inexistência de juízo privativo, não-aplicação a elas do processo de execução tal como se aplica contra a Fazenda Pública, a possibilidade de responsabilização objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, apenas quando prestadoras de serviço público e contratação de pessoal mediante regime celetista. Já a fundação de direito público apresenta peculiaridades ou prerrogativas especiais: a presunção de veracidade e executoriedade dos atos administrativos que editar, a inexigibilidade de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, porque sua personalidade decorre de lei, na submissão à fiscalização pelo Ministério Público, na sujeição de pessoal em regime jurídico e planos de carreira uniforme, na impenhorabilidade de seus bens e na sujeição ao processo especial de execução estabelecido pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988 e ao juízo privativo, nos termos do art. 109, I, da mesma Constituição.

Em nosso ordenamento jurídico têm as fundações públicas ocupado um lugar de destaque junto às entidades da Administração indireta, criadas pelo Poder Público. Inobstante tal separação, havemos de concordar com Cretella Júnior e Mello, de que as pessoas jurídicas, independentemente de serem de Direito Público ou Privado, são classificadas em dois tipos: pessoas de base corporativa (corporações, associações e sociedades) e pessoas de base fundacional (fundações). As primeiras tendo como substrato uma associação de pessoas, enquanto que as segundas, um patrimônio personalizado para uma finalidade.

Mello (1999, p. 112) salienta que, sendo as fundações públicas pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que o regime jurídico concernente às entidades autárquicas aplica-se-lhes integralmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário delimitar o alcance que tem a administração indireta, ou seja, quais entes podem compô-la. Verificamos inicialmente, e levando em conta a construção e mutabilidade do ordenamento jurídico, que o Estado, dependendo dos interesses que busca no seu governo, delineará os mecanismos necessários para a consecução de seus fins. Assim, o Estado poderá estruturar seu aparelho administrativo de uma forma mais ou menos ampla. Depende isso da vontade, de interesses e do rumo dado ao governo em determinado período histórico. Assim, o Estado poderá optar pela prestação direta de determinadas atividades mediante pessoas jurídicas por ele criadas ou poderá optar em reduzir seu tamanho e prestar as atividades de sua competência por meio de outras pessoas jurídicas, reservando para si apenas o papel de regulador destas mesmas atividades, visando com isso defender os interesses da coletividade.

Da exposição feita e analisando as divergências expostas anteriormente, conclui-se que dentre as pessoas jurídicas estatais vão estar presentes ambas: as de direito público e as de direito privado. Entre as primeiras vai figurar a

autarquia, que, classificada segundo sua estrutura, enquadraria as fundações públicas e as corporações públicas. Dentre as segundas temos as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais.

Chegando à conclusão de que ambas coexistem na realidade jurídica, resta analisar em que sentido é importante a sua diferenciação ou não. Na prática, pode-se perceber que a personalidade jurídica vai dar ao ente estatal um determinado tratamento pelo ordenamento jurídico e conseqüentemente, dependendo da personalidade jurídica, haverá um determinado tipo de relações para com as outras pessoas. Por fim, é possível salientar que a criação de fundação pública vai depender, unicamente, da previsão constitucional. Caso a Constituição não defina a personalidade jurídica da fundação – como ocorre com as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista – poderá a lei criadora fazer opção por sua personalidade jurídica como sendo de direito público ou privado.

No caso específico da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, há previsão de que integram a administração indireta as “fundações instituídas ou mantidas pelo Estado”, sendo que “as fundações públicas ou de direito público instituídas pelo Estado são equiparadas às autarquias” (art. 21 e § 2º CE/89). Não existe impedimento, contudo, a que o Estado crie fundação com personalidade jurídica de direito privado.

Verificamos, portanto, a possibilidade constitucional de conviverem fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e de direito privado, sendo o qualificativo “público” utilizado tão-somente para designar o ente criado pelo Estado. Sua personalidade jurídica, todavia, será definida legalmente, estabelecendo, assim, o regime jurídico a elas atribuído.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CRETELLA JR., José. *Direito Municipal*. Rio de Janeiro: Ed. Universitária de Direito, 1975.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1967.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. *Constituição Estadual de 1989*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.