Secretaria de Gestão

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL

PROJETO FUNDAÇÃO ESTATAL

PERGUNTAS E RESPOSTAS

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Secretaria de Gestão

Ministro
Paulo Bernardo Silva

Secretário-Executivo
João Bernardo de Azevedo Bringel

Secretário de Gestão
Valter Correia da Silva

Secretário Adjunto de Gestão
Alexandre Kalil Pires

Diretor de Modernização Institucional
Walter Shigueru Emura

Elaboração
Valéria Alpino Bigonha Salgado – Gerente de Projeto
Lenir Santos - Colaboradora Ad Hoc
Sábado Nicolau Girardi – Colaborador Ad Hoc e Orientador Geral do Projeto

Outras colaborações *Ad Hoc*
Gilberto Barichello
Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães
Gustavo Tepedino
José Carlos Silva
José dos Santos Carvalho Filho
José Eduardo Sabo Paes
Pedro Barbosa
Raphael Coutinho da Cunha
Rodrigo Pinto de Campos
Vera Monteiro

Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
Secretaria de Gestão
Projeto Fundação Estatal – Perguntas e Respostas / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão – Brasília : MP, 2007.

48 p.: il.color

Apresentação

O Projeto de Fundação Estatal é uma proposta que vem sendo desenvolvida no Governo Federal de criação de nova forma jurídico-institucional no seio da administração pública indireta, para atender às necessidades de flexibilidade e agilidade das áreas do Estado que executam atividades de natureza não exclusiva, ou seja, onde não é necessário o uso do poder de autoridade, tais como saúde, educação, tecnologia, cultura, esporte, turismo, dentre outras.

A proposta encontra amparo no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal e da doutrina jurídica brasileira e requer, para ser implementada, a sanção de uma Lei Complementar que defina as áreas de atuação da fundação estatal.

Para isso, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão instituiu grupos de trabalho, em parceria do Ministério da Saúde e de colaboradores *ad hoc*, dentre eles juristas e doutrinadores renomados, para elaborar o projeto de Lei Complementar – PLC e desenvolver o estatuto da Fundação Estatal.

Em dezembro de 2006, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão encaminhou oficialmente à Casa Civil minuta do PLC que institui a Fundação Estatal.

Este documento apresenta um rol de perguntas e respostas consideradas relevantes para o melhor entendimento do projeto.

Questão 1:

Pode o Estado instituir fundações públicas de direito privado?

Sim. A partir de interpretação harmônica e sistêmica dos dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que a Constituição Federal prevê dois tipos de fundações instituídas pelo Poder Público:

- a de direito público, criada por lei específica e reconhecida pela doutrina e jurisprudência como "fundação autárquica", pela similaridade de características em relação à modalidade institucional de autarquia; e
- a de direito privado, criada segundo as disposições do Código Civil, mediante autorização legislativa;

Em relação à primeira, ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a fundação pública instituída pelo Estado com estrutura de direito público e orçamento público, também denominada fundação autárquica pela sua natureza similar às autarquias[1]. Até então, as fundações públicas eram instituídas tão-somente como entidades de direito privado, à luz das disposições do Decreto-Lei 200/67, alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69 e pelas Leis nº 2.299/86 e 7.596/87.

As alterações introduzidas na Constituição de 1988, especialmente pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, reafirmaram a possibilidade do Estado de instituir fundações de direito privado, ao lado das de direito público.

> **Constituição Federal, Art. 37 – texto anterior à EC nº 19:**
> **XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública.**
>
> **Constituição Federal, Art. 37:**
> **XIX - 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** (grifo nosso**).** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[1] O texto atual da Constituição Federal dispõe sobre a fundação pública de direito público em vários de seus dispositivos, como é o caso do disposto no Art. 40, que versa sobre o regime de previdência de servidores estatutários, detentores de cargo público, dos órgãos da administração direta, das autarquias e fundações. Também os arts. 165, § 5º e 169 da Carta Magna tratam de matéria afeta às fundações de direito público: estabelecem que as fundações instituídas e mantidas pelo Estado (portanto de **direito público**), integram o orçamento fiscal da União e devem se submeter à legislação que trata de limites de despesa com pessoal ativo e inativo, para a Administração Pública direta e indireta.

A alteração do texto do inciso XIX do Art. 37, pela Emenda Constitucional nº 19/98, retificou o rito de criação das empresas estatais e das fundações e evidenciou o regime privado dessas duas modalidades jurídico-institucionais. Isso porque deixou claro que as autarquias e as fundações públicas de direito público (de natureza autárquica, visto que as distinções assentam-se na natureza das coisas e não no rótulo) são criadas diretamente pela lei. Empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (de direito privado) necessitam de autorização legislativa, apenas.

As empresas e fundações estatais são apenas autorizadas e não criadas por lei, uma vez que adquirem personalidade jurídica, após cumprir os requisitos do Código Civil. As empresas estatais, pela sua inscrição na Junta Comercial; as fundações, pelo registro de sua instituição, por escritura pública, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. A autorização legislativa, nesses casos, é essencial para que o Poder Executivo possa fazer o destaque do patrimônio e/ou do capital público para personalizá-lo segundo as normas do direito privado.

Com a alteração da EC nº 19/98, **ficou expresso na Constituição Federal o poder do Estado de instituir fundações (estatais)** com mesma personalidade jurídica das empresas estatais, ou seja, de direito privado. A Constituição prevê, ainda, que as áreas de atuação dessa fundação de direito privado devam ser disciplinadas por lei complementar.

É bom lembrar que as empresas estatais por força do disposto no art. 173 da Constituição são dotadas de personalidade de direito privado, podendo tanto explorar atividades econômicas do Estado como prestar serviços públicos exclusivos e tarifados.

Importa, ainda, ressaltar, que a fundação estatal, objeto da proposta de lei complementar, ainda que instituída pelo Poder Público, não integrará um dos seus orçamentos (União), como conseqüência, não será mantida e nem terá sua folha de pagamento custeada pelo Poder Público, bem como não se sujeitará aos limites de despesa com pessoal ativo e inativo.

Entende-se, pois, pacificado o debate quanto à possibilidade de o Estado instituir fundações públicas de direito público ou de direito privado. Com a redação do art. 37, XIX, da CF, dada pela EC 19/98, e ante o reconhecimento anterior (1967) e mais recente do Supremo Tribunal Federal de que o Estado tanto pode dotar suas fundações do regime de direito público[2] ou privado.

---

[2] O STF reconhece, ainda, a natureza autárquica da fundação de regime público, ao deixar assentado que "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, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal" (RE nº 101.126-RJ, Relator o Min Moreira Alves - RTJ 113/314 - o dispositivo citado no acórdão refere-se à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69).
Em junho de 2002, a Ministra Ellen Gracie do STF reconheceu que a figura jurídico-institucional própria para a execução, pelo Poder Público, de atividades não-exclusivas de Estado é a fundação estatal de direito privado: ao negar provimento a recurso extraordinário da Fundação de Ciência e Tecnologia – CIENTEC, a Ministra reporta-se a parecer do Ministério Publico Federal que dispõe que *a denominação "pública" não confere à Recorrente personalidade jurídica de direito público. Suas atividades não são típicas de Estado, podendo ser desenvolvidas por qualquer outra*

Em agosto de 2006, a figura jurídico-institucional das fundações públicas **voltou a ser** objeto de debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 24.427-5, impetrado pelo Banco do Brasil S.A. contra ato do Tribunal de Contas da União[3], reafirmando-se a possibilidade do Estado instituir fundações de direito público ou privado.

O Ministro Relator Eros Grau cita em seu voto, o parecer do Procurador-Geral da República:

> **"apesar das divergências doutrinárias, podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas. Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado a criação de fundações dessa modalidade**."[4]

As decisões do STF balizam o entendimento adotado pelo Governo Federal.

É importante ressaltar que, embora a natureza jurídica das fundações públicas seja assunto de debates acalorados, nas duas correntes existentes – a primeira que advoga a possibilidade da coexistência de dois tipos de fundações públicas: de direito público e de direito privado e a segunda que defende que as fundações, ainda que instituídas pelo Poder Público, têm sempre regime jurídico de direito privado – é matéria pacífica que o regime jurídico de direito privado é próprio da figura da fundação.

É, precisamente, em torno do regime de direito público imposto às fundações que tem havido o debate, sob a argumentação, compartilhada, dentre outros, pelos doutrinadores Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Di Pietro e Miguel Reale Cretella Junior, mencionados por José dos Santos Carvalho Filho em seu Manual de Direito Administrativo, de que essas entidades constituem verdadeiras **autarquias** - razão porque são denominadas algumas vezes de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais.

Para Hely Lopes Meirelles, a fundação pública de direito público, imposta pela Constituição Federal de 1988,

> **constitui uma "contradictio in terminis", visto que "uma entidade não pode, ao mesmo tempo, ser fundação e**

---

entidade. Sendo pessoa jurídica de direito privado, não se aplica o previsto no artigo 100, caput, da Constituição Federal.(grifo nosso - Agravo no Recurso Extraordinário nº 219.900-1 Rio Grande do Sul, publicado no Diário de Justiça de 16.08.2002).

3 Mandato de Segurança nº 24.427-5 Distrito Federal – 30 de agosto de 2006 – Relator Ministro Eros Grau: O Tribunal de Contas da União determinou ao Banco do Brasil que providenciasse junto ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para formalizar a criação da Fundação Banco do Brasil, visto que a instituição da entidade, ocorrida em 1986, não decorreu de lei autorizativa, nos termos das disposições dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, considerou que a decisão do TCU era inexeqüível, uma vez que determinava providência que somente poderia ser tomada pelo Presidente da República.

4 A respeito do mencionado relatório, é importante lembrar que, atualmente, no âmbito do Governo Federal, todas as fundações públicas instituídas são regidas pelo regime jurídico de direito público, algumas vezes em desacordo com as respectivas leis autorizativas, em cumprimento às disposições da Constituição de 1988, sem a alteração da Emenda nº 19/1998.

> **autarquia; ser pessoa de direito privado e ter personalidade de direito público" e ainda que "o fato de o Estado servir-se de instituto de direito privado para a realização de atividades de interesse público não transfigura a instituição civil em entidade pública, nem autarquiza esse meio de ação particular"** (citações extraídas da obra de José dos Santos Carvalho Filho, no Manual de Direito Administrativo, pág. 433 – 16ª Edição).

Para o ilustre jurista, uma fundação não pode ser espécie de autarquia, sem que se confundam os conceitos doutrinários de ambas.

A alteração do inciso XIX do art. 37 pela EC nº 19/98, na opinião de doutrinadores, tais como Maria Sylvia Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e José Eduardo Sabo Paes, resgatou ao Poder Público a possibilidade de instituir fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado ao lado das fundações de direito público existentes.

Questão 2:

No caso de deferimento da ADIN nº 2135, impetrada contra a redação do caput do art. 39 da Constituição Federal introduzida pela EC nº 19/98, o regime jurídico de pessoal da fundação estatal terá que ser estatutário?

Não. A reforma da Constituição Federal, por meio das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1988, orientou-se por objetivos distintos e tratou de matérias diversas.

Uma delas foi a supressão do caput do Art. 39 que estabelecia a adoção do regime jurídico único[5] para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas de direito público[6].

> **Constituição Federal – texto anterior à EC nº 19:**
>
> **Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime**

[5] Note-se que a Constituição Federal não define o regime jurídico único como estatutário. Este é, inclusive, tema de grande dissidência doutrinária. Há várias discussões quanto à natureza do regime jurídico único – se estatutário ou trabalhista, se deveria ser distinto para a administração direta e indireta e se há possibilidade de opção para os entes políticos. Para José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p. 408), a pessoa política podia escolher o regime estatutário ou o trabalhista, desde que fosse o mesmo para todas as pessoas estatais de Direito Publico daquela órbita.

[6] O texto original da Constituição de 1988 consagrou a fundação instituída pelo Estado segundo as regras do direito público e por ele mantida com recursos do Orçamento Fiscal. Anteriormente as fundações eram instituídas pelo Poder Público apenas como entidades de direito privado, à luz das disposições do Decreto-Lei 200/67 alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69 e pelas Leis nº 2.299/86 e 7.596/87.

> **jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.**

O objetivo da supressão do *caput* do art. 39, foi **instituir o regime plural dentro da administração publica federal, para os órgãos e entidades de direito público[7].** Essa pluralidade de regime foi, posteriormente, regulamentada pela Lei nº 9.962, de 22.02.2000, que disciplina o regime de emprego público, para órgãos e entidades de direito público em coexistência com a Lei 8.112/90, que institui o regime estatutário.

Por outro lado, e com objetivos distintos, a EC nº19/98 alterou a redação original do inciso XIX do art. 37 da Constituição.

> **Constituição Federal, Art. 37 – texto anterior à EC nº 19**
> **XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública (grifo nosso).**
> **Constituição Federal, Art. 37 – alterada pela EC nº 19:**
> **XIX - 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; (grifo nosso)** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A alteração do inciso XIX do art. 37 tratou de evidenciar a forma diferenciada de instituição de autarquias e empresas estatais, haja vista a personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais, conforme disposições do art. 173 da Constituição, que disciplina a exploração direta de atividade econômica pelo Estado. É bom lembrar que a criação das empresas estatais é autorizada por lei e efetivada segundo as normas do Código Civil, mediante a inscrição na Junta Comercial.

Além disso, a alteração do inciso XIX do art. 37 da Constituição deu condições ao Poder Público de instituir nova modalidade de fundação, similar às empresas estatais.

Nesse aspecto, o texto constitucional é claro: distingue autarquia de fundação: uma criada pela própria lei e a outra criada nos moldes da empresa estatal – segundo as regras do código civil, a partir de autorização legal. Por essa fundação se tratar de nova modalidade jurídica (diversa, portanto, da fundação autárquica), a reforma constitucional estabeleceu, ainda, que suas áreas de atuação deveriam ser definidas por lei complementar.

Ora, o objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135, impetrada contra a Emenda Constitucional nº 19/98, por vício no rito constitucional, é anular a supressão do caput do Art. 39 da Constituição e, com isso, impedir a adoção do regime plural para os servidores da administração direta e das entidades de direito público, por meio do restabelecimento do regime jurídico único.

---

[7] O texto original da Constituição de 1988 consagrou a fundação instituída pelo Estado segundo as regras do direito público e por ele mantida com recursos do Orçamento Fiscal, em um movimento conhecido como de "autarquização" das fundações públicas que, anteriormente, eram instituídas pelo Poder Público como entidades de direito privado, à luz das disposições do Decreto-Lei 200/67 alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69 e pelas Leis nº 2.299/86 e 7.596/87.

Caso seja julgada procedente, a ADIN 2135 deverá anular os efeitos da Lei nº 9.962, de 22.02.2000, que disciplina o regime de emprego público, para órgãos e entidades de direito público[8]. Lei esta não aplicável às fundações estatais de direito privado)[9], tanto quanto não aplicável às empresas estatais e sociedades de economia mista, ambas sob regime de direito privado.

É bom ressaltar que desde a promulgação da lei até o momento, apenas o Hospital das Forças Armadas, órgão da estrutura básica do Ministério da Defesa, tem regime de emprego público. A lei 9.986, de 18.07.200, em seu texto original das agências reguladoras previa, também, o regime celetista, que foi revogado pelas MP 000.155-000/2003 e Lei 10.871/2004.

Uma vez que as matérias tratadas no *caput* do art. 39 e no inciso XIX do art. 37 são diversas e incidem sobre diferentes pessoas jurídicas, caso a ADIN 2135 seja julgada procedente e, assim, haja o retorno do texto constitucional que determina a adoção de regime jurídico único para as fundações públicas, seus efeitos não alcançam o regime de pessoal ora proposto para a fundação estatal – pessoa jurídica de direito privado e que, como as empresas estatais, observa o regime de pessoal regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Consultados, o **Ministro Massami Uyeda**, do Superior Tribunal de Justiça (especialista em Direito Público), Dr. Antonio Carlos Bigonha (Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República do DF e Território), Dr. José Eduardo Sabo Paes (Promotor de Justiça do Ministério Publico do Distrito Federal e Territórios) e os juristas Dr. Carlos Ari Sundfel, Dr. Gustavo Tepedino e o Dra. Lenir Santos, foram unânimes em ratificar esse entendimento.

Questão 3:

Poderá ser criada fundação estatal para exercício de "atividades de gestão" de outros órgãos ou entidades estatais?

Não. De acordo com o disposto no Projeto de Lei Complementar que estabelece as áreas de atuação da fundação estatal, essa modalidade jurídico-institucional somente poderá ser criada para exercício de atividades de fim social, de natureza não-lucrativa. Não poderá, portanto,

[8] Vide redação da petição inicial da ADIN 2310, fl.16: *"É evidente a inconstitucionalidade da adoção do regime trabalhista para os servidores das entidades de direito público, como o são a administração direta, as autarquias e as fundações públicas".(grifo nosso).*

[9] É bom ressaltar que desde a promulgação da lei até o momento, apenas o Hospital das Forças Armadas, órgão da estrutura básica do Ministério da Defesa, têm regime de emprego público. A lei 9.986, de 18.07.200, em seu texto original das agências reguladoras previa, também, o regime celetista, que foi revogado pelas MP 000.155-000/2003 e Lei 10.871/2004.

ser criada fundação estatal para realizar a gestão de outros órgãos ou entidades de direito público.

A Fundação estatal somente poderá atuar em área destituída de cunho econômico e que possam ser desenvolvidas por sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito privado; sempre que a atividade não exigir pública, poderá a fundação estatal atuar.

Isso implica dizer que não se pode utilizar uma fundação estatal como entidade de apoio às atividades de ente ou órgão publico, atuando como contratante de empregados públicos, sob o regime celetista, para compor quadros de outros órgãos ou entidades públicas, a exemplo do que hoje é praticado, sem amparo constitucional ou legal, por algumas fundações de apoio.

As eventuais cessões de servidores das fundações estatais para exercício em outros órgãos e entidades será autorizada com base nas mesmas condições dos empregados das empresas estatais.

Questão 4:

A investidura nos quadros da fundação estatal depende de concurso público?

Sim. Embora constituída segundo as normas do direito privado, o fato de a fundação ser criada pelo Estado e integrar a administração pública indireta faz com que a ela se submeta a normas de índole claramente públicas, impostas pela Constituição, e que fundamentais para a garantia da observância dos fins públicos impostos à entidade e de que os recursos públicos nela investidos sejam corretamente aplicados, bem como para manter o controle e a fiscalização estatal.

Ao conjunto dessas normas impostas às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e às fundações estatais denomina-se "direito administrativo mínimo".

Essas entidades devem observar o disposto no Inciso II, do Art. 37 da Constituição que, expressamente, determina que a investidura nos quadros da fundação estatal, no regime de trabalho celetista, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Questão 5:

Os empregados celetistas da fundação estatal têm estabilidade?

Não. O art. 41 da Constituição Federal dispõe que são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores **nomeados para cargo de provimento efetivo** em virtude de concurso público. Essa garantia é **exclusividade dos servidores detentores de cargos efetivos** na administração pública direta e nas entidades de direito público, regidos pelo regime estatutário (autarquias e fundações autárquicas).

> **Constituição Federal:**
> **Art. 41 São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A estabilidade está, portanto, relacionada ao vínculo estatutário, estabelecido mediante aprovação em concurso público. Não se estende, inclusive, aos servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão de direção ou assessoramento, cuja natureza de livre provimento permite, a qualquer tempo, a sua exoneração.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello[10],

> "**o conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não é determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre a qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir.**"

De maneira diversa, o vínculo que se estabelece entre o empregado e a empresa ou a fundação estatal que tem regime de emprego celetista é determinado por via consensual. A relação jurídica trabalhista que se constitui está fundamentada nas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e prevê, inclusive, a convenção ou o acordo coletivo como mecanismo de negociação e ratificação periódica das vontades do empregador e empregado, com a participação desse último no estabelecimento do sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações.

Além disso, o empregado da fundação estatal, assim como o da empresa estatal, é beneficiado pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS, que constitui o pagamento de indenização compensatória, para os casos de demissão.

Assim, ainda que admitidos por concurso público, em cumprimento a normas impostas pelo art. 37 da Constituição, os empregados da fundação estatal, da mesma forma que os das empresas estatais, não se beneficiam da estabilidade assegurada no art. 41 da Constituição Federal. Em

[10] Regime dos Servidores da Administração direta e indireta, p. 20-21.

contrapartida, uma vez que o seu regime de emprego observa as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, são beneficiados pelo acordo coletivo de trabalho e pelo FGTS.

Em caráter ilustrativo, cabe destacar recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho - TST, relativa ao Processo nº TST-RR-6.306/2000-011-09.2, de 22 de novembro de 2006, sobre recurso de reintegração de ex-funcionário de sociedades de economia mista. Na ocasião, a egrégia Casa entendeu que

> **"a regra constitucional que interdita o direito da Administração Pública despedir os seus servidores, tal qual o faz o particular, qual seja o art. 41 da CF/88, não pode ser utilizada para embasar o quanto pretendido neste autos. Deveras, a estabilidade prevista no referido dispositivo constitucional dirige-se, exclusivamente, aos detentores de cargo público [grifo nosso], nomenclatura que, na seara do direito administrativo, é distinta da relativa ao emprego publico. O recorrente não detinha cargo publico, mas emprego público, logo não estava agasalhado pelo multimencionado art. 41, caput, da Constituição Federal de 1988."**

Na mesma linha, o TST decidiu em favor da não-estabilidade de empregado de empresa estatal, no Processo RR - 2062/1999-024-01-40, publicado no Diário de Justiça em 07/12/2006, considerando improcedente o pedido de reintegração de empregado demitido.

Finalmente, é necessário ressaltar que, no Poder Público quem tem motivação para contratar deve ter motivação para demitir. Assim, ainda que o empregado da fundação estatal não goze da estabilidade do servidor público estatutário, as demissões na fundação estatal devem observar processo diferente do que é possível praticar na iniciativa privada: em observância aos princípios constitucionais, especialmente o da impessoalidade e da moralidade, **a demissão do empregado da fundação estatal deve ser justificada – seja por justa causa ou pelo interesse do serviço, observados critérios objetivos e processo transparente,** como aqueles que já ocorrem nas empresas estatais.

Questão 6:

Aplica-se à fundação estatal a observância do teto de remuneração dos servidores?

Não. Considerando que a Constituição deve ser interpretada de maneira harmônica e sistêmica, o disposto no inciso XI do art. 37 somente deve ser aplicável aos servidores e empregados da administração direta, das autarquias e das fundações autárquicas de direito público.

Se por similaridade, as fundações estatais de direito privado devem perfilar-se às empresas públicas e sociedades de economia mista em decorrência de seu regime de direito privado, a correta hermenêutica do disposto no inciso XI é a de que os entes públicos de direito público devem observar a imposição do teto salarial, regramento não aplicável aos entes públicos de direito privado, como as empresas e as fundações estatais.

Constituição Federal, Art. 37:
XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Questão 7:

A fundação estatal está sujeita às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal?

Não. Assim como não se aplica às fundações estatais o teto constitucional de remuneração dos servidores, tampouco se lhe aplicam as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000), especialmente no que tange aos limites de despesa com pessoal. A Lei Complementar 101/2000 adotou o critério da dependência financeira como traço distintivo para a sua aplicabilidade às entidades da administração indireta. Às empresas estatais dependentes financeiramente do Estado aplica-se o disposto naquela lei.[11]

Por sua vez, o próprio art. 169, § 1º da Constituição Federal, que dispõe sobre os limites de despesa com pessoal, trata dos "*órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas* ***e mantidas*** *pelo poder público*" (grifo nosso). A fundação estatal não é mantida pelo Poder Público, pois não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária, sendo mantida pela receita que auferir da prestação de serviços e do desenvolvimento de suas atividades. Nesse sentido, recebe o mesmo tratamento das empresas estatais não-dependentes, não se aplicando as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

> **Constituição Federal:**
> **Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.**
> **§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (grifo nosso)**

A Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamenta o referido artigo, refere-se às "administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes", reforçando o entendimento de que as fundações estatais recebem o mesmo tratamento, para efeitos do disposto na LRF, que as empresas estatais não-dependentes. Em suma, não se lhe aplicam as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.

> **Lei de Responsabilidade Fiscal, Art. 1º:**
> **§ 3º Nas referências:**
> **I – à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:**
> **b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;**

[11] Marçal Justen Filho ensina que o critério da dependência financeira é traço distintivo para diferenciar o regime jurídico das entidades da Administração indireta no tocante à aplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva).

Questão 8:

O que acontece com os atuais servidores públicos que trabalham em órgão ou entidade pública com projeto de transformação em fundação estatal? Eles terão ou poderão virar celetistas? Eles podem perder a estabilidade se forem cedidos para a fundação estatal?

No caso da transformação de um órgão ou entidade de direito publico (autarquia ou fundação autárquica) em fundação estatal, os servidores estatutários pertencentes ao seu quadro de pessoal poderão ser cedidos para exercício na fundação estatal, sem ônus para o órgão de origem.

A cessão será prevista na lei específica que autorizar a instituição da entidade, nos termos do art. 93, inciso II da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e dar-se-á em caráter especial: será autorizada apenas no processo de transição - ou seja, da extinção do órgão ou entidade de direito público e criação da fundação estatal, com a conseqüente transferência de competências institucionais.

> **Lei 8.112/90:**
> **Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:**
> **I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)**
> **II - em casos previstos em leis específicas.**(Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

Exceto nos caos previstos em lei, durante os primeiros vinte e quatro meses subseqüentes à instalação da fundação estatal criada a partir da extinção de órgão ou entidade de direito público, as requisições de servidores para compor os seus quadros serão irrecusáveis e deverão ser prontamente atendidas. Após esse período, a requisição de servidores para a fundação estatal poderá ser feita apenas para exercício de cargo de livre provimento, conforme o disposto no art. 93, inciso I da Lei 8.112/90.

Essa cessão especial permitirá transferir para a fundação estatal que se institui o conhecimento, o capital intelectual (de posse dos servidores em exercício no órgão ou entidade a ser extinta) e assegurar que as atividades e serviços públicos por ela prestados não sejam impactados negativamente, na transição.

Como o ônus da cessão é da fundação estatal, esta deverá fazer o reembolso ao(s) órgão(s) de origem dos servidores cedidos dos valores correspondentes à remuneração do servidor, acrescidos dos respectivos encargos sociais definidos em lei.

Os servidores cedidos[12] para a fundação estatal não poderão mudar o seu regime de trabalho com o Poder Público. **Permanecerão regidos pelo regime estatutário** e **terão asseguradas todas as vantagens pessoais**, decorrentes do cargo efetivo, nos órgãos ou entidades cedentes. Terão, portanto, asseguradas a sua estabilidade e não sofrerão perdas salariais, em observância, inclusive, ao inciso XV do Art. 37 da Constituição que estabelece a irredutibilidade dos vencimentos.

A responsabilidade pelo pagamento e administração dos inativos e pensionistas do órgão ou entidade a ser tranformado em fundação estatal será transferida para o seu órgão supervisor, que ficará responsável pelo pagamento dos vencimentos, direitos e vantagens adquiridos.

Questão 9:

É possível ao empregado celetista da fundação estatal acumular uma aposentadoria celetista e uma estatutária (art. 40 da CF)?

Sim. O empregado da fundação estatal poderá acumular aposentadoria à conta do regime de previdência social com aposentadoria pelo regime de previdência do servidor público, observado o disposto nos § 6º do art. 40 e inciso XVI do art. 37 da Constituição.

> **§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Questão 10:

É aplicável o conceito de licitação pública à relação de prestação de serviços públicos que se estabelece entre a fundação estatal com o seu órgão supervisor?

Não. A fundação estatal constitui-se modalidade de descentralização administrativa de serviço público. Ela integra a administração pública indireta, criada com o fim precípuo de prestar **serviços públicos** (ainda que de natureza não exclusiva) ao Estado.

[12] O Decreto nº 4.050, de 12.12.2001, (art. 1º, inciso II) conceitua cessão como "cessão: ato autorizativo para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, ou para atender situações previstas em leis específicas, em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem alteração da lotação no órgão de origem

A relação que se estabelece entre o Poder Público e a fundação estatal, por via do contrato de gestão, é de prestação de serviços **públicos universalizados**, **realizados por empregados públicos,** sujeitos aos princípios da administração e à responsabilidade objetiva do Estado.

Não se trata, pois, de serviços que possam ser adquiridos no mercado, junto a empresas ou entidades civis, não sendo admissível falar-se em licitação nesse caso por não estarem presentes os princípios que exigem licitação: isonomia e escolha da melhor proposta para a administração pública.

No caso, o contrato de gestão somente poderá ser firmado entre a fundação pública e seu órgão supervisor, com a finalidade de definir metas, responsabilidades, critérios de avaliação de serviços, dentre outros.

Os objetivos são totalmente diversos dos contratos regulados pela lei de licitação e contratos. Tanto isso é fato que, a Lei 11.107/2005 , em seu art. 3º, dispõe sobre o contrato de consórcio sem mencionar, por inviável, dispensa ou inexigibilidade de licitar.

Questão 11:

A fundação estatal tem que observar as regras de licitação pública?

Sim. Em cumprimento ao contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, a fundação estatal deve observar as disposições da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui as normas para licitações da Administração Pública.

> **Constituição Federal, Art. 37:**
> **XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Conforme o disposto no art. 119 da mencionada lei, as fundações estatais editarão regulamento próprio que deverá ser aprovado pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculadas.

> **Lei 8.666:**
> **Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.**
> **Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.**

Questão 12:

A fundação estatal tem sua folha de pagamento custeada diretamente por recursos do orçamento público?

Não. A fundação estatal tem total responsabilidade pela sua folha de pagamento. Como ela não integra o Orçamento Geral da União como unidade orçamentária, ela não recebe recursos do Tesouro Nacional para arcar com as despesas de pessoal, inclusive dos servidores requisitados de outros órgãos.

As rendas da fundação estatal advêm, principalmente, do contrato de gestão que estabelece com o Poder Publico, na figura do seu órgão ou entidade supervisora. Dessas rendas que aufere na relação de prestação de serviços ao Estado e, de outras receitas adicionais que porventura venha auferir no exercício de suas atividades, a fundação estatal deve cobrir os gastos com a sua folha de pagamento.

Isso faz com que o processo de "precificação" dos seus serviços, contratados pelo Poder Público por meio do contrato de gestão, seja de vital importância e deva ser realizado com todo o cuidado, sendo computados, no momento do cálculo do preço de cada serviço todos os encargos, seja com a folha, seja de origem tributária, quando for o caso.

Questão 13:

Podem as fundações estatais auferir rendas fora do contrato de gestão firmado com o órgão ou entidade supervisora?

Sim. As fundações estatais instituídas para prestar serviços de natureza universal (gratuita), como é o caso dos serviços de saúde ou de educação, deverão fazê-lo exclusivamente ao Poder Público. Estão, assim, impedidas de realizar contratos com terceiros que visem à prestação de serviços da mesma natureza ou instituir taxa ou qualquer forma de pagamento direto pelo seu usuário.

Podem, no entanto, gerar receitas adicionais no exercício de atividades que não sejam de acesso universal e gratuito; pela aplicação de suas receitas no mercado financeiro; pelo estabelecimento de convênios e outras parcerias para a realização de estudos e pesquisas; pelo recebimento de doações, dentre outros.

Questão 14:

Podem ser cedidos servidores públicos para exercício na fundação estatal sem ônus para a fundação?

Não. Por se caracterizar como uma entidade pública de direito privado não dependente dos recursos do orçamento fiscal da União, a fundação estatal não poderá receber servidores estatutários cedidos com ônus pelo órgão cedente, visto que ficaria caracterizada uma manutenção própria das fundações públicas de direito público, que não gozam de autonomia orçamentária e têm regime de emprego estatutário ou regido pelas disposições da Lei nº 9.962, de 22.02.2000, que disciplina o regime de emprego público para os órgãos e entidades de direito público.

Questão 15:

O patrimônio público será transferido para a fundação ou ela receberá direito de uso?

A fundação estatal se constitui a partir do destaque de patrimônio público para ser personalizado segundo as regras do direito privado. Assim, o patrimônio da fundação estatal forma-se a partir dos bens móveis e imóveis, valores, direitos e outros bens que lhe forem destinados para a consecução de sua finalidade ou por aqueles que adquirir com sua receita própria ou receber de terceiros por doação.

A lei autorizativa que instituir a fundação estatal determinará tanto o patrimônio público que lhe será transferido quanto aquele sobre o qual a fundação receberá direito de uso, se for o caso.

Questão 16:

A fundação estatal gozará de imunidade tributária?

Sim. A fundação estatal que atua em áreas sociais (e o campo das fundações estatais, diferentemente das empresas públicas, são serviços públicos de cunho social) goza de imunidade tributária por força do disposto no art. 150, § 2º da Constituição Federal. Ainda que tal dispositivo mencione as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, entende-se que a fundação estatal, mesmo que não mantida, stritu sensu, pelo Estado, é uma entidade pública prestadora de serviços públicos da área social.

In casu, como não há exploração de atividade econômica com intuito de lucro, mas sim prestação de serviços públicos, não se pode falar em tributação de suas rendas, bens e serviços. Lembre-se que até as entidades privadas sem intuído de lucro são imunes à tributação de suas rendas, bens e serviços pelo art. 150, IV, *c,* e imune do recolhimento das contribuições

sociais à seguridade social pelo art. 195, § 7º (as voltadas para a assistência social lato sensu[13]).

Desse modo, compreendendo-se que serviço público não tem lucro (ainda que possa ter *superavit* a ser reinvestido em suas atividades), não passível, pois de gerar imposto, e, em sendo as fundações estatais, prestadoras de serviços públicos de cunho social, é de se lhe aplicar o disposto no art. 150, § 2º da CF.

Não se perca de vista, ainda, que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos e não exploradoras de atividade econômica, têm sido reconhecida a sua imunidade tributária em decorrência da natureza dos serviços que prestam.

Também, as entidades privadas sem finalidades lucrativas - não alcançadas pelo art. 150, IV, c, da CF - são isentas de imposto de renda, por força do disposto na Lei Federal n. 9.532/97.

Desse modo, seria um absoluto e arrematado contra-senso entender que entidades públicas, com estrutura de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como saúde e educação, de acesso universal, estariam submetidas ao regime tributário próprio das entidades exploradoras de atividade econômica com finalidades lucrativas.

As fundações estatais que atuam na área social gozam de imunidade tributária, conforme o disposto no art. 150, § 2º da CF, sob pena de interpretar a Constituição de forma desarmônica, em nome de uma *literalidade* que a afasta de seu verdadeiro sentido.

Questão 17:

A fundação estatal poderá remunerar os membros de sua diretoria sem perder a sua imunidade tributária?

Sim. Os membros da diretoria executiva das fundações estatais são empregados públicos, contratados pelo regime da CLT e nomeados para o desempenho de atividades de gestão da entidade pública. Equiparam-se, inclusive, a servidores ocupantes de cargos públicos para efeito de acumulação(art. 37, XVII, da CF). Não é adequado, pois aplicar a eles o disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional que impede remuneração de dirigentes de entidades privadas sem intuito de lucro, com imunidade tributária.

Lembre-se, ainda, que até mesmo a Lei 10.637/2002, em seu art. 34, permite que as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público podem remunerar seus dirigentes contratados pelo regime

---

[13] **O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a imunidade do art. 195, § 7º (e não isenção - RE 22.192-9, de 19.12.96) alcança todas as entidades sociais, uma vez que a expressão *entidade beneficente de assistência social, expressa naquele dispositivo, é conceito abrangente não somente das prestadoras de assistência social mas também das entidades beneficentes de saúde e educação (ADIn* 2028-5/DF).**

da CLT. O que são essas entidades? Entidades privadas, sem finalidades lucrativas, que prestam serviços de interesse público. Seria um equívoco antinomia permitir a essas entidades remunerar seus dirigentes e vedá-lo às fundações estatais, entidades integrantes da administração pública indireta, prestadoras de serviços públicos, cujos empregados são equiparados a servidores ocupantes de cargo público para efeito de acumulação.

Questão 18:

A fundação estatal terá sistemas administrativos próprios ou terá que se inserir nos sistemas administrativos da administração pública: SIAPE, SICAF, SIAFI, SIASG, dentre outros?

A fundação estatal disporá de sistemas administrativos próprios de pessoal, de compras, de orçamento, de serviços gerais, dentre outros e, portanto, não integra os sistemas administrativos da Administração Pública.

As fundações estatais instituídas no âmbito do Poder Executivo Federal estão, portanto, fora do SIAPE (Sistema de Integrado de Administração de Recursos Humanos), do SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), do SIASG (Sistema de Administração de Serviços Gerais), do SIORG (Sistema de Informações Organizacionais do Governo Federal), do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira), do SIDOR (Sistema Integrado de Dados Orçamentários), dentre outros.

Questão 19:

O patrimônio público transferido para a fundação estatal deixa de ser público, uma vez que a entidade se rege pelas regras do direito privado?

Não. A fundação estatal é uma entidade pública, ainda que regida pelas regras do direito privado. Apesar de se tratar de entidade de regime privado, a fundação estatal é instrumento da ação do Estado, que pode criá-la, mantê-la ou extingui-la, conforme a conveniência e o interesse públicos. Ela não se desliga da vontade do Estado e goza de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei autorizativa, sendo supervisionada por órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta em cuja área de competência estiver inserida a sua atividade e sujeita-se à fiscalização do sistema de controle interno de cada Poder e ao controle externo.

O ato de instituição da fundação estatal, pelo Poder Público, não é irrevogável, como o é o das fundações instituídas por particulares. A fundação estatal pode ser extinta ou modificada a qualquer tempo, a partir

de alterações na sua lei instituidora, a exemplo do que ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com a jurista e doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro[14], na fundação instituída pelo Estado,

> **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.**

Ainda sobre o tema, Di Pietro afirma que

> **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 próprio do 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 inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. É o interesse publico 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 significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse publico ao qual se vincula a Administração. Se instituísse 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 Administração Publica, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal.**

Questão 20:

A fundação estatal poderá emitir precatórios para pagamento de suas dívidas?

Não. A emissão de precatórios é prerrogativa das entidades públicas de direito público interno. A fundação estatal, assim como as empresas estatais, são entidades publicas regidas pelo direito privado e, assim, não são amparadas pelo Texto Constitucional que instituiu o regime jurídico dos precatórios (art. 100), com fundamento no princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

Pelo contrário, os bens da fundação estatal são penhoráveis, embora ela usufrua do regime de penhora especial disposto no art. 678 do Código de Processo Civil.

[14] Direito Administrativo, 14ª Edição, 2002, fls. 374 e 375.

O processo de penhora não é realizado diretamente, mas mediante a nomeação de um juiz, na qualidade de depositário, que poderá ser, preferencialmente, um dos seus diretores. Esse depositário deverá apresentar uma programação para o pagamento das dívidas ou, em caso da penhora recair sobre todo o patrimônio, recorrer ao Poder Público.

> **Código Civil**
> **Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.**
> **Parágrafo único. Quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público, que houver outorgado a concessão.**

Questão 21:

Qual a diferença entre o modelo de fundação estatal e os de organização social e de OSCIP?

A fundação estatal é uma entidade pública integrante da administração pública indireta, sujeita ao "mínimo"[15] de direito publico: é criada a partir de lei autorizativa, seu patrimônio é público, seus empregados são públicos, segue normas de direito público (regime administrativo mínimo), é supervisionada pelo Poder Público como as autarquias, fundações autarquicas e empresas estatais e presta contas como qualquer outra entidade pública. Mas, de tudo, o mais importante destacar é que o processo decisional da fundação estatal é público – está dentro do Estado.

O sistema de governança da fundação estatal é público. Sua administração superior é realizada por um conselho constituído por membros do Governo – especialmente do seu órgão ou entidade supervisora, prevista também a participação de representantes da sociedade civil, na qualidade de conselheiro. Sua gestão é realizada por uma diretoria profissional, cujos cargos integram a sua estrutura organizacional. Isso quer dizer que sua diretoria é constituída por empregados, concursados ou ocupantes de cargo em comissão de livre provimento.

---

[15] Como preconiza Marçal Justen Filho "há um "minimo" de direito público que é inafastável das entidades publicas com estrutura de direito privado, decorrente da natureza instrumental da entidade criada para o cumprimento de função administrativa. *"Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana",* ensina o ilustre autor. (Curso de Direito Admin0istrativo, Editora Saraiva, 2005, SP)

A fundação estatal é supervisionada por um órgão ou entidade de direito público – ao qual se acha legalmente vinculada e é fiscalizada pelos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública. Observa as regras públicas de licitação e contratos e seu patrimônio é público, não podendo se alienado.

De maneira diversa, as organizações sociais – OS e organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, são entidades privadas, instituídas pela livre iniciativa de particulares. Sua gestão é privada e seus empregados não são públicos – não precisam fazer concurso para a investidura no emprego, nem observam outras regras de direito público como é o caso da proibição de acumulação de cargos.

São qualificadas para estabelecer relação de fomento e parceria com o Estado mediante processo específico, previsto em lei mas não se submetem a normas de direito público.

O modelo de fundação estatal, em contraposição aos modelos de OS e OSCIP, é uma proposta de novo formato jurídico-institucional para a ação do Estado no campo social **dentro da Administração Pública**, sem migrar a responsabilidade pela entrega de bens e serviços essenciais à população para o campo da iniciativa privada, seja por meio de parceria ou da contratação.

Questão 22:

Qual é o instituto jurídico adequado para criar uma fundação estatal?

A fundação estatal é criada a partir de lei específica que autoriza o Poder Público a personalizar patrimônio público segundo as regras do Código Civil. Assim, para que a fundação estatal adquira personalidade jurídica é preciso que haja uma lei autorizativa e a inscrição da fundação estatal no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

No entanto, o inciso XIX do Art. 37 da Constituição, que trata, dentre outros, da fundação pública de direito privado, exige que antes o Poder Público estabeleça as áreas de atuação dessa entidade, **por lei complementar**[16].

[16] A exigência de lei complementar para estabelecer as áreas de atuação da fundação pública de direito privado estão ligadas à importância de dar contornos legais mais nítidos e consistentes aos ramos de atuação das fundações de direito privado, dotadas de maior agilidade e flexibilidade administrativa, em similaridade com as empresas estatais. Com isso, buscou-se, de um lado, impedir que a modalidade institucional pudesse ser aplicada em áreas típicas de Estado, como que executam atividades que exigem o poder de autoridade do Estado. Nessas áreas impõem-se as regras do direito administrativo e a adoção do regime de trabalho estatutário que melhor garante o interesse coletivo nos processos que envolvem decisão de Estado. Por outro lado, pretendeu-se, também, evitar a criação de fundações estatais em áreas do domínio econômico, para as quais já existe a figura jurídica da empresa estatal.

Questão 23:

O Estado ou o Município pode aprovar Projeto de Lei Complementar para criar o modelo de fundação estatal ou essa é uma iniciativa exclusiva da União?

A União tem competência para editar normas gerais sobre a estrutura da administração pública, como o fez pelo Decreto-lei 200/67, o qual, ainda que se refira à organização da administração publica federal, tratou de temas gerais, como a distinção entre administração direta e indireta, regras que sempre foram observadas por todos os entes federativos, como obrigatórias.

Desse modo, a exigência de lei complementar dispondo sobre o campo de atuação das fundações, conforme art. 37, XIX, da CF, é norma geral, de competência da União.

É a União que deverá, de modo geral, normatizar tal dispositivo, editando norma de cunho geral e de âmbito nacional.

Em assim sendo, estados e municípios, somente deverão dispor sobre o campo de atuação das fundações estatais, de forma suplementar, nos termos do disposto no art. 24, § 2º, da CF.

Por outro lado, não podemos esquecer, que estados e municípios, podem editar suas próprias normas na ausência de lei nacional; tais normas, se forem contrárias às normas da União, editadas posteriormente, serão consideradas ineficazes.

Por outro lado, deve-se esclarecer, ainda, que o art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/67, com suas alterações, dispõe que as fundações instituídas pelo Estado podem atuar em todos os campos que não sejam próprios de pessoa jurídica de direito público; esta norma foi recepcionada pela EC 19/2000, com força de lei complementar, uma vez que seu conteúdo não contraria o art. 37, XIX, da CF.

Nesse sentido, enquanto não for editada lei complementar nacional, prevalece a regra do DL 200/67, art. 5º, IV.

Lembre-se, ainda, que o DL 200/67 é aplicável pelo principio da simetria, a todas as esferas de governo – estadual e municipal – na falta de legislação local específica sobre a matéria.

Contudo, deve-se esclarecer, por relevante, que o Ministério do Planejamento preparou Projeto de Lei Complementar regulamentado o art. 37, XIX, instituindo regras gerais para a constituição de um novo modelo de fundação publica de direito privado, denominada de **fundação estatal**, a qual, certamente, além de constituir num marco na modernização e reforma da gestão pública, encerrará a polêmica em torno das fundações instituídas pelo poder público, uniformizando nacionalmente o modelo e cercando-o de segurança jurídica. Lei complementar editada pelo estado ou município antes da lei nacional, neste momento, será um ato prematuro que poderá conflitar com a futura lei nacional, vindo a ser ineficaz.

Questão 24:

A Fundação Estatal está sujeita à falência?

Não. A fundação estatal não está sujeita à falência, assim como não estão todas as entidades públicas derivadas da lei. Aqui volta-se à questão do "mínimo" de direito público ou do direito administrativo "mínimo" aplicável às entidades públicas com estrutura de direito privado. As entidades públicas dependem de lei tanto para existir quanto para ser extinta. E a falência é causa de extinção de uma entidade, uma vez que visa à liquidação de seu patrimônio para pagamento de seus credores. E esse modo de extinção de entidade pública é incompatível com os regramentos constitucionais que impõe a lei para a sua criação e extinção.

Assim, não pode haver falência de entidades públicas, sejam elas regidas pelo direito público, sejam pelo direito privado, uma vez que somente a lei pode instituí-las, dissolvê-las ou extingui-las.

Questão 25:

A Fundação Estatal está sujeita ao sistema de contabilidade da Lei 4.320/64 ou poderá adotar sistema próprio?

A fundação estatal dispõe de sistema contábil orientado pelas regras estabelecidas para as empresas estatais, no que couber, até que seja editado regulamento próprio. Atualmente, a matéria é regulada pela Lei. Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Secretaria de Gestão

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

BRASIL UM PAÍS DE TODOS GOVERNO FEDERAL