Número 20 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

AS FUNDAÇÕES PÚBLICAS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Alexandre Santos de Aragão
Professor-Assistente do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Professor da Pós-graduação em Direito do Estado da U.E.R.J. Mestre em Direito Público pela U.E.R.J. Doutorando em Direito do Estado pela U.S.P. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. Membro do IAB e do IBAP.

I – INTRODUÇÃO

O tema das fundações instituídas pelo Estado – ditas fundações públicas – é um dos pontos do Direito que mais revela as interseções entre o Direito Público e o Direito Privado, que têm levado a uma forte atenuação da separação destes dois principais ramos em que tradicionalmente se dividiu a ciência jurídica.

Tratando da questão especificamente do ângulo da natureza jurídica das pessoas jurídicas, José Manoel Sérvulo Correia, após destacar a artificialidade de certas pretensões classificatórias, concluiu que "nenhum dos critérios de classificação propostos pela doutrina, ou mesmo fórmulas de combinação de vários de entre eles, asseguravam uma base sólida e consistente para arrumar as pessoas coletivas em públicas e privadas. Tinha já então a consciência de que esta circunstância reflectia uma realidade subjacente mais ampla: a da força da unidade do ordenamento jurídico e do carácter voluntarista e tentativo do esforço da sua seriação em torno dos pólos do público e privado. (...) A privatização do Direito Público e a publicização do Direito Privado reflectem um cair de barreiras entre Estado e sociedade, um aumento da complexidade intra-sistémica própria de uma pós-modernidade feita de proliferação de centros de poder e de produção de normas, de co-responsabilização do Estado e dos grupos na determinação das condições de realização dos interesses públicos."

Se a divisão entre o Direito Público e o Direito Privado nunca pôde ser considerada absoluta, a partir, sobretudo, da década de 30 é, com efeito, cada vez mais relativa.

De um lado, o Direito Privado passou a sofrer um crescente dirigismo contratual, sendo cada vez mais presente a intervenção legislativa do Estado em relações privadas, principalmente naquelas de natureza econômica e

consumeristas. "As novas situações de desigualdade criadas por imensas transformações ensejaram um recuo no individualismo e uma ação enérgica do estado moderno, que passou a ser assistencial, buscando a elevação do nível de vida do indivíduo e a tutela do mesmo e da família, com a criação de institutos jurídicos sociais – os subsídios populares, o financiamento para aquisição de moradias, os direitos trabalhistas, a previdência social, o surgimento do crediário para fins de consumo. Dessa forma, ocorria o fenômeno conhecido como publicização do privado, ante à tentativa do Estado de restabelecer o equilíbrio do sistema".

O Direito Público, por sua vez, recebeu grande influxo privatístico, com a criação pelo Estado de entes de sua Administração Indireta revestindo formas jurídicas privadas, como as sociedades de economia mista – sociedades anônimas – e as fundações e, mais recentemente, com a tentativa, às vezes frustrada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, de adoção de mecanismos de gestão de Direito Privado como meio de atingir maior eficiência administrativa.

Este fenômeno, apesar de vetusto, revelaria inclusive uma das atuais acepções da "privatização", pela qual esta "traduz-se na atribuição ao Estado de formas ou instrumentos privados, ou seja, transforma-se 'o mecanismo específico ou singular, autoritário e de Direito Público, da intervenção do Estado num mecanismo jurídico-econômico em que o Estado se auto-atribui o regime jurídico comum ou se coloca numa posição idêntica à dos particulares'."

II – AS FUNDAÇÕES NA TEORIA GERAL DO DIREITO E NO DIREITO PRIVADO.

Há uma série de institutos jurídicos que tradicionalmente – pela enorme sobrepujança que o Direito Civil ocupou nas ciências jurídicas até o advento do Estado Democrático de Direito no início do século XX – são ainda hoje didaticamente tratados como Capítulos dele integrantes, quando uma análise mais acurada e atualizada deveria colocá-los na Teoria Geral do Direito.

Este é o caso das normas concernentes às pessoas jurídicas, especialmente às Fundações, que são institutos que podem ser instrumentalizados tanto por particulares em prol do interesse individual, como pelo Estado, para a persecução do interesse público.

É sob esta perspectiva que a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público deve ser enfocada, ou seja, sem um pré-conceito, sem uma tendência a priori para considerá-la como de Direito Privado e, portanto, reconduzível inexoravelmente ao Direito Civil.

Ainda que a legislação civil, a o que o novo Código Civil não constitui exceção (cf. art. 44, III), costume arrolar as fundações entre as pessoas jurídicas de Direito Privado, não podemos olvidar que o Código Civil não é a única fonte normativa que trata das fundações existindo uma enorme pletora de normas a respeito, desde normas constitucionais – algumas delas mais adiante analisadas – até outras normas de idêntica hierarquia legal, capazes, portanto, de manterem a sua vigência como normas especiais face ao Código ou de o derrogarem.

De acordo com o Código Civil, ou, dizendo mais propriamente, com as lições tradicionais da Teoria Geral do Direito, as fundações são personalizações jurídicas de patrimônios, ou seja, as fundações são o instrumento técnico-jurídico de, ao afetar determinada universalidade patrimonial a determinado objetivo não-lucrativo, personificá-lo através de um estatuto e de órgãos dirigentes para a consecução deste escopo.

III – AS FUNDAÇÕES NO DIREITO PÚBLICO

Devemos ter em conta ao enfrentar o tema a que nos dispomos, que a Teoria das pessoas jurídicas em geral e especificamente das fundações foi desde a Idade Média construída tendo em vista, sobretudo, as relações privadas; apenas nos dois últimos séculos que a Teoria Geral do Direito começou a se debruçar sobre as chamadas pessoas jurídicas de Direito Público, notadamente as da Administração Pública Indireta, o que, sem dúvida, torna a matéria mais complexa e menos consolidada.

José Manoel Sala Arquer afirma que o tema "se inscreve, com efeito, em um fenômeno – o das pessoas jurídicas públicas, distintas da Administração estatal – que nos situa, desde o início, diante de um panorama que demanda ser esclarecido. Poucas categorias como esta das 'formas personificadas' têm experimentado uma transformação mais intensa e acelerada, nem sempre acompanhada de idéias claras. Frente à relativa simplicidade dos 'tipos' que, não faz muito tempo, circulavam em nosso Direito Público, assistimos hoje a uma situação que podemos qualificar de caótica. Abusou-se das formas jurídicas, ao extremo em que em algumas ocasiões o Legislador parece um destes cientistas de laboratório, empenhado em experimentar estranhos 'cruzamentos', que às vezes dão lugar a híbridos e a criaturas monstruosas ou inviáveis. Há sociedades de titularidade pública que na realidade são simples centros administrativos encobertos ou disfarçados".

Pietro Perlingieri, de uma perspectiva um pouco mais otimista, justifica o surgimento de muitas destas entidades observando que "nascem e se proliferam porque a jurisdição não funciona, porque o Poder Executivo não sabe mais como organizar e fazer funcionar a máquina da Administração Pública, porque o Poder legislativo não consegue legislar tempestivamente".

III.1 – A personalidade jurídica de Direito Público e a Descentralização Administrativa.

Como evolução/contraposição ao modelo centralista, napoleônico, de Administração Pública, em um primeiro momento a autonomia no desempenho de parcelas das atividades estatais se deu através da criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele paralelas, denominadas entre nós de entidades da Administração Indireta.

Vital Moreira observa que "na concepção tradicional a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais

hierarquizados, na direcção governamental e na responsabilidade parlamentar do Governo pela actividade da administração. O modelo originário da administração pública do Estado constitucional era a "administração ministerial", isto é, a administração hierarquicamente organizada sob a égide de um Ministro responsável. (...) Hoje a "unidade da administração é uma ficção", sendo incontroversa a sua natureza "plurifórmica e pluricêntrica", (...) o que constitui "resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclassista", voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo" (sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas, etc.), "que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social. (...) O pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da administração." De outra forma, o Estado não poderia desempenhar suas atribuições com a agilidade e eficiência necessárias.

A fórmula que, até o momento, mais obteve êxitos foi a descentralização administrativa através de órgãos ou entidades, geralmente especializados tecnicamente, dotados, em maior ou menor escala, de autonomia e que, atípicos em relação ao tradicional aparato administrativo hierarquizado, atuam com acentuado poder decisório.

Vital Moreira, citando Breuer, considera-os como a "resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto, uma conseqüência, em termos de diferenciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas."

Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como "policêntrica", afirma que, "quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos."

Naturalmente que nenhum modelo administrativo é inteiramente descentralizado ou centralizado. A adoção completa daquele levaria à desintegração da organização administrativa, e, a deste, à sua inviabilização prática.

Classicamente, a descentralização é definida em contraposição à desconcentração.

A descentralização seria a criação de pessoas jurídicas pelo Estado e a desconcentração a mera divisão de funções entre os diversos órgãos despersonalizados de uma mesma pessoa jurídica estatal, ou seja, seria a criação de órgãos periféricos dentro da própria Administração Direta.

Estes conceitos tradicionais de descentralização e desconcentração, na época em que nenhuma das duas acarretava significativa autonomia, não eram propriamente incorretos. Todavia, não mais correspondem ao modelo administrativo efetivamente descentralizado exigido, e já implantado, pelo Estado contemporâneo. Podemos, contudo, nos valer de ambos os conceitos, desde que lhes seja acrescentado um plus ontológico.

A mera criação de pessoa jurídica da Administração Indireta, sem que possua um grau de razoável autonomia para desenvolver suas atribuições, não tornará o seu desempenho mais ágil e eficiente. A desconcentração também é, por sua vez, mera forma de organização interna que não altera os vínculos hierárquicos tradicionais. Nenhuma delas, portanto, se tomadas nos seus conceitos tradicionais, constituirão necessariamente verdadeira descentralização.

Em todo o mundo, podemos constatar que a Administração Pública caminha para a descentralização em sentido material, sendo irrelevante a sua caracterização formal/tradicional, vista acima. O que importa é que a determinados centros de competência seja conferida considerável autonomia de atuação, independentemente deles serem constituídos ou não como pessoas jurídicas.

Propugnando pela relativização dos conceitos formais de órgão e de pessoa jurídica administrativa e, conseqüentemente, de desconcentração e descentralização em sentido meramente formal, Gaspar Ariño Ortiz chega a observar que "o conceito estrito de pessoa jurídica, tal como elaborada pela pandectística do Direito Privado resultava insuficiente para dar fundamento à razão da organização administrativa; o estrito dualismo órgão-pessoa só era capaz de explicar parcialmente a pluralidade de figuras subjetivas que podiam atuar em Direito público de maneira juridicamente relevante. (...) Se pretenderá assim – digo – mediante a substituição da idéia unitária de 'pessoa' (sujeito), pelas idéias-base de 'capacidade', 'imputação' e 'legitimação', que são elementos singulares daquela (capacidade para ser titular de direitos, para figurar em juízo, etc.)", alcançar um conceito material de ambos os institutos de molde a adequá-los às particularidades do Direito Público.

João Caupers afirma que a abordagem das fundações da Administração Pública é caracterizada pela "crescente consideração da personalidade jurídica como mero instrumento jurídico, não correspondente a uma realidade sociológica pré-determinada".

Parte da doutrina afirma mesmo que os entes personalizados sem autonomia sequer podem ser considerados verdadeiras pessoas jurídicas. Por mais fortes razões, também não se poderia deles inferir qualquer descentralização. Ambas as categorias, centrais no mundo do Direito Administrativo, estariam falseadas.

Neste sentido é que Garrido Falla, seguindo Ferrara, fala de "pessoas jurídicas fictícias", desprovidas de substrato real, ou seja, de um regime jurídico que realmente as trate como tal, que lhes confira um grau razoável de liberdade de agir.

Adotando o conceito material (efetivo, verdadeiro...) de descentralização, Alfredo Gallego Anabitarte pronunciou-se no sentido de que "também se pode produzir a verdadeira descentralização em um sujeito ou centro de competências que não seja personalizado. (...) Não é essencial à descentralização que o sujeito descentralizado seja titular da competência que se lhe transfere (...). A usual definição de descentralização como "transferência da titularidade de competências entre pessoas jurídicas" não é mais que uma das hipóteses – a mais usual – de descentralização. Por outro lado, pode produzir-se esta transferência entre pessoas jurídicas como o caso das entidades da Administração Indireta, mas pode, todavia, não haver verdadeira

descentralização em virtude da completa, e lógica tutela, a que se submete a atuação destas pessoas jurídicas."

Postos os conceitos e as discussões fundamentais acerca da descentralização administrativa e da Administração Indireta, passamos, no Item seguinte, a apreciar especificamente as fundações integrantes da Administração Pública, que constituem uma das mais importantes manifestações dos institutos acima analisados, e que, em sendo assim, não podem ser enfocadas à luz apenas (ou preponderantemente) do Direito Civil.

III.2 – Natureza Jurídica das Fundações Públicas.

Neste Item, adentraremos, portanto, nas discussões acerca da natureza Jurídica das Fundações Públicas, ou seja, instituídas pelo Poder Público.

Apesar das celeumas doutrinárias quanto ao rol das entidades da Administração Indireta, devemos partir da Constituição Federal e da consolidação legislativa (cf., sobretudo, Decreto-lei nº 200/67) existente na matéria, já absorvida pela maior parte da doutrina, que, juntamente com as Fundações Públicas ou instituídas pelo Poder Público, reúne as Autarquias, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista na Administração Indireta. Estas duas são indubitavelmente de Direito Privado, ao passo que as autarquias são incontroversamente pessoas jurídicas de Direito Público . As discussões se deitam apenas sobre a natureza jurídica das Fundações Públicas, se de Direito Privado ou público.

As controvérsias, sobre as quais o novo Código Civil traz novos elementos são de grande importância, não apenas teórica, como prática, inclusive no que toca à execução por precatórios (exclusiva da Fazenda Pública), às prerrogativas processuais da Fazenda Pública (ex.: prazos maiores para contestar e recorrer) e ao Juízo competente (ex.: as Varas de Fazenda Pública da Justiça Estadual).

O advento das entidades da Administração Indireta e o surgimento de suas espécies acompanharam o desempenho de novas atividades pelo Estado. Foi a ampliação das funções do Estado no meio social e econômico, agindo muitas vezes diretamente no domínio econômico e social, que exigiu a adoção de novos instrumentos institucionais. Não seria recomendável, por exemplo, que o Estado assumisse a função de fabricante de aviões através da Administração Direta.

É assim que a especialização e o surgimento de novas funções do Estado, notadamente na área de fiscalização de setores econômicos, levou à criação das autarquias; as funções sociais e de fomento específicas passaram a muitas vezes serem desempenhadas por fundações públicas; e a exploração de atividades econômicas ou de serviços públicos com conteúdo econômico coube principalmente às empresas públicas e sociedades de economia mista.

As Fundações integrantes da Administração Indireta devem ser analisadas tendo-se em vista as numerosas disposições constitucionais que as têm como objeto, e que, naturalmente, devem ser o filtro pelo qual devem ser interpretadas as leis infraconstitucionais, entre elas o Código Civil recém editado.

São numerosas as controvérsias acerca da natureza jurídica destas entidades da Administração Indireta, previstas nos artigos 62 e seguintes do Código Civil como patrimônios personificados pela sua finalidade.

A alusão da CF/88 a uma "administração fundacional" (arts. 37, XI e 38) levou alguns até a defenderem que não integrariam a Administração Indireta, mas, como demonstra Odete Medaur, tratou-se apenas de uma cautela do Constituinte, para que as fundações não continuassem a ser usadas para evitar a aplicação de normas isonômicas e moralizadoras da Administração Pública.

No que diz respeito à própria possibilidade de instituição de fundações pelo Estado, encontramos do Direito Comparado várias posturas: o Direito Belga veda expressamente a instituição de fundações pelo Poder Público; em França, Georges Ripert faz referência às missões de serviço público assumidas por entidades privadas, admitindo-se genericamente que entidades da Administração Pública possam revestir formas jurídicas oriundas das categorias clássicas do Direito Privado; na Alemanha não se questiona a possibilidade do Estado instituir Fundações, que são tratadas sem maiores questionamentos nos manuais de Direito Administrativo; em Portugal Vital Moreira, escrevendo antes da existência de norma positiva expressa no sentido da admissibilidade da sua instituição, assinalava que, diante da ausência de vedação constitucional, poder-se-ia admitir a criação de fundações pelo Estado para perseguir fins públicos, fazendo, contudo, ressalvas quanto à excepcionalidade da administração pública por entes privados, à impossibilidade da sua atuação em algumas tarefas e à ilegitimidade da sua utilização como estratagema para escapar das normas fundamentais da Administração Pública, principalmente no que diz respeito aos seus controles; no Direito Espanhol, bastante restritivo quanto à possibilidade em foco, Parejo Alfonso observa que os problemas em se admitir a criação de fundações pelo Poder Público está na dificuldade em se separar, como a lei civil exige, a criatura (a fundação) do criador (Ente estatal fundador), "uma vez que tal só poderia decorrer de um 'abandono definitivo' pelo ente público dos interesses públicos de cuja consecução a lei o encarregou".

No Direito Brasileiro, a exemplo do acima visto em relação ao Direito Alemão, a doutrina parte, sem maiores questionamentos, do pressuposto da possibilidade de o Poder Público instituir fundações, deitando-se as discussões, e aqui elas abundam, apenas sobre a sua natureza jurídica.

O Código Civil de 1916 previu as fundações com a perspectiva de serem todas instituídas por particulares, o que não era de se espantar diante do momento histórico em que foi editado, em que o Estado ainda exercia reduzida intervenção nos âmbitos social e econômico. O novo Código Civil, todavia, não mudou muito a situação, se referindo tout court às fundações como pessoas jurídicas de direito privado. Também o art. 5º, I do Decreto-lei nº 200/67 as qualifica como pessoas jurídicas de direito privado.

Autores há que sustentam que a personalidade jurídica de direito privado é ínsita ao próprio conceito de fundação; que fundação de direito público não é, na verdade, fundação.

Outra corrente entende, ao revés, que todas as fundações instituídas pelo Poder Público possuem personalidade jurídica de Direito Público, equiparando-as, por esta razão, às autarquias.

A doutrina majoritária, a qual integramos, sustenta que as fundações públicas podem ser de direito privado ou de direito público, e que, neste caso, estaríamos diante de espécies de autarquias – autarquias fundacionais ou fundações autárquicas.

Esta é a posição que, não sem certa hesitação, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que tem equiparado algumas fundações instituídas pelo Poder Público às autarquias, sobretudo nos casos em que a fundação depende de verbas públicas, ou seja, que não possuem o traço – característico das fundações na Teoria Geral do Direito – de personificação de um patrimônio que, por si só e por seus frutos, seja capaz de propiciar o atingimento dos seus objetivos institucionais.

No leading case (RE nº 101.126-RJ, Rel. Min. Moreira Alves) o Supremo Tribunal Federal – STF assentou:

"Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de Direito Público, e, portanto, pessoas jurídicas de Direito Público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia".

Em outro julgado, mais recente (RE nº 215.741, Rel. Min. Maurício Corrêa), o Supremo Tribunal Federal – STF manteve a sua orientação através da seguinte ementa:

"Fundação Pública – Autarquia – Justiça Federal.
1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de Direito Público.
2. Conflito de competências entre Justiça Comum e Federal. Artigo 109, I, da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação pública, tendo em vista sua natureza jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias.
3. Ainda que o Artigo 109, I, da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia.
4. Recurso Extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal."

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF constata-se que a Corte estabelece uma série de "indícios", cuja presença, mais ou menos intensa, identifica uma fundação instituída pelo Poder Público como pessoa jurídica de Direito Público. Dentre estes indícios figura, todavia, com preponderância, o fato de não ser sustentada por receitas próprias, mas sim com recursos do Ente federado instituidor.

Partindo dos pressupostos postos pela corrente majoritária, coincidente com os fixados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, quando a fundação for

de direito público, aplicar-se-á a disciplina jurídica característica das autarquias, inclusive no que diz respeito à sua instituição, feita diretamente por lei, aplicando-se-lhes todas as prerrogativas típicas das pessoas jurídicas de direito público, salvo disposição legal em contrário.

Quanto às fundações públicas de direito privado, o Decreto-lei nº 200/67 é contraditório: no art 5º, IV, afirma que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado; no § 3º do mesmo artigo diz que, ressalvada a constituição pelo registro próprio, não aplicar-se-lhe-ão, as normas do Código Civil referentes às fundações. Sendo assim, não são controladas pelo Ministério Público, mas pelo Ente político instituidor, uma vez que, ao contrário do que se dá nas fundações particulares, a vontade do instituidor não se desliga de forma definitiva da fundação. Da mesma forma, a lei poderá extinguir ou modificar o regime jurídico da fundação pública, ainda que de Direito Privado, independentemente de qualquer ato social interno desta.

As fundações instituídas pelo Poder Público que forem de direito privado têm apenas as características privatísticas que não decorram do Código Civil: os seus bens são, penhoráveis, ressalvados os afetados a serviços públicos; a sua responsabilidade não é objetiva, salvo se for prestadora de serviços públicos; e o seu pessoal será necessariamente regido pela CLT.

Submeter-se-ão, contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta – de direito público ou privado –, às normas constitucionais asseguradores da igualdade e moralidade da Administração Pública, como a criação autorizada em lei (art. 37, XIX, CF), a vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, teto remuneratório, licitações, vedação da publicidade de promoção pessoal, etc. (art. 37, CF).

IV – O NOVO CÓDIGO CIVIL

Neste derradeiro Tópico, visamos analisar a forma com que se dá o encontro com o novo Código Civil do acúmulo doutrinário e jurisprudencial de Direito Administrativo (cf. Tópico anterior) consolidado sob a vigência do Código Civil de 1916, editado antes de o Estado começar a proliferar as suas Fundações.

Não tendo, até pela novidade das questões que estão sendo apresentadas pelo novo Código, pretensões a esgotar o tema, julgamos conveniente analisar, à luz dos pilares teóricos já fixados, cada um dos artigos do Código Civil de 2002 que possam trazer conseqüências para a disciplina das Fundações instituídas pelo Poder público. Vejamo-los:

> Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
> I - a União;
> II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III - os Municípios;
> IV - as autarquias;
> V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
> Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado,

regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I - as associações;
II - as sociedades;
III - as fundações.

Podemos ver que o novo Código Civil não resolveu a confusão existente em relação à natureza jurídica das fundações públicas, acabando, outrossim, por aumentá-la ainda mais: diante da omissão em incluir fundações públicas no rol das pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41) e da inclusão das fundações em geral no elenco das pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 44), há o entendimento segundo o qual, finalmente, foi definida a questão em favor da tese da personalidade jurídica de Direito Privado de todas as fundações da União, dos Estados e dos Municípios; enquanto outros, entre os quais nos incluímos, acham que continua existindo o mencionado poder de escolha do Legislador na definição da natureza jurídica das Fundações Públicas.

Com efeito, o próprio Código Civil menciona a existência de "demais entidades de caráter público criadas por lei" (art. 41, V) e a possibilidade de se dar estrutura de Direito Privado a pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41, Parágrafo único). Motivos práticos também militam em favor desta tese, uma vez que a outra posição faria com que todas as fundações de Direito Público, de todas as esferas da Federação, devessem sofrer profundas alterações em seus regimes jurídicos, inclusive em suas respectivas leis instituidoras, que constituem emanações da autonomia administrativa federativa constitucionalmente assegurada.

*****

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.
Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

O Parágrafo único do art. 62 constitui uma das maiores perplexidades da doutrina e da sociedade em geral com o novo Código Civil. De fato, ele reduz de forma inusitada o possível campo de atuação das fundações, contrariando todas as tendências de expansão do Terceiro Setor.

Entendemos, contudo, com Marcos Juruena Villela Souto, que o campo de atuação das fundações do Poder Público só pode ser definido pela lei complementar prevista na parte final do inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, não pelo Código Civil – lei ordinária.

*****

Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às

disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários.

Art. 2.032. As fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto neste Código.

Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.

Os dispositivos transcritos, integrantes das Disposições Finais e Transitórias do novo Código Civil, deixam bem claro que as pessoas jurídicas constituídas antes da sua vigência também se submetem a ele, apenas possuindo o prazo de um ano para se adaptarem. Assim, por exemplo, se a posição atualmente dominante acerca da natureza jurídica das Fundações Públicas vier a ser alterada no sentido de que não mais possam existir fundações públicas de Direito Público, todas as que existirem deverão ser extintas ou modificadas, inclusive com a revogação das respectivas leis instituidoras.

É este ponto que nos parece tornar improvável a alteração do entendimento ora dominante, já que esta alteração faria com que devêssemos admitir que uma lei ordinária federal – o Código Civil – incidisse, sem qualquer autorização constitucional, diretamente sobre leis de todos os Entes da Federação (as leis instituidoras de fundações públicas de Direito Público).

Não menosprezamos o fato de a Constituição Federal atribuir competência privativa para a União legislar sobre Direito Civil (art, 22, I, CF), mas esta competência não pode legitimar a interferência da União no núcleo essencial da autonomia administrativa dos demais Entes federados, mormente quando a própria Constituição estabelece veículo legislativo específico no caso das Fundações Públicas (Lei Complementar – art. 37, XIX, in fine, CF) para esta ingerência.

V – CONCLUSÃO

Diante das lições doutrinárias e jurisprudenciais de Direito Administrativo e da pouca doutrina civilista até o momento existente sobre o objeto do presente estudo, entendemos que pouco mudou no regime jurídico das Fundações Públicas com o advento do novo Código Civil, estando mantida a possibilidade de o Legislador, à luz dos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, caracterizar a Fundação Pública como ente de Direito Público ou Privado.

VI – BIBLIOGRAFIA

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Transferencia y Descentralización; Delegación y Desconcentración; Mandato y Gestión o Encomienda. Teoría Jurídica y Derecho positivo, in Actualidad y Perspectivas del Derecho Publico a fines del siglo XX – Homenaje al Profesor Garrido Falla, Editorial Complutense.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

BANMEYER, Ilse e TALBOT, Cindy. Les Fondations: état présent et idées de réforme, in Annales de Louvain, nº 1, 1998.

BORGES, José Arthur Diniz. Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito, Ed. Lejus, São Paulo, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 7ª edição, 2001.

CAUPERS, João. As Fundações e as Associações Públicas de Direito Privado, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Ed. Coimbra, Coimbra, 2001.

CORREIA, José Manoel Sérvulo. Fundações e Associações Públicas de Direito Privado, constante da obra coletiva "Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo", Ed. Coimbra, Coimbra, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, Ed. ATLAS, São Paulo, 13ª edição, 2001

ENTERRÍA, Eduardo García. Revolución Francesa y Administración Contemporánea", Civitas, 4ª ed., 1998.

ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado, Ed. Almedina, Coimbra, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, Ed. Atlas, 2ª edição, São Paulo, 1994.

FRANCO MONTORO, André. Introdução à Ciência do Direito, Ed. RT, 25ª edição, São Paulo, 1999.

FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira, RDA, 25/287.

GAUDEMET, Yves. La crèation des fondations par les personnes publiques ou d'utilité publique, in Le droit des fondations en France et à l'etranger, volume dirigido por R J. DUPUY, Notes et Etudes Documentaires, núm. 4879, 1989-4.

HUGHES, Some Aspects of Development of American Law, 1916, 39, New York State Bar Association Reports.

LIMA, Hermes, Introdução à Ciência do Direito, Freitas Bastos Editora, 32ª edição, Rio de Janeiro, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos, Ed. RT, 2ª edição, São Paulo, 2000.

MAÑAS, José Luis Piñar. Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones, in Revista Española de Derecho Administrativo – REDA, versão CD-ROM.

_____. Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones, in Revista Española de Derecho Administrativo – REDA, versão CD-ROM.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, Ed. RT, 5ª edição, São Paulo, 5ª edição, 2001.

MÉNDEZ. Sistemas Orgánicos, in Perspectivas del Derecho Público en la segunda Mitad del siglo XX, Madrid, 1969.

MOREIRA, Vital. Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra, 1997.

ORTIZ, Gaspar Ariño. La Administración Institucional – Bases de su regimen jurídico, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

PERLINGIERI, Pietro (a cura di). Authorities e Tutela della Persona, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

SALA ARQUER, José Manoel. Las Fundaciones y Associaciones Públicas de derecho Privado: el caso de las fundaciones sanitarias, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Ed. Coimbra, Coimbra, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Palestra proferida no Seminário O Novo Código Civil, promovido pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em 2002.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Problemas de Direito Civil Constitucional, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 01, p. 09-28, abr./jun. 2003